

Jürgen Bering

Die rechtliche Behandlung
von ‚Briefkastenfirmen‘
nach Art. 17 ECT und im
allgemeinen internationalen
Investitionsschutzrecht

Heft 81

Dezember 2008

**Die rechtliche Behandlung von ‚Briefkastenfirmen‘
nach Art. 17 ECT und im allgemeinen
internationalen Investitionsschutzrecht**

Von

Jürgen Bering

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Jürgen Bering ist Student der Rechtswissenschaften und des Studiengangs „Master of Business Law and Economic Law“ am Institut für Wirtschaftsrecht der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Christian Tietje/Gerhard Kraft (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 81

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://www.dnb.ddb.de> abrufbar.

ISSN 1612-1368

ISBN 978-3-86829-101-8

Schutzgebühr Euro 5

Die Hefte der Schriftenreihe „Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts bzw. der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht unter den Adressen:

www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/publikationen.html

www.jura.uni-halle.de/telc/publikationen.html

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische Fakultät
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 5
D-06099 Halle (Saale)
Tel.: 0345-55-23149 / -55-23180
Fax: 0345-55-27201
E-Mail: ecohal@jura.uni-halle.de

INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung	5
B. Begriff der Briefkastengesellschaft	6
C. Behandlung von juristischen Personen	6
I. Im allgemeinen Völkerrecht	6
II. Im internationalen Investitionsschutzrecht.....	9
1. Investorenbegriff	9
2. Investitionsbegriff.....	10
3. ICSID	11
4. NAFTA.....	12
5. Rechtsprechung.....	12
6. Situation und Problematik von Briefkastenfirmen.....	13
D. Briefkastenfirmen im allgemeinen internationalen Investitionsschutzrecht	14
I. Ansätze in der Rechtsprechung.....	15
1. Tokios Tokelos v. Ukraine	15
2. ‚Piercing the corporate Veil‘	16
3. ‚Origin of Capital‘	18
4. Umstrukturierung von Unternehmen.....	18
5. Ergebnis	20
II. ‚Effective Link‘-Kriterien	21
III. ‚Denial of Benefits‘-Klauseln	21
E. Briefkastengesellschaften im ECT.....	23
I. Der ECT	23
II. <i>Plama v. Bulgaria</i>	24
III. Art. 17 ECT	25
1. Kriterien einer Briefkastengesellschaft	25
2. Inanspruchnahme	27
3. Auswirkungen auf die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts.....	28
4. Auswirkungen auf Rechte der Gesellschaft.....	29
5. Beweislast	32
6. Anwendung auf nationale Streitfälle	33
F. Zusammenfassung	34
Schrifttum	35

A. Einleitung

Mit der fortschreitenden Liberalisierung der vergangenen Jahrzehnte ging auch ein Wachstum an grenzüberschreitenden Investitionen¹ einher.² Dem Bedürfnis nach effektivem Rechtsschutz von Investoren wird in diesem Rahmen durch über 2600 bi- und multilaterale Investitionsschutzverträge³ nachgekommen.⁴ Neuerdings soll dieser Schutz vermehrt durch den Einsatz so genannter Briefkastenfirmer⁵ ausgelöst werden.⁶ So leiten US-amerikanische Investoren ihre Transaktionen in Indien regelmäßig durch mauritische Tochtergesellschaften, da zwar Mauritius, nicht jedoch die USA einen Bilateral Investment Treaty (BIT)⁷ mit Indien abgeschlossen haben.⁸ Inwiefern ein solches Vorgehen tatsächlich zum Schutz einer Investition führt, soll im Folgenden näher dargestellt werden.

In einem ersten Schritt soll dabei der Begriff der Briefkastengesellschaft näher erläutert werden. Anschließend sollen die Grundsätze zur Behandlung von juristischen Personen sowohl im allgemeinen Völkerrecht, als auch im internationalen Investitionsschutzrecht dargestellt werden. Alsdann wird auf die spezifische Behandlung von Briefkastengesellschaften im allgemeinen Investitionsschutzrecht eingegangen. Eine solche liegt vor allem bei so genannten ‚Denial of Benefits‘-Klauseln vor. Ein Beispiel hierfür stellt Art. 17 des Energy Charter Treaty (ECT)⁹ dar, dessen Merkmale schließlich im Zusammenhang mit der Behandlung von Briefkastengesellschaften unter dem ECT näher erläutert werden.

¹ Der englische Begriff Investment wird in deutschen Bilateral Investment Treaties mit Kapitalanlagen übersetzt, *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 60, Fn. 92; im Folgenden wird dieser mit Investition gleichgesetzt.

² Siehe hierzu *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 1 ff.

³ Sowohl Bilateral Investment Treaties auch als Multilateral Investment Treaties (MIT) wie das North American Free Trade Agreement und der ECT werden im Folgenden unter dem Begriff IIA zusammengefasst.

⁴ *UNCTAD*, World Investment Report 2008, XVII.

⁵ Der Begriff wird synonym mit dem der Briefkastengesellschaft verwandt. Hierunter fallen je nach Umständen auch die Basis- oder Domizilgesellschaften, siehe *Hölzemann*, IStR 2006, 830 ff. Siehe zum englischen Begriff ‚mailbox company‘ *Sinclair*, ICSID Review – FILJ 20 (Nr. 2, 2005), 357 (378).

⁶ *Sinclair*, ICSID Review – FILJ 20 (Nr. 2, 2005), 357.

⁷ Im Deutschen auch Investitionsförder- und Schutzvertrag (IFV).

⁸ *Peterson*, Bechtel and GE Mount Billion Dollar Investment Treaty Claim Against India, INVESTSD News Bulletin, 26. September 2003, verfügbar unter <http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_investsd_sept_2003.pdf> (besucht am 16. Dezember 2008); siehe auch *Savage*, AIAJ 1 (Nr. 1, 2005), 3 (45).

⁹ Vertrag über die Energiecharta (Anlage 1 zur Schlußakte der Europäischen Energiechartakonferenz) vom 17. Dezember 1994, verfügbar unter <<http://www.encharter.org/index.php?id=28>> (besucht am 14. Dezember 2008).

B. Begriff der Briefkastengesellschaft

Briefkastengesellschaften stellen kein neues Phänomen dar. Ursprünglich traten diese vor allem im Zusammenhang mit so genannten Steueroasen, die sich vornehmlich durch geringe oder keine Steuern und Intransparenz auszeichnen, auf.¹⁰

Dementsprechend stammt die Definition einer Briefkastengesellschaft im deutschen Recht aus dem Kontext der steuerrechtlichen Missbrauchsbeschränkung.¹¹ Eine solche Gesellschaft stelle sich als eigenwirtschaftlich funktionslos dar.¹² In diesem Sinne stellt auch § 50d (3) EStG¹³ darauf ab, dass für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonstige beachtliche Gründe fehlen und sie keine eigene Wirtschaftstätigkeit entfaltet.¹⁴

Solche Gründe können indes bereits in der Intention, unter ein International Investment Agreement (IIA) zu fallen, liegen, weswegen diese Definition sich nicht ohne weiteres auf alle rechtlichen Gebiete und insbesondere auf die internationale Ebene ausweiten lässt. Vielmehr sind Briefkastengesellschaften im internationalen Kontext nicht *per se* rechtsmissbräuchlich.¹⁵

Ferner stellen verschiedene Länder unterschiedliche Mindestansprüche an die Existenz von Gesellschaften, sodass sich kein allgemeiner Standard erkennen lässt. Im Rahmen dieser Arbeit wird daher von einer Gesellschaft ausgegangen, die außer den im Inkorporationsstaat verlangten, kaum weitere wirtschaftliche Aktivitäten entfaltet.

C. Behandlung von juristischen Personen

I. Im allgemeinen Völkerrecht

Auch auf Briefkastengesellschaften finden zunächst die allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätze zur Behandlung von juristischen Personen Anwendung. Um unter den Schutz eines IIA zu fallen, muss die Gesellschaft einem Vertragsstaat zugeordnet werden. Im allgemeinen Völkerrecht ist diese Zuordnung hauptsächlich für die Aus-

¹⁰ OECD, Tax Haven Criteria, verfügbar unter <http://www.oecd.org/document/3/0,3343,en_2649_37427_30575447_1_1_1_37427,00.html> (besucht am 14. Dezember 2008); OECD, Towards Global Tax Co-Operation, Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs, Paris 2000, 9 ff.; *Djiki Weyzig Murphy* The Netherlands: A Tax Haven?, 12 ff.; Gesellschaften können diese Steuervorzüge durch die Etablierung einer Tochtergesellschaft oder Inkorporation in einem Staat für sich nutzen. Dies geschieht u. a. im Rahmen einer so genannten ‚inversion‘. Siehe hierzu *Wallace*, Georgetown International Environmental Law Review Nr. 4, 2005, 365 (370).

¹¹ Darüber hinaus wurde sich auch im Rahmen der Anerkennung ausländischer Gesellschaften mit Mindestvoraussetzungen an die Existenz einer Gesellschaft beschäftigt. Siehe hierzu BGH, GRUR 2005, 55 (56); *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 217.

¹² BFH, Urteil vom 1. April 2003, I R 39/02, BFHE 202, 202; (204); Urteil vom 1. April 2003, I R 28/02, BFHE 202, 196 (198); Urteil vom 19. Januar 2000, I R 94/97, BFHE 191, 257 (262); *Trenkwalder*, in: Lang/Jirousek (Hrsg.) FS Loukota 569 (578).

¹³ § 50d (3) des Einkommensteuergesetz vom 19. Oktober 2002, in der Fassung vom 13. Dezember 2006, BGBl. 2006 I, 2878.

¹⁴ *Niedrig*, IStR 2003, 474 (479); *Gosch*, in: Kirchhof (Hrsg.), EStG, § 50d Rn. 42.

¹⁵ *Agua del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, Decision on Jurisdiction vom 21. Oktober 2005 (ICSID Case No. ARB/02/3), Abs. 330; *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 54.

übung diplomatischen Schutzes von Bedeutung.¹⁶ Hierbei bestimmt sich das Erfordernis der Staatszugehörigkeit nach innerstaatlichem Recht.¹⁷ In Bezug auf Briefkastenfirmer erscheint vor allem die in angelsächsischen Staaten vorherrschende Gründungs- oder Inkorporationstheorie problematisch, da durch die Anknüpfung an das beliebig wählbare Gründungsrecht oder den satzungsmäßigen Sitz kein genuiner Bezug hergestellt wird.¹⁸ Dessen ungeachtet wird Inkorporation von den meisten Staaten als Anknüpfungsmoment gewählt und auch die *International Law Commission (ILC)* stellt primär auf diesen in ihren ‚Draft Articles on Diplomatic Protection‘ ab.¹⁹

Eine substantiellere Verbindung zwischen Gesellschaft und Staat liegt der in Kontinentaleuropa verbreiteten Sitztheorie zugrunde. Diese knüpft an das Recht des Staates an, in dem „die Geschäftsführungsakte umgesetzt werden“,²⁰ d.h. dem tatsächlichen Sitz der Hauptverwaltung.²¹ Auch dieser Ansatz ist jedoch nicht frei von Mängeln. Einerseits kommt es zu Schwierigkeiten bei Verlegung des Sitzes.²² Andererseits handelt es sich hierbei, wie bei der Gründungstheorie, um einen formalistischen Ansatz.²³ Da ein Unternehmen selbst bestimmen kann, in welchem Staat es die formalen Voraussetzungen wie Inkorporation oder Sitz erfüllt, kann letztlich auch der Heimatstaat frei gewählt werden.

Zu einem umfänglichen Ausschluss dieser Wahlmöglichkeit kommt es nur unter Anwendung der Kontrolltheorie, die auf die Staatsangehörigkeit des Leitungspersonals und/oder der Gesellschafter abstellt.²⁴ Laut der *Barcelona Traction*-Entscheidung²⁵ des IGH stelle die Theorie jedoch keine allgemeine Regel des Völkerrechts dar.²⁶ Zudem schloss das Gericht die Möglichkeit des diplomatischen Schutzes von Gesellschaftern

¹⁶ *Brownlie*, Principles of Public International Law, 419.

¹⁷ *Hailbronner*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 157 (200 f.).

¹⁸ *Dolzer*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 491 (524 f.); *UNCTAD*, Scope and Definition, 37 f.; siehe zur Diskussion, ob ein genuiner Bezug völkergewohnheitsrechtlich erforderlich ist *Brownlie*, Principles of Public International Law, 486 ff.; *Acconci*, JWIT 5 (Nr. 1, 2004), 139 ff.

¹⁹ Art. 9, *ILC*, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, verfügbar unter <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf> (besucht am 14. Dezember 2008), 52.

²⁰ BGH, Urteil vom 21. März 1986, V ZR 23/85, BGHZ 97, 269 (272).

²¹ *Ferid*, Internationales Privatrecht, 181.

²² *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, Völkerrecht, 491 (524 f.); dies führt bei EG-Mitgliedstaaten vor allem zu Problemen mit der Niederlassungsfreiheit, Art. 43-48 EGV, siehe EuGH, Urteil vom 9. März 1999, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459; Urteil vom 5. November 2002, C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Urteil vom 30. September 2003, C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155; infolgedessen wurde am 7. Januar 2008 durch das Bundesministerium der Justiz ein Gesetzesentwurf auf den Weg gebracht, durch den die Gründungstheorie auch in Deutschland vollumfänglich angewandt werden soll, siehe hierzu den Referentenentwurf unter <<http://www.bmj.de/files/-/2751/RefE%20Gesetz%20zum%20Internationalen%20Privatrecht%20der%20Gesellschaften,%20Vereine%20und%20juristischen%20Personen.pdf>> (besucht am 14. Dezember 2008).

²³ *Acconci*, JWIT 5 (Nr. 1, 2004), 139 (141).

²⁴ *Hailbronner*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 157 (200 f.).

²⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belgium v. Spain)*, Judgment vom 5. Februar 1970, ICJ Reports 1970, 3.

²⁶ *Ibid.*, Abs. 70 ff.

aus, insoweit diese Rechte des Unternehmens geltend machen wollten.²⁷ Dennoch bemerkte es bereits 1970, dass „it may at first sight appear surprising that the evolution of law has not gone further and that no generally accepted rules in the matter have crystallized on the international plane.“²⁸

Gleichwohl haben sich bisher keine gegenteiligen Entwicklungen gezeigt. Zwar hat eine Kammer des IGH in der *ELSI*-Entscheidung²⁹ den USA erlaubt, Rechte US-amerikanischer Anteilseigner eines italienischen Unternehmens gegen Italien geltend zu machen.³⁰ Allerdings befasste sich die Kammer hierbei mit einem Freundschafts-, Schifffahrts- und Handelsvertrag, der ein solches Vorgehen ermöglichte, und eben nicht mit dem Völkergewohnheitsrecht.³¹ Zudem schloss der IGH in seiner *Diallo*-Entscheidung³² abermals aus, dass Guinea diplomatischen Schutz bezüglich eines Anteilseigners, der Rechte des Unternehmens geltend machen wollte, ausüben könne.³³

Es lässt sich daher feststellen, dass nach dem Völkergewohnheitsrecht eine Gesellschaft zwar dem Inkorporationsstaat zugerechnet wird, dieser dann jedoch der einzige Klagebefugte ist.

Diese Regeln entfalten auch im internationalen Investitionsschutzrecht Wirkung. Dies geschieht je nach Forum der Streitigkeit auf verschiedene Arten. So kommt gem. Art. 42 (1) der ICSID-Konvention bei Fehlen einer anderweitigen Vereinbarung der Parteien neben nationalem Recht Völkerrecht zur Anwendung.³⁴ Selbst wenn eine explizite Rechtswahl getroffen wurde, handelt es sich bei einem IIA um einen völkerrechtlichen Vertrag, der anhand der Art. 31-33 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) auszulegen ist.³⁵ Gem. Art. 31 (3) (a) WVK ist auch zwischen den Vertrags-

²⁷ „Thus, in the present state of the law, the protection of the shareholders requires that recourse be had to treaty stipulation or special agreements directly concluded between the private investor and the State in which the investment is placed.“ *ibid.*, Abs. 90.

²⁸ *Ibid.*, Abs. 89.

²⁹ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States v. Italy)*, Judgment vom 20. Juli 1989, ICJ Reports 1989, 15.

³⁰ Die Entscheidung wurde teilweise als Bruch mit *Barcelona Traction* gesehen, siehe dazu *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction vom 8. Dezember 2003 (ICSID Case No. ARB/01/12), Abs. 71; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction vom 17. Juli 2003 (ICSID Case No. ARB/01/8), Abs. 44; *Gami Investments, Inc. v. Mexico*, Final Award vom 15. November 2004, Abs. 30; *Laird*, in: Weiler, International Investment Law and Arbitration, 77 (85 f.).

³¹ *Diallo Case (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment vom 24. Mai 2007, Abs. 87; *ILC*, Draft Articles on Diplomatic Protection, verfügbar unter <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf> (besucht am 14. Dezember 2008), 64.

³² *Diallo Case (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment vom 24. Mai 2007.

³³ *Ibid.*, Abs. 88-90.

³⁴ Article 42 (1): „The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.“ Fraglich ist, inwieweit auch bei einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien Völkerrecht als Korrektiv durch Art. 42 (1) zur Anwendung kommt. Siehe hierzu mit weiteren Nachweisen *Spiermann*, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), International Investment Law, 89 (100).

³⁵ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, in: Ranzhofer (Hrsg.), Völkerrechtliche Verträge, 143 (151 f.). Hierbei ist zu beachten, dass Art. 31-33 der WVK kodifiziertes Gewohnheitsrecht darstellen und daher auch Anwendung finden, wenn der

parteien anwendbares Völkerrecht zu berücksichtigen. Auf diese Weise findet das Völkerrecht auch außerhalb ICSIDs Einzug bei Verfahren, die ein IIA zur Grundlage haben. Somit bilden die Regeln des Völkerrechts auch im internationalen Investitionsschutzrecht die Grundlage zur Bestimmung der Zugehörigkeit einer Gesellschaft.³⁶ Diese Regeln können jedoch durch ausdrückliche Vereinbarungen der Parteien eines IIA überlagert werden.³⁷ Inwieweit dies regelmäßig der Fall ist wird im Folgenden erörtert.

II. Im internationalen Investitionsschutzrecht

Im Gegensatz zum diplomatischen Schutz zeichnen sich IIAs durch weite Zugangsmöglichkeiten von Investoren zu Schiedsgerichten aus.³⁸ Zwar werden auch hier Unternehmen hauptsächlich ihrem Gründungsstaat zugerechnet.³⁹ Den Staaten steht es jedoch offen, nach welchen Kriterien sie die Staatszugehörigkeit bestimmen.⁴⁰ Durch extensive Investoren- und Investitionsbegriffe kommt es zu einer Ausweitung der unter den Schutz eines IIA fallenden Investoren und damit auch zu einer extensiveren Zuständigkeit von Schiedsgerichten *ratione personae*. Dies ist bei Anwendung der Gründungstheorie von Nöten, da Gaststaaten oft verlangen, dass Investitionen durch lokal inkorporierte Gesellschaften ausgeübt werden.⁴¹

1. Investorenbegriff

Viele IIAs verwenden zur Ausweitung des Schutzes ‚Kontrolle‘ als alternatives Merkmal zu Inkorporation oder Sitz zur Bestimmung der Nationalität eines gesellschaftlichen Investors. Beispielsweise fallen unter die Definition des niederländischen Model BITs auch „legal persons not constituted under the law of that Contracting

auszulegende Vertrag nach Inkrafttreten der WVK zustande gekommen ist oder die Vertragsparteien nicht zugleich Vertragsstaaten der WVK sind, siehe hierzu *ILC*, Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries in: Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, 187 (217), verfügbar unter <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf> (besucht am 14. Dezember 2008).

³⁶ Siehe ausführlich zur Begründung der Anwendung des Völkerrechts im internationalen Investitionsschutzrecht *Spiermann*, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), *International Investment Law*, 89 ff.

³⁷ Art. 17, *ILC*, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, verfügbar unter <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf> (besucht am 14. Dezember 2008), 89.

³⁸ Dies wird *inter alia* als Reaktion auf *Barcelona Traction* gesehen; *Sornarajah*, *The International Law on Foreign Investment*, 228.

³⁹ *Schreuer*, *The ICSID Convention: A Commentary*, Art. 25, Rn. 465; *Echandi*, *A new Generation of International Investment Agreements in the Americas*, 9.

⁴⁰ *Schreuer*, *The ICSID Convention: A Commentary*, Art. 25, Rn. 471, 481; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Decision on Jurisdiction vom 27. September 2001 (ICSID Case No. ARB/00/5), Abs. 109.

⁴¹ *Schreuer*, *The ICSID Convention: A Commentary*, Art. 25, Rn. 496; überdies bevorzugen manche Investoren die Inkorporation im Gaststaat aus Steuergründen, *Perkams*, in: Reinisch/Knahr (Hrsg.), *International Investment Law in Context*, 93 (96).

Party but controlled, directly or indirectly, by naturals as defined in (i) or by legal persons as defined in (ii).⁴²

Eine vergleichbare Terminologie lässt sich vor allem in IIAs von Industrieländern, aber teilweise auch in neueren Abkommen zwischen Entwicklungsländern finden.⁴³

2. *Investitionsbegriff*

Von weit größerer Bedeutung sind jedoch die in IIAs verwendeten Investitionsdefinitionen. Diese sind regelmäßig ‚asset-based‘ gestaltet und umfassen *inter alia* Aktien- und andere Formen der Unternehmensbeteiligung.⁴⁴ Typischerweise wird hierbei Investition zunächst als ‚every kind of asset‘ bestimmt. Darauf folgt dann eine nicht abschließende Liste von Beispielen, die gewöhnlich auch Anteile an Unternehmen umfassen.⁴⁵ Somit wird der Kreis der Parteifähigen über den direkten Investor hinaus um Anteilseigner erweitert. Diese können dann ihre Rechte an dem Unternehmen vorbringen, die durch nachteiliges Handeln eines Staates in ihrem Wert gemindert wurden.⁴⁶ Ihr Schutz erstreckt sich über das Eigentum an den Aktien hinaus auch auf die Vermögensmasse des Unternehmens selbst.⁴⁷

⁴² Art. 1 (b) (iii) Niederländisches Model BIT, abgedruckt in *McLachlan/Shorel Weiniger*, International Investment Arbitration, Substantive Principles, 423.

⁴³ Siehe hierzu ausführlich mit weiteren Beispielen *Acconci*, JWIT 5 (Nr. 1, 2004), 139 (151 f.); *McLachlan/Shorel Weiniger*, International Investment Arbitration, Substantive Principles, 142 f.; *Schreuer*, The ICSID Convention: A Commentary, Art. 25, Rn. 479; *Sinclair*, ICSID Review – FILJ 20 (Nr. 2, 2005), 357 (368); *Sornarajah*, The International Law on Foreign Investment, 230 ff.

⁴⁴ *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 237, für andere Ansätze der Begriffsbestimmung siehe *UNCTAD*, Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary, 96 ff; *Rubins*, in: Horn (Hrsg.), Arbitrating Foreign Investment Disputes, 283 (292 ff.).

⁴⁵ Siehe hierzu beispielhaft Art. 1 (1) des deutschen Model Treaty 2005:

„The term ‚investments‘ comprises every kind of asset, in particular:

- (a) movable and immovable property as well as any other rights in rem, such as mortgages, liens and pledges;
- (b) shares of companies and other kinds of interest in companies;
- (c) claims to money which has been used to create an economic value or claims to any performance having an economic value;
- (d) intellectual property rights, in particular copyrights, patents, utility-model patents, industrial designs, trade-marks, trade-names, trade and business secrets, technical processes, know-how, and good will;
- (e) business concessions under public law, including concessions to search for, extract and exploit natural resources;

any alteration of the form in which assets are invested shall not affect their classification as investment;“

abgedruckt in *McLachlan/Shorel Weiniger*, International Investment Arbitration - Substantive Principles, 417; siehe für weitere Beispiele *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 63 f.; *UNCTAD*, Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary, 93 ff.

⁴⁶ *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 57.

⁴⁷ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction vom 17. Juli 2003 (ICSID Case No. ARB/01/8), Abs. 59, 66-69; *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction vom 8. Dezember 2003 (ICSID Case No. ARB/01/12), Abs. 73; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction vom 14. Januar 2004 (ICSID Case No. ARB/01/3), Abs. 58-60; *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction vom 3. August 2004 (ICSID Case No. ARB/02/8), Abs. 125, 136-150; *Gami*

3. ICSID

Sofern zur Streitbeilegung auf das International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)⁴⁸ verwiesen wird, muss der Investor neben den Kriterien des IIA noch innerhalb des Rahmens der ICSID-Konvention liegen.⁴⁹ Während gem. Art. 25 (1) ICSID ein Streit grundsätzlich nur zwischen einem Vertragsstaat und einem Angehörigen eines anderen Vertragsstaates entschieden werden kann, erlaubt Art. 25 (2) (b) ICSID, einen heimischen Investor auf Grund von ausländischer Kontrolle als Angehörigen eines anderen Vertragsstaates zu deklarieren. In der Rechtsprechung wurden diese Voraussetzungen überwiegend investorenfreundlich interpretiert.⁵⁰ So genügt bereits eine auf ICSID verweisende Schiedsklausel in einem Vertrag zwischen einem Staat und einem Investor, um letzteren implizit als ausländisch anzuerkennen.⁵¹ Auch in Bezug auf die Frage, über wie viele Stufen nach dem Kontrollierenden gesucht werden muss, wurde bisher zum Vorteil des Investors entschieden. So fand das Schiedsgericht in *Amco v. Indonesia*⁵² bereits auf der ersten Kontrollebene ein einem ICSID-Mitgliedstaat zugehöriges Unternehmen.⁵³ In einem *obiter dictum* befand es daraufhin, dass ICSID-Schiedsgerichte generell nur nach dem direkt Kontrollierenden zu suchen hätten.⁵⁴

In der späteren Entscheidung in *SOABI v. Senegal*⁵⁵ hätte ein solches Vorgehen zum Ausschluss der Zuständigkeit geführt, da *SOABI* unmittelbar von einer panamaischen Firma kontrolliert wurde, wobei Panama kein ICSID-Vertragsstaat ist.⁵⁶ Das

Investments, Inc. v. Mexico, Final Award vom 15. November 2004, Abs. 26-33; *Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction vom 11. Mai 2005 (ICSID Case No. ARB/03/2), Abs. 54-67; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction vom 11. Mai 2005 (ICSID Case No. ARB/02/16), Abs. 73-79; *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction vom 22. Februar 2006 (ICSID Case No. ARB/03/9), Abs. 79; *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC v. Republic of Moldova*, Arbitral Award vom 22. September 2005, 18 f.; siehe auch *Perkams*, in: Reinisch/Knahr (Hrsg.), *International Investment Law in Context*, 93 (112 f.).

⁴⁸ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States vom 18. März 1965, verfügbar unter <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>> (besucht am 14. Dezember 2008).

⁴⁹ *Broches*, RdC 136 (1972), 331 (359 f.).

⁵⁰ *Schreuer*, in: Dupuy/Fassbender/Shaw/Sommermann (Hrsg.), FS Tomuschat, 601 (605 ff.).

⁵¹ Siehe hierzu *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Decision on Jurisdiction vom 25. September 1983 (ICSID Case No. ARB/81/1), 1 ICSID Reports 389 (394 ff.); *Klößner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, Award vom 21. Oktober 1983 (ICSID Case No. ARB/81/2), 2 ICSID Reports 9 (16); *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, Decision on Jurisdiction vom 24. Oktober 1984 (ICSID Case No. ARB/83/2), 2 ICSID Reports 347 (352).

⁵² *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Decision on Jurisdiction vom 25. September 1983, (ICSID Case No. ARB/81/1).

⁵³ *Ibid.*, 1 ICSID Reports 389 (396).

⁵⁴ Siehe zur Klassifikation als *obiter dictum*, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*, Declaration of the President of the Tribunal on the Tribunal's Decision vom 1. August 1984 (ICSID Case No. ARB/82/1), 2 ICSID Reports 333 (334).

⁵⁵ *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*, Decision on Jurisdiction vom 1. August 1984 (ICSID Case No. ARB/82/1).

⁵⁶ *Ibid.*, 2 ICSID Reports 175 (182 f.); siehe jedoch das Sondervotum von Kéba Mbaye, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*, Dissenting Opinion vom 25. Februar 1988 (ICSID Case No. ARB/82/1), 2 ICSID Reports 277 (292 f.).

Schiedsgericht ging im Rahmen seiner Prüfung eine Stufe weiter und befand, dass *SOABI* endgültig durch Angehörige Belgiens, ein Vertragsstaat, kontrolliert wurde. Dies tat es mit Hinweis auf den Wortlaut des Art. 25 (2) (b) ICSID, der den Begriff Kontrolle nicht einschränke und dessen Zweck es gerade sei, ausländisch kontrollierten Unternehmen *locus standi* zu geben.⁵⁷

4. NAFTA

Überdies sind auch die Vorschriften des North American Free Trade Agreements (NAFTA)⁵⁸ hervorzuheben. Zum einen umfasst der Begriff des Unternehmens neben inkorporierten auch solche Unternehmen, die ihre geschäftlichen Aktivitäten hauptsächlich in einem Mitgliedstaat vollführen.⁵⁹ Zum anderen gestattet das Abkommen einem Investor eines Mitgliedstaates explizit, einen Anspruch im Namen eines Unternehmens eines anderen Mitgliedstaates geltend zu machen, insofern dieser das Unternehmen direkt oder indirekt kontrolliert.⁶⁰

5. Rechtsprechung

Die Ausweitung der Zuständigkeit von Schiedsgerichten nahm die Rechtsprechung zum Anlass, eine von der in *Barcelona Traction* aufgestellten abweichenden Regel zur Behandlung von Anteilseignern hinsichtlich des allgemeinen internationalen Investitionsschutzrechtes zu formulieren.⁶¹

Ferner wird die Parteifähigkeit von Unternehmen und Anteilseignern auch durch die neuere Rechtsprechung weit verstanden. Neben Haupt- wurde auch Minderheitsaktionären regelmäßig Parteifähigkeit zugesprochen.⁶² Der Schutz wurde überdies

⁵⁷ Siehe zu einer Diskussion der beiden Fälle *Schreuer*, *The ICSID Convention: A Commentary*, Art. 25, Rn 558-563; *Wisner/Gallus*, *JWIT* 5 (Nr. 6, 2004), 927 (934 ff.); *Amerasinghe*, *Jurisdiction of International Tribunals*, 651 ff.

⁵⁸ The North American Free Trade Agreement zwischen Kanada, Mexico, und den USA vom 17. September 1992, verfügbar unter <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_e.aspx?DetailID=78> (besucht am 14. Dezember 2008).

⁵⁹ Art. 201.1 NAFTA.

⁶⁰ Art. 1117 NAFTA; siehe hierzu ausführlich *Laird*, in: Weiler (Hrsg.), *International Investment Law and Arbitration*, 77 (87); *McLachlan/Shorel Weiniger*, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, 143 f.; *Acconci*, *JWIT* 5 (Nr. 1, 2004), 139 (153 f.).

⁶¹ „...the fact is that *lex specialis* in this respect is so prevalent that it can now be considered the general rule, certainly in respect of foreign investments and increasingly in respect of other matters.“ (Zitat ohne Fußnoten) *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction vom 17. Juli 2003 (ICSID Case No. ARB/01/8), Abs. 48; siehe hierzu auch *Gami Investments, Inc. v. Mexico*, Final Award vom 15. November 2004, Abs. 30; *Mondev International Ltd. v. United States of America*, Award vom 11. Oktober 2002 (ICSID Case No. ARB(AF)/99/2), Abs. 79; *Laird*, in: Weiler (Hrsg.), *International Investment Law and Arbitration*, 77 (89 ff.).

⁶² Siehe *inter alia*, *Lanco International, Inc. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction vom 8. Dezember 1988 (ICSID Case No. ARB/97/6), Abs. 10, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, Decision on Annulment vom 3. Juli 2002 (ICSID Case No. ARB/97/3), Abs. 50; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction vom 17. Juli 2003 (ICSID Case No. ARB/01/8), Abs. 48; *Champion Trading Company and Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction

auch auf mittelbare Anteilseigner durch ein Zwischenunternehmen erweitert.⁶³ Zwar besteht Einigkeit darüber, dass es bei einer Kette von mittelbarer Kontrolle gekoppelt mit Minderheitsanteilen eine Grenze geben muss, ab der keine Parteifähigkeit mehr besteht, bisher wurde diese aber in keinem Verfahren erreicht.⁶⁴

6. Situation und Problematik von Briefkastenfirmen

Durch die Ausweitung der Zuständigkeit *ratione personae* in IIAs und in der Rechtsprechung bestehen ideale Ausgangsbedingungen für Unternehmen, ihre Investitionen durch Konzern- und Transaktionsstrukturierung sowie den Einsatz von Briefkastengesellschaften innerhalb des Schutzes von IIAs zu bringen.⁶⁵

Obwohl ein solches ‚Treaty-Shopping‘ in einem gewissen Maße dem Schutz von Investitionen dient, birgt es auch einige Probleme. So können Investoren von dem Schutz eines IIAs profitieren, ohne in einem Vertragsstaat wirtschaftliche Tätigkeit zu entfalten. Dadurch werden diesen Vorteile gewährt, die ausländischen Investoren in ihrem eigentlichen Heimatstaat nicht zustehen.

Darüber hinaus ergeben sich auch Probleme in Bezug auf die ICSID-Konvention. Durch Art. 27 (1) ICSID kommt es zum Ausschluss des diplomatischen Schutzes, falls der Streitfall vor ein ICSID-Schiedsgericht gebracht wurde. Durch das Auseinanderfallen der Regeln zur Nationalität von Unternehmen kann es jedoch vorkommen, dass ein Investor nach Völkergewohnheitsrecht einem Staat zugeordnet wird und dieser zudem ein ICSID-Schiedsgericht einberufen kann. Als Nicht-Vertragsstaat könnte der Heimatstaat dann weiterhin diplomatischen Schutz geltend machen, wodurch

vom 21. Oktober 2003 (ICSID Case No. ARB/02/9), ICSID Review – FILJ 19 (2004), 275 (290); *Gami Investments, Inc. v. Mexico*, Final Award vom 15. November 2004, Abs. 26; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, Decision of the Arbitral Tribunal on Objections to Jurisdiction vom 30. April 2004 (ICSID Case No. ARB/02/1), Abs. 50-63; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction vom 11. Mai 2005 (ICSID Case No. ARB/02/16), Abs. 92-94; *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction vom 27. April 2006 (ICSID Case No. ARB/03/15), Abs. 138.

⁶³ *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction vom 3. August 2004 (ICSID Case No. ARB/02/8), Abs. 137-144; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction vom 14. Januar 2004 (ICSID Case No. ARB/01/3), Abs. 42-57, *Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction vom 11. Mai 2005 (ICSID Case No. ARB/03/2), Abs. 9; *Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction vom 17. Juni 2005 (ICSID Case No. ARB/03/10), Abs. 9,10, 32-35; *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Award vom 30. April 2004 (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3), Abs. 80.

⁶⁴ Siehe hierzu *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction vom 14. Januar 2004 (ICSID Case No. ARB/01/3), Abs. 52-56; *Noble Energy Inc. and MachalaPower Cia. Ltd. v. Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*, Decision on Jurisdiction vom 5. März 2008 (ICSID Case No. ARB/05/12), Abs. 81 f.

⁶⁵ Auf diese Möglichkeit wies auch das Schiedsgericht in *Soufraki v. UAE* explizit hin: „[The tribunal] further appreciates that, had Mr. Soufraki contracted with the United Arab Emirates through a corporate vehicle incorporated in Italy, rather than contracting in his personal capacity, no problem of jurisdiction would now arise.“ *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates*, Award vom 7. Juli 2004 (ICSID Case No. ARB/02/7), Abs. 83.

Art. 27 (1) ICSID unterlaufen würde.⁶⁶ Hierbei kommt es letztlich zu Problemen von ‚parallel proceedings‘.⁶⁷ Diese erschöpfen sich allerdings nicht in einem eventuellen Konflikt zwischen der Ausübung diplomatischen Schutzes und einem Verfahren vor einem ICSID-Schiedsgericht. Vielmehr ermöglicht die Ausweitung der Zuständigkeit das Einberufen einer Vielzahl verschiedener Schiedsgerichte im Namen verschiedener Kläger. Gravierendes Beispiel hierfür ist der US-amerikanische Investor *Ronald Lauder*. In einem Investitionsstreit bezüglich eines tschechischen Fernsehsenders klagte er einerseits im eigenen Namen unter dem US-amerikanisch-tschechischen BIT und andererseits im Namen seiner niederländischen Holding *CME* unter dem niederländisch-tschechischen BIT.⁶⁸ Während das erste Schiedsgericht die Klage abwies, entschied das zweite zu seinen Gunsten.⁶⁹

Über die Problematik der ‚parallel proceedings‘ hinaus kommt es zu einer Diskriminierung zwischen in- und ausländischen Anteilseignern, da nur letztere vor einem internationalen Schiedsgericht selbst parteifähig sind.⁷⁰

Nachfolgend wird dargestellt, inwieweit das internationale Investitionsschutzrecht auf diese Problematik reagiert.

D. Briefkastenfirmen im allgemeinen internationalen Investitionsschutzrecht

Wie bereits der Fall *CME v. Czech Republic*⁷¹ zeigt, werden Holding- und Briefkastengesellschaften von Schiedsgerichten nicht bloß aufgrund einer möglichen Umgehung eines Investitionsschutzregimes ausgeschlossen.⁷² Auch weitere Schiedsgerichte stellten bei der Frage, inwiefern solchen Gesellschaften Schutz zukommt, überwiegend auf formelle Kriterien ab.⁷³ Insbesondere ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung in *Tokios Tokeles v. Ukraine*⁷⁴ anzubringen, bei der sich sowohl die Mehrheit des Schiedsgerichts als auch *Prosper Weil* in seinem Sondervotum mit der Nationalität eines Unternehmens auseinandergesetzt haben. In diesem Rahmen wurde auch auf zwei oft von Beklagten vorgebrachte Einwände gegen die Parteifähigkeit von Briefkastengesellschaften eingegangen. Einerseits wurde das Schiedsgericht angehalten, die

⁶⁶ *Broches*, RdC 136 (1972), 331 (356); *Schreuer*, The ICSID Convention: A Commentary, Art. 25, Rn. 487.

⁶⁷ Siehe hierzu *McLachlan/Shorel Weiniger*, International Investment Arbitration, Substantive Principles, 81 ff.; *Yannaca-Small*, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), International Investment Law, 1008 ff.

⁶⁸ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, Final Award vom 3. September 2001; *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic*, Partial Award vom 13. September 2001.

⁶⁹ Siehe hierzu ausführlich *McLachlan/Shorel Weiniger*, International Investment Arbitration, Substantive Principles, 118 ff.

⁷⁰ Siehe *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction vom 17. Juli 2003 (ICSID Case No. ARB/01/8), Abs. 83 f.

⁷¹ *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic*, Partial Award vom 13. September 2001.

⁷² *Ibid.*, Abs. 409-411, 419.

⁷³ *AES Corporation v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction vom 26. April 2005 (ICSID Case No. ARB/02/17), Abs. 75-80.

⁷⁴ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction vom 29. April 2004 (ICSID Case No. ARB/02/18).

Doktrin des ‚piercing the corporate Veil‘ anzuwenden.⁷⁵ Andererseits sollten die verwendeten Finanzmittel litauischen Ursprungs sein, damit das Schiedsgericht seine Zuständigkeit annehmen könne (‚Origin of Capital‘-Ansatz).

I. Ansätze in der Rechtsprechung

1. *Tokios Tokeles v. Ukraine*

Das Schiedsgericht hatte zu beurteilen, ob eine Holdinggesellschaft trotz ukrainischer Kontrolle unter den Investorenbegriff des litauisch-ukrainischen BIT und der ICSID-Konvention fallen kann. Während dies die Mehrheit des Schiedsgerichts bejahte und somit seine Zuständigkeit annahm, kam der Präsident des Schiedsgerichts, *Weil*, in seinem Sondervotum zu dem gegenteiligen Ergebnis.⁷⁶

Bei *Tokios Tokeles* handelte es sich um eine in Litauen inkorporierte Gesellschaft, die eine Tochtergesellschaft in der Ukraine gründete, um die Streitigkeiten entstanden.⁷⁷ Das Klägerunternehmen *Tokios Tokeles* selbst stand zu 99% im Eigentum ukrainischer Staatsangehöriger.⁷⁸ In seiner Analyse ging das Schiedsgericht zunächst auf die ICSID-Konvention ein und befand, dass sich aus dieser keine besonderen Anforderungen an die Nationalität eines Klägers stellen ließen. Die Parteien eines IIA seien selbst berechtigt, Kriterien zu bestimmen, solange diese auf vernünftigen Merkmalen beruhten.⁷⁹ Daraufhin ging das Schiedsgericht auf die im BIT angeführte Definition ein. Diese bestimmte die Nationalität eines Unternehmens nach dessen Inkorporation. Das Schiedsgericht erachtete dies als den Maßstäben der ICSID-Konvention genügend und befand daher, dass *Tokios Tokeles* parteifähig sei.⁸⁰ Ein ‚piercing the corporate Veil‘ ließe der klare Wortlaut ebenso wenig zu, wie ein Abstellen auf die ukrainische Herkunft der Finanzmittel.⁸¹

Weil hingegen stützte seine Analyse hauptsächlich auf das ICSID-Abkommen. Unter Berufung auf den ‚Report of the Executive Directors of the Convention‘⁸² und die Präambel folgerte er, dass Sinn und Zweck des Abkommens die Beilegung interna-

⁷⁵ Hierbei soll durch die juristische Person hindurch nach den Kontrollausübenden gesucht werden. Auch das deutsche Recht kennt diese Doktrin in Form der Durchgriffshaftung, siehe hierzu BGH, Urteil vom 16. Juli 2007, II ZR 3/04, DStR 2007, 1586 (1588 f.); Beschluss vom 16. November 2006, IX ZB 57/06, NZI 2008, 63 (64); Urteil vom 14. November 2005, II ZR 178/03, BGHZ 165, 85 (89 ff.), der Begriff wird zudem auch verwendet, wenn Anteilshaber die Rechte eines Unternehmens geltend machen, siehe *Perkams*, in: Reinisch/Knahr (Hrsg.), *International Investment Law in Context*, 93; zur rechtlichen Natur der Doktrin siehe *Kjos*, TDM 1 (Nr. 3, 2004), 4.

⁷⁶ Siehe kritisch zur Entscheidung der Mehrheit *Schlemmer*, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), *International Investment Law*, 49 (79 ff.).

⁷⁷ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction vom 29. April 2004 (ICSID Case No. ARB/02/18), Abs. 1-3.

⁷⁸ Es ist allerdings fraglich, ob *Tokios Tokeles* eine Briefkastengesellschaft darstellte, da Anzeichen von nennenswerter Geschäftstätigkeit vorlagen, *ibid.*, Abs. 37.

⁷⁹ *Ibid.*, Abs. 25 f.

⁸⁰ *Ibid.*, Abs. 27-51.

⁸¹ *Ibid.*, Abs. 53-56, 80.

⁸² ICSID Convention, Regulations and Rules, 35, verfügbar unter <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>> (besucht am 14. Dezember 2008).

tionaler Streitfälle sei.⁸³ Daraus ließe sich schließen, dass die verwendeten Finanzmittel ausländischer Herkunft sein müssten.⁸⁴ Da *Tokios Tokeles* selbst im Eigentum ukrainischer Aktionäre stand, könnten die Voraussetzungen des Abkommens nicht erfüllt sein.

Bereits an dieser Stelle ist anzumerken, dass, obwohl *Weil* in dem konkreten Fall die Zuständigkeit abgelehnt hat, sich dies nicht ohne weiteres auf sämtliche Briefkastengesellschaften übertragen lässt. Die erste Besonderheit des Falles liegt darin, dass Angehörige der Ukraine über *Tokios Tokeles* ein Schiedsverfahren gegen ihren eigenen Staat angestrengt haben. Dies liege laut *Weil* nicht im Rahmen der ICSID-Konvention.⁸⁵ Wäre *Tokios Tokeles* hingegen in den Händen eines dritten Staates gewesen, so hätte dies die Zuständigkeit nicht beeinflusst. Darüber hinaus befasste sich *Weil* ausdrücklich mit den Kriterien der ICSID-Konvention.⁸⁶ ICSID sei kein Forum für die Beilegung von nationalen Streitfällen. Dies verhindert jedoch nicht, dass solche Streitfälle weiterhin u. a. *ad hoc* Schiedsgerichten unter den UNCITRAL-Regeln⁸⁷ vorgelegt werden können.⁸⁸

2. ‚Piercing the corporate Veil‘

Instruktiv zur Behandlung der ‚piercing the corporate Veil‘-Doktrin,⁸⁹ bei der der formale Schleier einer juristischen Person durchdrungen werden soll, sind vor allem die vom Schiedsgericht in *Tokios Tokeles v. Ukraine* vorgebrachten Ausführungen. Zunächst bezog das Schiedsgericht sich hierbei auf die Analyse des IGH in *Barcelona Traction*, der die Anwendung dieser aus dem nationalen Recht stammenden Doktrin grundsätzlich auch im internationalen Recht anerkannte.⁹⁰ Bei der Anwendung der Doktrin könne es sich jedoch nur um eine Ausnahme handeln, die lediglich im Falle eines Missbrauchs der juristischen Person durch einen Gesellschafter zur Anwendung komme. Anwendungsbeispiele sah der IGH im Falle von „...fraud or malfeasance, to protect third persons such as a creditor or purchaser, or to prevent the evasion of legal requirements or of obligations.“⁹¹ Das Schiedsgericht in *Tokios Tokeles v. Ukraine* stellte allerdings keine Form des Unternehmensmissbrauchs fest. Außerdem erörterte

⁸³ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, Dissenting Opinion vom 29. April 2004 (ICSID Case No. ARB/02/18), Abs. 5.

⁸⁴ *Ibid.*, Abs. 20.

⁸⁵ *Ibid.*, Abs. 5.

⁸⁶ *Ibid.*, Abs. 13 f.

⁸⁷ UNCITRAL Arbitration Rules 1976, GA-Res. 31/98 vom 15. 12. 1976, erhältlich im Internet unter <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>> (besucht am 14. Dezember 2008).

⁸⁸ *Kjos*, TDM 1 (Nr. 3, 2004), 8.

⁸⁹ Siehe Fn. 75.

⁹⁰ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction vom 29. April 2004 (ICSID Case No. ARB/02/18), Abs. 54.

⁹¹ *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belgium v. Spain)*, Judgment vom 5. Februar 1970, ICJ Reports 1970, 3, Abs. 56.

es, dass die ausländische Identität des Unternehmens zu keinem Zeitpunkt verschleiert werden sollte. Daher schloss es eine Anwendung der Doktrin aus.⁹²

Im Rahmen seiner Ausführungen ging das Schiedsgericht auch auf die Rechtsprechung in *Loewen v. USA*⁹³ als Beispiel der Anwendung der Doktrin ein.⁹⁴ Nachdem das Schiedsgericht bereits seine Zuständigkeit festgestellt hatte, ging die kanadische Firma *Loewen Group, Inc.* insolvent. Zuvor übertrug diese allerdings noch ihren schiedsgerichtlichen Anspruch auf das eigens dafür gegründete Unternehmen *NAF-CANCO*.⁹⁵ Alle weiteren Vermögensgüter der *Loewen Group, Inc.* gingen auf ein US-amerikanisches Unternehmen über. Das Schiedsgericht befand, dass aufgrund dieser Umstrukturierung alle aus der Klage resultierenden Vorteile an das US-amerikanische Unternehmen übergehen würden.⁹⁶ Gleichzeitig verneinte es explizit, dass es zu einem ‚piercing the corporate Veil‘ kommen würde. Die Literatur verteidigte teilweise die Aussage, dies sei keine Anwendung der Doktrin, mit dem Argument, dass NAFTA den Inhalt über die Form stelle.⁹⁷ Hierbei werden allerdings die ausführlichen Regeln innerhalb NAFTAs zur Behandlung von Unternehmensinvestoren außer Acht gelassen.⁹⁸ So ist ein Ausschluss von Briefkastengesellschaften unter bestimmten Umständen durchaus zulässig.⁹⁹ Das Schiedsgericht unterließ es, auf diese weiter einzugehen, und begnügte sich mit der Aussage, dass alle Vorteile eines Urteils endgültig an ein US-amerikanisches Unternehmen fließen würden.¹⁰⁰ Mithin ist die Entscheidung nur begrenzt aussagekräftig.¹⁰¹

Weitere Schiedsgerichte, die sich mit der Frage nach ‚piercing the corporate Veil‘ beschäftigten, gingen durchgängig wie das Schiedsgericht in *Tokios Tokeles v. Ukraine* vor.¹⁰² Danach sei die Doktrin nur bei Verschleierung der ausländischen Nationalität oder Missbrauch der juristischen Person anzuwenden. Letzteres läge nicht bereits dann vor, wenn ein Unternehmen seine Transaktionen so strukturiert, dass es in den Schutzbereich eines IIA fällt. Andernfalls sei auf die Kriterien des IIA abzustellen.

⁹² *Tokios Tokeles v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction vom 29. April 2004 (ICSID Case No. ARB/02/18), Abs. 55 f.

⁹³ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Award vom 26. Juni 2003 (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3).

⁹⁴ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction vom 29. April 2004 (ICSID Case No. ARB/02/18), Abs. 65 f.

⁹⁵ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Award vom 26. Juni 2003 (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3), Abs. 29.

⁹⁶ *Ibid.*, Abs. 237.

⁹⁷ *McLachlan/Shorel Weiniger*, International Investment Arbitration, Substantive Principles, 149.

⁹⁸ *Wisner/Gallus*, JWIT 5 (Nr. 6, 2004), 927 (941).

⁹⁹ Siehe Art. 1113 NAFTA.

¹⁰⁰ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Award vom 26. Juni 2003 (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3), Abs. 237; siehe hierzu auch *Paulsson*, Arbitration International 20 (Nr. 2, 2004), 213 (214).

¹⁰¹ Siehe *Tokios Tokeles v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction vom 29. April 2004 (ICSID Case No. ARB/02/18), Abs. 66.

¹⁰² Siehe u. a. *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Decision on Jurisdiction vom 27. September 2001 (ICSID Case No. ARB/00/5), Abs. 127-132; *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, Partial Award vom 17. März 2006, Abs. 230-242; *Mondev International Ltd. v. United States of America*, Award vom 11. Oktober 2002 (ICSID Case No. ARB(AF)/99/2) Abs. 79.

3. ‚Origin of Capital‘

Auch Weils ‚Origin of Capital‘-Ansatz wurde häufig von beklagten Staaten vertreten.¹⁰³ In diesem Rahmen wird argumentiert, dass die *ratio* von IIAs einen Zufluss von Geld aus einem Vertragsstaat in den nächsten fordere. Dieser Ansatz ist allerdings mit diversen Problemen behaftet. Finanzmittel zeichnen sich in der heutigen Zeit durch ein hohes Maß an Mobilität aus, sodass nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass diese bestimmten Staaten zugerechnet werden können.¹⁰⁴ Das regelmäßige Verschieben führt dazu, dass auch ein ‚Origin of Capital‘-Erfordernis keinem Missbrauch vorbeugen kann. Einerseits trifft man auf Probleme, sobald das eingesetzte Kapital einem ausländischen Kredit entstammt. Andererseits wird bereits gegen die Anwendung der Kontrolltheorie angebracht, dass es bei Bestimmung der faktischen Kontrolle zu Beweisschwierigkeiten kommt.¹⁰⁵ Der Besitz von Anteilen sowie die Möglichkeit auf Entscheidungen des Unternehmens einzuwirken, lassen sich allerdings leichter nachverfolgen, als der Ursprung eines Finanzmittels.¹⁰⁶ Mithin wurde in der Rechtsprechung ein ungeschriebenes ‚Origin of Capital‘-Erfordernis abgelehnt.¹⁰⁷ Zuletzt ging auch das Schiedsgericht in *Rompetrol v. Romania*¹⁰⁸ hierauf ein. Es verwies darauf, dass Weils Ansicht keine Zustimmung in Rechtsprechung und Literatur erfahren habe und lehnte es ab, weitere Kriterien über den Wortlaut hinaus in den BIT zu interpretieren.¹⁰⁹ Auch in Bezug auf den ‚Origin of Capital‘-Ansatz ist daher anzumerken, dass Schiedsgerichte nicht vom IIA zu Lasten der Investoren abgewichen sind.

4. Umstrukturierung von Unternehmen

Fraglich ist darüber hinaus, ob eine Umstrukturierung der Gesellschaft nach Tätigkeit der Investition die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts beeinflusst.

In *AdT v. Bolivia*¹¹⁰ befasste sich das Schiedsgericht mit einer bolivischen Gesellschaft, die zu 55% einer auf den Cayman Islands ansässigen Holdinggesellschaft ge-

¹⁰³ *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania*, Final Award vom 29. April 1999 (ICSID Case No. ARB/94/2), Abs. 108; *Eudoro A. Olguín v. Republic of Paraguay*, Award vom 26. Juli 2001 (ICSID Case No. ARB/98/5), Abs. 66, Fn.4; *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, Award vom 8. Dezember 2000 (ICSID Case No. ARB/98/4), Abs. 126; Decision on Application for Annulment vom 5. Februar 2002, Abs. 54.

¹⁰⁴ *Wisnerl Gallus*, JWIT 5 (Nr. 6, 2004), 927 (944).

¹⁰⁵ *Schreuer*, The ICSID Convention: A Commentary, Art. 25, Rn. 461.

¹⁰⁶ *Wisnerl Gallus*, JWIT 5 (Nr. 6, 2004), 927 (944).

¹⁰⁷ *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania*, Final Award vom 29. April 1999 (ICSID Case No. ARB/94/2), Abs. 108-111; *Eudoro A. Olguín v. Republic of Paraguay*, Award vom 26. Juli 2001 (ICSID Case No. ARB/98/5), Abs. 66, Fn.4; *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, Award vom 8. Dezember 2000 (ICSID Case No. ARB/98/4), Abs. 126; Decision on Application for Annulment vom 5. Februar 2002, Abs. 54, 55; siehe jedoch *Yaung Chi Oo Trading PTE Ltd. v. Government of the Union of Myanmar*, Final Award vom 31. März 2003 (ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1), Abs. 43-45, siehe auch *Happ*, SchiedsVZ 2008, 19 (26).

¹⁰⁸ *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, Decision on Jurisdiction and Admissibility vom 18. April 2008 (ICSID Case No. ARB/06/3).

¹⁰⁹ *Ibid.*, Abs. 85.

¹¹⁰ *Agua del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction vom 21. Oktober 2005 (ICSID Case No. ARB/02/3).

hörte.¹¹¹ Nachdem Bolivien eine Konzession gewährt hatte, siedelte die Holdinggesellschaft in die Niederlande um. Als es schließlich zum Streit über die Konzession kam, leitete *AdT* ein Schiedsverfahren unter dem niederländisch-bolivischen BIT ein. Das Schiedsgericht sah die Migration von den Cayman Islands in die Niederlande nicht als Grund an, seine Zuständigkeit zu verneinen. Beide Rechtsordnungen haben dies erlaubt. Demnach liege die Kontrolle weiterhin bei demselben Unternehmen.¹¹² Dies stelle überdies auch keine Form des Missbrauchs einer juristischen Person dar, da es durchaus gängig sei, Transaktionen zur Vorteilsmaximierung zu gestalten.¹¹³

Ähnlich verfuhr das Schiedsgericht in *Autopista v. Venezuela*.¹¹⁴ Das im Eigentum einer mexikanischen Gesellschaft stehende Unternehmen *Autopista* ging einen Vertrag mit Venezuela zur Konstruktion und zum Betrieb einer Autobahn ein. Da Mexiko kein ICSID-Vertragsstaat ist, konnte der Vertrag zwischen *Autopista* und Venezuela keine ICSID-Schiedsklausel enthalten. Stattdessen wurde auf ein *ad hoc* Schiedsgericht in Venezuela verwiesen. Zusätzlich enthielt der Vertrag jedoch eine Klausel, nach der Streitfälle vor ICSID zu schlichten seien, falls die Mehrzahl der Aktien an Angehörige eines ICSID-Vertragsstaates verkauft würden. Nach Vertragsschluss wurde das Unternehmen von einer US-amerikanischen Gesellschaft übernommen. Als es schließlich zu Streitigkeiten kam, wurde die Zuständigkeit des ICSID-Schiedsgerichts bejaht.

In *Banro v. Congo*¹¹⁵ erging trotz ähnlicher Sachlage ein gegensätzliches Urteil.¹¹⁶ Obwohl *Banro* Kanada angehörte, das kein ICSID-Vertragsstaat war, verwies der Vertrag zwischen *Banro* und dem Kongo alle Streitigkeiten an ein ICSID-Schiedsgericht. Zur Herstellung der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts transferierte *Banro* alle Ansprüche an eine US-amerikanische Tochtergesellschaft, nachdem Streitigkeiten aufkamen. Das Schiedsgericht schloss seine Zuständigkeit aus. Aufgrund der fehlerhaften Schiedsklausel habe die erforderliche Einwilligung zu einem ICSID-Schiedsverfahren nie bestanden und *Banro* habe diese daher auch nicht auf seine Tochtergesellschaft übertragen können.¹¹⁷ Das Schiedsgericht hat seine Zuständigkeit zwar abgelehnt, dies geschah jedoch nicht unter Verweis auf ein inakzeptables Verhalten von *Banro* an sich.¹¹⁸

¹¹¹ *Ibid.*, Abs. 50-73.

¹¹² *Ibid.*, Abs. 174; siehe auch *Sinclair*, ICSID Review – FILJ 20 (Nr. 2, 2005), 357 (369).

¹¹³ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction vom 21. Oktober 2005 (ICSID Case No. ARB/02/3), Abs. 330-332.

¹¹⁴ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Decision on Jurisdiction vom 27. September 2001 (ICSID Case No. ARB/00/5), Abs. 5-36, 80-134; siehe weiter *Wisnerl Gallus*, JWIT 5 (Nr. 6, 2004), 927 (938 ff.).

¹¹⁵ *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*, Award vom 1. September 2000 (ICSID Case No. ARB/98/7).

¹¹⁶ Siehe hierzu *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 55; *Wisnerl Gallus*, JWIT 5 (Nr. 6, 2004), 927 (937 f.).

¹¹⁷ *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*, Award vom 1. September 2000 (ICSID Case No. ARB/98/7), Abs. 5.

¹¹⁸ Problematisch war hierbei vor allem, dass Kanada nach Ansicht des Tribunals diplomatischen Schutz ausgeübt hatte, *ibid.*, Abs. 24.

Zu einem Ausschluss aufgrund der Umstrukturierung kam es schließlich auch bei *Loewen v. USA*, ohne dass zur Umstrukturierung selbst nähere Ausführungen vorgebracht wurden.¹¹⁹

Auch in *Yaung Chi Ooh v. Myanmar*¹²⁰ kam es zu einer Änderung der Unternehmensstruktur nach Tätigkeit der Investition.¹²¹ Der ASEAN Investment Treaty verlangt als Zuständigkeitsvoraussetzung eines Investors sowohl Inkorporation als auch Sitz.¹²² *Yaung Chi Ooh* war in Singapur inkorporiert. Zur Ausübung und Kontrolle seiner Investition verlegte es seine Aktivitäten notwendigerweise nach Myanmar. In Singapur wurden lediglich die gesetzlich geforderten Unternehmensanforderungen erfüllt.¹²³ Das Schiedsgericht ließ dies jedoch nicht zum Ausschluss der Zuständigkeit führen. Es argumentierte, dass die Anforderung an Sitz und Inkorporation zur Verhinderung von ‚Treaty-Shopping‘ eingefügt wurde. Ein solcher Fall lag bei *Yaung Chi Ooh* nicht vor.¹²⁴

Es ist zu beobachten, dass eine Umstrukturierung nicht unweigerlich den Schutz eines IIAs entfallen lässt. Vielmehr stellen auch nachträgliche strukturelle Veränderungen legitime Maßnahmen dar. Vor allem das Schiedsgericht in *Yaung Chi Ooh v. Myanmar* verdeutlicht, dass Schiedsgerichte die Anforderungen an die Nationalität eher zu Gunsten als zu Lasten von Investoren auslegen.

5. Ergebnis

Es lässt sich feststellen, dass Schiedsgerichte nicht dazu bereit waren, die Zuständigkeit hinsichtlich Gesellschaften mit schwacher Verbindung zum Heimatstaat einzuschränken. Vielmehr wurde, insofern im IIA nicht anders vorgesehen, die Nationalität auf formelle Weise nach dem Gründungsstaat bestimmt.¹²⁵ Auf die Probleme, die sich hieraus ergeben können, wurde zwar eingegangen, dennoch weigerten sich Schiedsgerichte, von dem spezifischen Wortlaut der IIAs zu Lasten der Investoren

¹¹⁹ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Award vom 26. Juni 2003 (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3), Abs. 237. Die in diesem Rahmen gemachten Ausführungen zu einer Erforderlichkeit von kontinuierlicher Nationalität wurden stark kritisiert, siehe hierzu *Paulsson*, *Arbitration International* 20 (Nr. 2, 2004), 213 ff.; *Rubins*, *Arbitration International* 21 (Nr. 1, 2005), 1 ff.

¹²⁰ *Yaung Chi Oo Trading PTE Ltd. v. Government of the Union of Myanmar*, Final Award vom 31. März 2003 (ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1).

¹²¹ *Ibid.*, Abs. 42-56.

¹²² Agreement among the Government of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments vom 15. Dezember 1987, Art. 1 (2).

¹²³ *Yaung Chi Oo Trading PTE Ltd. v. Government of the Union of Myanmar*, Final Award vom 31. März 2003 (ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1), Abs. 46.

¹²⁴ *Ibid.*, Abs. 52.

¹²⁵ *McLachlan/Shore/Weiniger*, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, 132; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction vom 27. November 1985 (ICSID Case No. ARB/84/3), Abs. 46; *Kaiser Bauxite Company v. Jamaica*, Decision on Jurisdiction and Competence vom 6. Juli 1975 (ICSID Case No. ARB/74/3), Abs. 19.

abzuweichen.¹²⁶ Schließlich stünde es den Parteien offen, Briefkastengesellschaften explizit auszuschließen.¹²⁷

Ein solcher Ausschluss geschieht in der Praxis über zwei verschiedene Methoden. Einerseits bestimmen einige IIAs über Inkorporation oder Sitz hinaus ein weiteres Kriterium zur Bestimmung der Nationalität. Hierdurch soll eine genuine Verbindung vorausgesetzt werden. Die zweite Methode zum Ausschluss von Briefkastengesellschaften sind so genannte ‚Denial of Benefits‘-Klauseln. Beide Möglichkeiten werden anschließend näher dargestellt.

II. ‚Effective Link‘-Kriterien

Um eine effektivere Verbindung zwischen Staat und Investor herzustellen, verlangen einige IIAs eine tatsächliche wirtschaftliche Verbindung.¹²⁸ Diese wird durch die Einschränkung des Investorenbegriffs sichergestellt. Hierbei werden zusätzlich zu formellen Kriterien wie Sitz und Inkorporation noch faktische Verbindungen gefordert, u. a. ‚control‘, ‚economic activity‘, ‚preponderant interest‘ oder auch ‚predominant interest of an investor‘.¹²⁹ So definiert bspw. der US Model BIT 2004 ‚enterprise of a party‘ als „...an entity constituted or organized under the law of a Party, and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there.“¹³⁰ Ähnliche Formulierungen werden u. a. in den BITs von Sri Lanka, Frankreich und Schweden verwandt.¹³¹ Die Einschränkung der Definition eines Investors führt grundsätzlich zum Ausschluss der Zuständigkeit *ratione personae* einer Briefkastengesellschaft. Dies hat indes abschreckende Auswirkungen auf Investoren.

III. ‚Denial of Benefits‘-Klauseln

Eine Alternative bieten so genannte ‚Denial of Benefits‘-Klauseln, die sich durch ihre Flexibilität im Umgang mit Briefkastengesellschaften auszeichnen. Durch solche Klauseln behalten sich Gaststaaten das Recht vor, bestimmte Investoren vom Schutz eines IIAs auszuschließen. Kriterien für den Ausschluss sind regelmäßig das Vorliegen von drittstaatlicher Kontrolle bei mangelnder wirtschaftlicher Tätigkeit in einem Vertragsstaat. Zusätzlich können zuweilen Unternehmen ausgeschlossen werden, mit de-

¹²⁶ Siehe hierzu u. a. *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, Partial Award vom 17. März 2006, Abs. 240: „The Tribunal has some sympathy for the argument that a company which has no real connection with a State party to a BIT, and which is in reality a mere shell company controlled by another company which is not constituted under the laws of that State, should not be entitled to invoke the provisions of that treaty.“

¹²⁷ Siehe hierzu *ibid.*, Abs. 241.

¹²⁸ *Sinclair*, ICSID Review – FILJ 20 (Nr. 2, 2005), 357 (367, 375).

¹²⁹ Siehe zu den verschiedenen Begriffen *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 51; *Acconci*, JWIT 5 (Nr. 1, 2004), 139 (152).

¹³⁰ US Model BIT 2004, Art. 1, abgedruckt in *McLachlan/Shorel Weiniger*, International Investment Arbitration, Substantive Principles, 394.

¹³¹ Siehe hierzu und für weitere Beispiele: *McLachlan/Shorel Weiniger*, International Investment Arbitration, 142; *Acconci*, JWIT 5 (Nr. 1, 2004), 139 (151 ff.); *Schreuer*, The ICSID Convention: A Commentary, Art. 25, Rn. 479; *UNCTAD*, Scope and Definition, 39 ff.; *Sinclair*, ICSID Review – FILJ 20 (Nr. 2, 2005), 357 (375).

ren kontrollierendem Staat der Gaststaat keine diplomatischen Beziehungen unterhält oder wenn gegen diesen wirtschaftliche Sanktionen bestehen.¹³²

Eine typische Formulierung findet sich in Art. 17 des US Model BIT 2004. Während der erste Absatz einen Ausschluss aufgrund der Beziehungen zwischen Gast- und kontrollierendem Staat ermöglicht, bezieht sich der zweite Absatz auf Briefkastengesellschaften:

„A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise.“¹³³

Ähnliche Vorschriften finden sich u. a. auch in österreichischen BITs, dem NAFTA-Abkommen und verschiedenen Freihandelsabkommen.¹³⁴ Bisher kam es nur in begrenztem Umfang zur Auslegung solcher Klauseln in der Rechtsprechung.¹³⁵ Auf die Bedeutung der Merkmale im Einzelnen ist bisher nur das Schiedsgericht in *Plama v. Bulgaria*¹³⁶ näher eingegangen. Dieses setzte sich mit einer Briefkastengesellschaft und deren Behandlung unter Art. 17 ECT auseinander. Die einzelnen Erkenntnisse sowie die Besonderheiten der Vorschrift im Vergleich zu ähnlichen Normen werden nachfolgend im Zusammenhang der Behandlung von Briefkastengesellschaften unter dem ECT näher dargestellt.

¹³² UNCTAD, Scope and Definition, 33.

¹³³ Siehe den US Model BIT 2004, abgedruckt in *McLachlan/Shorel Weiniger*, International Investment Arbitration, Substantive Principles, 403.

¹³⁴ Siehe Art. 1113 NAFTA; Art. 1 (2) Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning reciprocal Encouragement and Protection of Investment vom 14. November 1991 (US-amerikanisch-argentinischer BIT); Art. 10 Agreement between the Hashemite Kingdom of Jordan and the Republic of Austria for the Promotion and Protection of Investments vom 23. Januar 2001; Art. 10 Agreement between the Republic of Austria and the _____ for the Promotion and Protection of Investments. No 197 (österreichischer Model BIT), Art. 15.11 (b) United States-Singapore Free Trade Agreement vom 6. Mai 2003; Article 70 Agreement between the Republic of Singapore and Japan for a new age-economic Partnership vom 13. Januar 2002; Art. 08-18 Singapore-Australia Free Trade Agreement vom 17. Februar 2003; Art. 911 Australia-Thailand Free Trade Agreement vom 5. Juli 2004, alle verfügbar unter <http://www.unctadxi.org/templates/Startpage____718.aspx> (besucht am 14. Dezember 2008); siehe ferner Art. XXVII (c) des Allgemeinen Übereinkommens über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) vom 15. April 1994, in: Tietje (Hrsg.), Welthandelsorganisation, 224 (242).

¹³⁵ Siehe *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, Award vom 16. September 2003 (ICSID Case No. ARB/00/9), 46-48; *Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic*, Award vom 29 März 2005, Arb. No. 126/2003, 63; *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction vom 8. Februar 2005 (ICSID Case No. ARB/03/24), Abs. 143-178; *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic*, Decision on Preliminary Objections vom 27. Juli 2006 (ICSID Case No. ARB/03/13), Abs. 221.

¹³⁶ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction vom 8. Februar 2005 (ICSID Case No. ARB/03/24).

E. Briefkastengesellschaften im ECT

I. Der ECT

Der am 17. Dezember 1994 unterzeichnete und am 16. April 1998 in Kraft getretene ECT stellt ein rechtlich verbindliches Rahmenwerk zur unverbindlichen Europäischen Energiecharta von 1991 dar.¹³⁷ Ziel beider Instrumentarien war u. a. die Sicherung der stabilen Energieversorgung aus den osteuropäischen Staaten.¹³⁸ Neben der Reglementierung des Handels mit Energie enthält der Vertrag in seinem dritten Teil Vorschriften zur Förderung und zum Schutz von Investitionen im Energiesektor.¹³⁹ Art. 26 ECT gewährt einem Investor das Recht, diesbezügliche Streitigkeiten durch ein internationales Schiedsgericht beilegen zu lassen.¹⁴⁰

Für die Bestimmung der Nationalität eines Investors verweist der ECT auf die jeweiligen nationalen Regeln.¹⁴¹ Zudem beinhaltet er einen weiten Investitionsbegriff, der sich ausdrücklich auf alle Investitionen bezieht, die „einem Investor unmittelbar oder mittelbar gehör[en] oder von ihm kontrolliert“ werden.¹⁴² Explizit schließt dies auch „eine Gesellschaft oder ein gewerbliches Unternehmen oder Anteilsrechte, Aktien oder sonstige Formen der Kapitalbeteiligung an einer Gesellschaft oder einem gewerblichen Unternehmen...“ mit ein.¹⁴³

Zur Einschränkung enthält der Vertrag in Art. 17 ECT eine ‚Denial of Benefits‘-Klausel. Danach können „einer juristischen Person, wenn Staatsbürger oder Staatsangehörige eines dritten Staates Eigentümer dieser juristischen Person sind oder diese kontrollieren und wenn diese juristische Person keine nennenswerten Geschäftstätigkeiten im Gebiet der Vertragspartei ausübt, in der sie gegründet wurde“, die Vorteile des dritten Teils des Vertrages verweigert werden.¹⁴⁴ Der zweite Absatz erlaubt eine Verweigerung dieser Vorteile auch wegen der bereits erläuterten diplomatischen Gründe. Bislang wurde sich auf die Vorschrift nur in den Verfahren *Petrobart v. Kyrgyz Republic*¹⁴⁵ und *Plama v. Bulgaria* berufen. Vor allem letztere Entscheidung setzte sich mit der Bedeutung näher auseinander.

¹³⁷ *Bergby*, Grundlagen und aktuelle Entwicklungen im Streitbeilegungsrecht nach dem Energiechartavertrag aus norwegischer Perspektive, 5.

¹³⁸ Zu Zielen und dem Verhandlungsprozess siehe ferner *Doré*, in: Wälde (Hrsg.), *The Energy Charter Treaty*, 137 ff.

¹³⁹ Siehe zur Übersicht der einzelnen Abschnitte *Bamberger*, in: Wälde (Hrsg.), *The Energy Charter Treaty*, 1ff.

¹⁴⁰ Dieses geschieht entweder durch ein ICSID-Schiedsgericht, einem *ad hoc* Schiedsgericht nach den UNCITRAL-Regeln oder einem Schiedsverfahren im Rahmen des Instituts für Schiedsverfahren der Stockholmer Handelskammer, vgl. Art. 26 (4) ECT.

¹⁴¹ Art. 1 (7) (ii) ECT: „eine Gesellschaft oder eine andere Organisation, die in Übereinstimmung mit den in dieser Vertragspartei geltenden Rechtsvorschriften gegründet ist“. Siehe hierzu *Gaillard*, in: Ribeiro (Hrsg.), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, 54 (68).

¹⁴² Art. 1 (6) ECT.

¹⁴³ Art. 1 (6) b) ECT.

¹⁴⁴ Art. 17 (1) ECT.

¹⁴⁵ *Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic*, Award vom 29. März 2005, Arb. No. 126/2003.

II. *Plama v. Bulgaria*

PCL, ein in Zypern inkorporiertes Unternehmen, kaufte 1998 Anteile an der bulgarischen Firma *Nova Plama AD*.¹⁴⁶ Laut klägerseitigem Vorbringen verstieß die Vorgehensweise Bulgariens bezüglich einer im Eigentum von *Nova Plama AD* stehenden Ölraffinerie gegen Bulgariens Pflichten aus dem ECT.¹⁴⁷ Vor dem daraufhin einberufenen ICSID-Schiedsgericht berief sich Bulgarien *inter alia* auf Art. 17 (1) ECT. Laut Bulgarien handele es sich bei *PCL* um eine Briefkastengesellschaft, die unter drittstaatlicher Kontrolle und in drittstaatlichem Eigentum stünde und keine wirtschaftlichen Aktivitäten auf Zypern entfalte.¹⁴⁸ Dies führe zum Ausschluss der Zuständigkeit. *PCL* gab zu, keine nennenswerten Beziehungen zu Zypern zu haben.¹⁴⁹ Umstritten war jedoch, wer Eigentümer und Kontrollausübender von *PCL* war. Die Klägerin behauptete, das endgültige Eigentum würde bei einem französischen Staatsangehörigen liegen, womit *PCL* nicht durch Art. 17 (1) ausgeschlossen werden könne. Von derartigen Behauptungen bezüglich der Eigentumsverhältnisse wurde Bulgarien jedoch erst im Rahmen des Verfahrens in Kenntnis gesetzt.

Das Schiedsgericht qualifizierte Art. 17 ECT als Frage des Begründetheitsstadiums¹⁵⁰ und nicht als Zuständigkeitsvoraussetzung. Überdies stellte es fest, dass die Vorschrift keine automatische Anwendung erfahre. Das Recht eines Staates, Vorteile zu verwehren, müsse ausgeübt werden und entfalte nur zukünftige Wirkung.¹⁵¹ Dies hatte Bulgarien erst nach Einleitung des Verfahrens getan, sodass *PCL* nicht durch Art. 17 (1) ECT ausgeschlossen werden konnte.

Erstaunlicherweise ging das Schiedsgericht in seinem abschließenden Urteil trotz dieser Erkenntnis abermals auf die ‚Denial of Benefits‘-Klausel ein, um zu klären, ob *PCL* unter drittstaatlicher Kontrolle stand.¹⁵² Es erachtete die vom Kläger vorgebrachten Beweise als ausreichend, das Eigentum eines französischen Staatsangehörigen zu demonstrieren.¹⁵³

Anschließend ging es darauf ein, inwiefern die falsche Darstellung des eigentlichen Eigentümers eine arglistige Täuschung (misrepresentation) darstelle.¹⁵⁴ Die Klägerin bestritt dies mit dem Argument, dass ihn keine Pflicht zur Darlegung der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse getroffen habe.¹⁵⁵ Dem folgte das Schiedsgericht nicht und befand, dass sich eine Pflicht zur Darlegung aller elementaren den Investor und die Investition betreffenden Informationen aus Treu und Glauben ergebe. Dieses

¹⁴⁶ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction vom 8. Februar 2005 (ICSID Case No. ARB/03/24), Abs. 1, 19.

¹⁴⁷ Darüber hinaus wurde auch ein Verstoß gegen den bulgarisch-zyprischen BIT vorgebracht, *ibid.*, Abs. 183-227.

¹⁴⁸ *Ibid.*, Abs. 55-63.

¹⁴⁹ *Ibid.*, Abs. 74.

¹⁵⁰ Im Englischen ‚merits‘.

¹⁵¹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction vom 8. Februar 2005 (ICSID Case No. ARB/03/24), Abs. 143-178.

¹⁵² *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Final Award vom 27. August 2008 (ICSID Case No. ARB/03/24), Abs. 77-95.

¹⁵³ *Ibid.*, Abs. 95.

¹⁵⁴ *Ibid.*, Abs. 96-146.

¹⁵⁵ *Ibid.*, Abs. 107.

Prinzip wiederum sei nicht nur im bulgarischen Recht verankert, sondern stelle auch einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Völkerrechts dar.¹⁵⁶ So kam das Schiedsgericht auch ohne die ‚Denial of Benefits‘-Klausel zu dem Ergebnis, dass *PCL* keinen Schutz unter dem ECT erfahre.

Aus staatlicher Sicht ist dieser Teil der Entscheidung durchaus zu begrüßen. Zwar bedeutet er keine Einschränkung der Möglichkeiten eines Investors, durch Unternehmensplanung den Schutz eines IIA herbeizuführen. Im Rahmen von Verhandlungen zur Tötigung der Investition muss dies für den Gaststaat dann aber auch erkennbar sein. Folgen andere Schiedsgerichte den in *Plama v. Bulgaria* getätigten Ausführungen zu Art. 17 (1) ECT, stellt dies jedoch eine klare Schwächung der Rechte der Gaststaaten dar.

Die in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Fragen und weitere Einzelheiten der ‚Denial of Benefit‘-Klausel sollen im Folgenden näher dargestellt werden.¹⁵⁷

III. Art. 17 ECT

1. Kriterien einer Briefkastengesellschaft

Art. 17 (1) ECT und ‚Denial of Benefits‘-Klauseln im Allgemeinen verlangen erstens, dass der auszuschließende Investor von Angehörigen eines Drittstaates kontrolliert wird oder in deren Eigentum steht. Zweite Voraussetzung ist, dass keine nennenswerten Geschäftstätigkeiten im Gründungsstaat vorliegen. In *Generation Ukraine v. Ukraine*¹⁵⁸ wurde von der Ukraine vertreten, dass es sich hierbei um alternative Kriterien handle.¹⁵⁹ Das Schiedsgericht hingegen stellte aufgrund des Wortlautes und Beschreibungen des US State Departments fest, dass beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen.¹⁶⁰ Dieser Erkenntnis schloss sich auch das Schiedsgericht in *Plama v. Bulgaria* bezüglich Art. 17 ECT an.¹⁶¹

¹⁵⁶ *Ibid.*, Abs. 144.

¹⁵⁷ Bei der Interpretation der Vorschrift anhand von Art. 31-33 der WVK ist anzufügen, dass keine offiziellen ‚travaux préparatoires‘ zum ECT zur Verfügung stehen. Zudem werden wie in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit üblich auch Klauseln anderer Investitionsschutzverträgen und deren Interpretation von Schiedsgerichten mit in Betracht gezogen. Siehe hierzu *Wälde*, in: Horn (Hrsg.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, 193 (198 ff.).

¹⁵⁸ *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, Award vom 16. September 2003 (ICSID Case No. ARB/00/9).

¹⁵⁹ Das Schiedsgericht legte hierbei Art. 1 (2) des Treaty between the United States of America and Ukraine concerning the Encouragement and reciprocal Protection of Investment vom 4. März 1994 (US-amerikanisch-ukrainischer BIT) aus: „Each Party reserves the right to deny to any company the advantages of this Treaty if nationals of any third country control such company and, in the case of a company of the other Party, that company has no substantial business activities in the territory of the other Party or is controlled by nationals of a third country with which the denying Party does not maintain normal economic relations.“

¹⁶⁰ *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, Award vom 16. September 2003 (ICSID Case No. ARB/00/9), 46 ff.

¹⁶¹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction vom 8. Februar 2005 (ICSID Case No. ARB/03/24), Abs. 143.

Hinsichtlich der Kriterien Kontrolle und Eigentum waren sich das Schiedsgericht und die Parteien einig, dass es sich um alternative Kriterien handle und diese indirektes und wirtschaftliches Eigentum sowie faktische Kontrolle einschließen.¹⁶²

Bislang wurden die Kriterien der drittstaatlichen Kontrolle und des Eigentums nicht weiter bestimmt. In *Generation Ukraine v. Ukraine* stand fest, dass das Unternehmen zu 100% im Eigentum eines US-Amerikaners stand und damit keine drittstaatliche Kontrolle vorlag.¹⁶³ In *Petrobart v. Kyrgyz Republic* gab sich das Gericht mit den Aussagen von *Petrobart* zufrieden, dass das Unternehmen von einer in England inkorporierten und ansässigen Gesellschaft geleitet wurde.¹⁶⁴ Auch in *PAE v. Argentina*¹⁶⁵ war wenig umstritten, dass das Unternehmen von US-amerikanischen Gesellschaften kontrolliert wurde.¹⁶⁶ Mangels gegenteiliger Beweise Bulgariens stütze sich das Schiedsgericht in *Plama v. Bulgaria* auf die von Klägerseite vorgebrachten Zusicherungen, *PCL* würde von einem französischen Investor kontrolliert.¹⁶⁷

Bei der Feststellung von Kontrolle im Rahmen des ECT ist die Klarstellung 3 zu Art. 1 (6) ECT von Bedeutung.¹⁶⁸ Danach ist die Kontrolle einer Investition nach faktischen Umständen zu beurteilen. Hierbei ist *inter alia* auf die finanzielle Beteiligung, sowie die Fähigkeit, Einfluss auf die Geschäftsführung und die Auswahl der Mitglieder des Verwaltungsgremiums auszuüben, abzustellen.

Kontrolle wird generell entweder quantitativ durch Mehrheit an Aktien oder Stimmrechten (und damit gleichbedeutend mit Eigentum) oder qualitativ, als Möglichkeit substantiellen Einfluss auszuüben, bestimmt.¹⁶⁹ Der erforderliche Grad der Kontrolle variiert hierbei. Im Rahmen einer ‚Denial of Benefits‘-Klausel kann jedoch davon ausgegangen werden, dass Drittstaatler zumindest größere Kontrolle als Angehörige von Vertragsstaaten ausüben oder Hauptanteilseigner sein müssen. Ein Ausschluss einer Gesellschaft aufgrund eines geringen Einflusses oder Minderheitenanteilen von Drittstaatlern liegt nicht im Sinne der Klausel.

Auch die Voraussetzung der nicht-nennenswerten Geschäftstätigkeit blieb bislang unbestimmt.¹⁷⁰ *PCL* räumte schnell ein, dass es keine Tätigkeiten auf Zypern entfal-

¹⁶² *Ibid.*, Abs. 170.

¹⁶³ *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, Award vom 16. September 2003 (ICSID Case No. ARB/00/9), 48.

¹⁶⁴ *Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic*, Award vom 29. März 2005, Arb. No. 126/2003, 63.

¹⁶⁵ *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic*, Decision on Preliminary Objections vom 27. Juli 2006 (ICSID Case No. ARB/03/13).

¹⁶⁶ *Ibid.*, Abs. 204 f. Das Schiedsgericht befasste sich mit der ‚Denial of Benefits‘-Klausel in Art. I (2) des argentinisch-US-amerikanischen BIT, siehe Fn. 134.

¹⁶⁷ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Final Award vom 27. August 2008 (ICSID Case No. ARB/03/24), Abs. 91-95.

¹⁶⁸ Der Vertrag über die Energiecharta und dazugehörige Dokumente, 17, verfügbar unter <<http://www.encharter.org/index.php?id=28>> (besucht am 14. Dezember 2008). Die Klarstellungen wurden bei Unterzeichnung der Schlussakte angenommen und gelten als Übereinstimmung über die Auslegung im Sinne von Art. 31 (2) a) Wiener Konvention über das Recht der Verträge, *Happ*, Schiedsverfahren zwischen Staaten und Investoren nach Artikel 26 Energiechartavertrag, 122, Fn. 406.

¹⁶⁹ *UNCTAD*, Scope and Definition, 41 ff.; siehe auch *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction vom 21. Oktober 2005 (ICSID Case No. ARB/02/3), Abs. 264; zur Definition von ausländischer Kontrolle unter Art. 25 (2) (b) ICSID-Konvention siehe *Schreuer*, The ICSID Convention: A Commentary, Art. 25, Rn. 564-577.

¹⁷⁰ Die englische Version des ECT nutzt den Terminus ‚substantial business activities‘.

te.¹⁷¹ In *PAE v. Argentina* lag evident wirtschaftliche Aktivität von *BP* in den Vereinigten Staaten vor.¹⁷² *Petrobart* stand unter Leitung einer englischen Gesellschaft, die diverse administrative und strategische Aufgaben innerhalb Englands vollbrachte. Das Schiedsgericht sah hierin nennenswerte Geschäftstätigkeiten.¹⁷³

Es ist nicht verwunderlich, dass bisher kein Standard für das Vorliegen von nennenswerten Geschäftstätigkeiten definiert wurde. Auch der BFH stellt zwar grundsätzlich darauf ab, ob eigene Büroräume, Telefon- und Faxanschlüsse oder eigenes Personal vorliegen.¹⁷⁴ Dies stellt jedoch keinen strikten Maßstab dar, da sich die Anforderungen an die Tätigkeiten je nach Aufgabe der Gesellschaft unterscheiden können.¹⁷⁵ Zudem stellen Staaten verschiedene Mindestanforderungen an Gesellschaften, die im Rahmen ihres Rechtssystems gegründet werden. Die Definition des englischen Terminus ‚substantial‘ bestimmt diesen als „of considerable importance, size, or worth“ und „real and tangible rather than imaginery“.¹⁷⁶ Demnach sind unproblematisch Gesellschaften auszuschließen, die überhaupt keine tatsächlichen Aktivitäten vorweisen können. Wann die Schwelle des Nennenswerten darüber hinaus erreicht ist, muss allerdings im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesetzlichen Anforderung und der Aufgaben des Unternehmens bestimmt werden.¹⁷⁷

2. Inanspruchnahme

In *Plama v. Bulgaria* argumentierte Bulgarien, dass Art. 17 ECT automatische Wirkung entfalte.¹⁷⁸ Dies wurde von dem Schiedsgericht richtigerweise abgelehnt. Art. 17 ECT stellt eine ‚Denial of Benefits‘-Klausel und eben keine generelle Einschränkung des personellen Anwendungsbereichs des Vertrages dar.¹⁷⁹ Der Wortlaut bestimmt klar, dass sich Vertragsparteien ein Recht zur Vorteilsverweigerung vorbehalten.¹⁸⁰ Es bedarf daher der Ausübung dieses Rechtes, von der der Investor auf zumut-

¹⁷¹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction vom 8. Februar 2005 (ICSID Case No. ARB/03/24), Abs. 74.

¹⁷² *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic*, Decision on Preliminary Objections vom 27. Juli 2006 (ICSID Case No. ARB/03/13), Abs. 221.

¹⁷³ *Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic*, Award vom 29. März 2005, Arb. No. 126/2003, 63.

¹⁷⁴ BFH, Urteil vom 20.3.2002, I R 63/99, DStR 2002, 1348 (1349 f.).

¹⁷⁵ Siehe hierzu *Trenkwalder*, in: Lang/Jirousek (Hrsg.), FS Loukota, 569 (578 ff.).

¹⁷⁶ Compact Oxford English Dictionary of Current English, 3. Ausgabe, Oxford 2005.

¹⁷⁷ Jedenfalls ist diese erreicht, wenn der Schwerpunkt der Aktivitäten in einem Vertragsstaat liegt, siehe *Happ*, Schiedsverfahren zwischen Staaten und Investoren nach Artikel 26 Energiechartavertrag, 122.

¹⁷⁸ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction vom 8. Februar 2005 (ICSID Case No. ARB/03/24), Abs. 64.

¹⁷⁹ *Ibid.*, Abs. 155.

¹⁸⁰ Im Gegensatz hierzu sieht die ‚Denial of Benefits‘-Klausel in Art. VI des ASEAN Framework Agreement on Services explizit einen automatischen Ausschluss vor: „The benefits of this Framework Agreement shall be denied to a service supplier who is a natural person of a non-Member State or a juridical person owned or controlled by persons of a non-Member State constituted under the laws of a Member State, but not engaged in substantive business operations in the territory of Member States(s).“; ASEAN Framework Agreement on Services vom 15. Dezember 1995, verfügbar unter <<http://www.aseansec.org/6628.htm>> (besucht am 14. Dezember 2008).

bare Weise Kenntnis erlangen kann.¹⁸¹ Im Kontrast zu NAFTA kann dies bei Art. 17 ECT indes auf diverse Arten geschehen.¹⁸²

3. Auswirkungen auf die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts

Wesentlich umstrittener ist die Qualifizierung von Art. 17 ECT. Bulgarien argumentierte, dass es sich hierbei um ein Zuständigkeitskriterium handle.¹⁸³ Art. 26 ECT (Investor-Staat-Streitbeilegungsklausel in Teil V des ECT) beziehe sich explizit nur auf Streitigkeiten über einen behaupteten Verstoß gegen eine Verpflichtung aus Teil III des ECT. Es läge daher nur eine begrenzte Zustimmung zur Unterwerfung an ein Schiedsgericht vor. Durch Art. 17 ECT sei ein Investor von den Vorteilen des dritten Teils ausgenommen. Mithin könne auch keine Verletzung behauptet werden, sodass ein Schiedsgericht seine Zuständigkeit zu verneinen habe.¹⁸⁴

Das Gericht ließ sich hiervon nicht überzeugen. Es stellte auf den Wortlaut der Vorschrift ab, der sich nur auf einen Ausschluss der Rechte aus Teil III, nicht jedoch auf Art. 26 ECT beziehe.¹⁸⁵ Anschließend diskutierte es, welche Anwendung durch Sinn und Zweck des ECT geboten sei. In diesem Rahmen führte es aus, dass Art. 26 ECT für den Investor von äußerster Wichtigkeit sei.¹⁸⁶ Liesse man Art. 17 ECT die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts ausschließen, könne ein Staat seine Zustimmung unilateral zurückziehen.¹⁸⁷ Da Art. 26 ECT gesperrt wäre, müsse ein Investor seinen Heimatstaat bitten, die Anwendung von Art. 17 ECT im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 27 ECT (Beilegung von Streitigkeiten zwischen Vertragsparteien) überprüfen zu lassen.¹⁸⁸

Diese Ausführungen wurden zu Recht kritisiert.¹⁸⁹ Das Schiedsgericht ließ bei seinen Ausführungen außer Acht, dass ein Schiedsgericht seine Zuständigkeit selbst überprüft.¹⁹⁰ Falls ein Staat sich auf Art. 17 ECT berufen würde, ohne dass dessen Voraussetzungen vorlägen, würde dies auch nicht zum Ausschluss der Zuständigkeit führen.¹⁹¹

¹⁸¹ Für verschiedene Möglichkeiten der Ausübung siehe *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction vom 8. Februar 2005 (ICSID Case No. ARB/03/24), Abs. 157.

¹⁸² Art. 1113 (2) NAFTA fordert Notifizierung nach Art. 1803 NAFTA und Konsultationen gem. Art. 2006 NAFTA bevor ein Investor ausgeschlossen werden kann.

¹⁸³ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction vom 8. Februar 2005 (ICSID Case No. ARB/03/24), Abs. 64 f.

¹⁸⁴ *Ibid.*, Abs. 29-34.

¹⁸⁵ *Ibid.*, Abs. 147.

¹⁸⁶ *Ibid.*, Abs. 133-141.

¹⁸⁷ *Ibid.*, Abs. 149.

¹⁸⁸ *Ibid.*, Abs. 150. Siehe hierzu *Jaguschl Sinclair*, in: Ribeiro (Hrsg.), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, 73 (96).

¹⁸⁹ *Chalker*, TDM 3 (Nr. 5, 2006), 8, *Shore*, *International Arbitration Law Review* Nr.3, 2007, 58 (63).

¹⁹⁰ Vergleiche Art. 41 (1) ICSID.

¹⁹¹ Das Gericht führte die so genannte ‚gatekeeper‘ Funktion des Art. 36 (3) ICSID an. Hiernach lehnt der Generalsekretär jedoch nur Streitigkeiten ab, die ‚manifestly outside the jurisdiction‘ liegen. Dies ist auch bei *Plama v. Bulgaria* nicht geschehen.

Für Art. 17 (1) ECT als Zuständigkeitsschranke wird argumentiert, dass dieser eng mit der Streitbeilegungsklausel und dem Investorenbegriff verbunden sei. Ein weiteres Indiz sei, dass Art. 17 (2) ECT eine Feststellung („establishes“) der Ausschlusskriterien fordere, während dies im ersten Absatz nicht der Fall sei. Dies spreche dafür, den ersten Absatz der Zuständigkeit und den zweiten Absatz der Begründetheit zuzuordnen.¹⁹² Überdies habe auch *Petrobart v. Kyrgyz Republic* Art. 17 ECT als eine Zuständigkeitsvoraussetzung behandelt.¹⁹³

Im Ergebnis ist *Plama v. Bulgaria* beizupflichten. Die Zustimmung in Art. 26 ECT ist explizit uneingeschränkt. Diese kann durch Ausübung von Art. 17 ECT nicht zurückgezogen oder modifiziert werden. Vielmehr sind die Zuständigkeitsvoraussetzungen klar dargestellt und durch Art. 1 ECT näher bestimmt. Art. 17 ECT bezieht sich nicht auf den Investorenbegriff als solchen und kann daher auch nicht die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts ausschließen. Es liegt auf der Hand, dass eine Diskussion einer Verletzung von Rechten des dritten Teils nicht erfolgen kann, solange ungeklärt ist, ob diese einem Investor überhaupt zustehen. Dieses Problem lässt sich allerdings im Rahmen der Zulässigkeit einer Klage („admissibility“) lösen.¹⁹⁴ Dieser Ansicht folgte auch das Schiedsgericht in *Generation Ukraine v. Ukraine*.¹⁹⁵

4. Auswirkungen auf Rechte der Gesellschaft

Die Frage, wie Art. 17 ECT zu qualifizieren ist, beantwortet nicht, inwiefern die Rechte eines Unternehmens ausgeschlossen werden können. Dieses ergibt sich vielmehr aus den objektiven Kriterien und den Rechtsfolgen. Von hoher Relevanz ist daher die Frage, ob eine Berufung auf Art. 17 ECT nur zukünftige oder auch retrospektive Wirkung entfaltet. Vor allem hierin liegt die Brisanz der ‚Denial of Benefits‘-Klauseln, da eine retrospektive Anwendung sämtliche vorhergehenden Rechtsverletzungen durch einen Staat abdecken würde. Dies wurde auch in *Plama v. Bulgaria* relevant, da Bulgarien erst nachdem es zum Streit gekommen war mit einem Brief an das ICSID-Sekretariat sein Recht aus Art. 17 ECT ausübte.¹⁹⁶ Das Schiedsgericht befand, dass ein Ausschluss von Rechten lediglich zukünftiger Natur sei. Während die Nutzung des Präsens zwar auf eine zukünftige Anwendung deute, ergebe eine Wort-

¹⁹² *Shore*, International Arbitration Law Review Nr. 3, 2007, 58 (63).

¹⁹³ *Ibid.*, 60, Fn. 9.

¹⁹⁴ Die Begriffe ‚admissibility‘ und ‚jurisdiction‘ sind in Bezug auf internationale Schiedsgerichte noch nicht abschließend geklärt. Siehe hierzu *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction vom 14. Januar 2004 (ICSID Case No. ARB/01/3), Abs. 33; *Laird*, in Weiler (Hrsg.), International Investment Law and Arbitration, 201 ff.; *Williams*, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), International Investment Law, 868 (919 ff.). Es ist jedenfalls üblich, neben der Zuständigkeit auch auf weitere Einsprüche einzugehen, die die Klage als solche untergehen lassen und nicht die Rechtsverletzung selbst betreffen, vergleiche auch Art. 41 (2) ICSID.

¹⁹⁵ *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, Award vom 16. September 2003 (ICSID Case No. ARB/00/9), 48: „This is not, as the Respondent appears to have assumed, a jurisdictional hurdle for the Claimant to overcome in the presentation of its case; instead it is a potential filter on the admissibility of claims which can be invoked by the respondent State.“, siehe auch *Essig*, TDM 4 (Nr. 5, 2007), 8 f.

¹⁹⁶ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction vom 8. Februar 2005 (ICSID Case No. ARB/03/24), Abs. 144.

lautanalyse keine klare Aussage.¹⁹⁷ Daher wandte sich das Schiedsgericht dem Sinn und Zweck zu. Ausgehend von dem Begriff der „Förderung langfristiger Zusammenarbeit im Energiebereich“ in Art. 2 ECT, stellte es auf die Sicherung langfristiger Planungen von Investoren ab.¹⁹⁸ Diese würden darauf vertrauen, dass ihnen die Rechte des dritten Teils zustünden, während sie eine Investition tätigen.

Insoweit der Schutz von Investoren betroffen ist, sind diese Ausführungen durchaus schlüssig. Kritisiert wird jedoch die in *Plama v. Bulgaria* vorgenommene Auslegung von Sinn und Zweck des ECT. Interessanterweise ließ das Schiedsgericht bei seiner Zitierung von Art. 2 ECT die Worte „auf der Grundlage der gegenseitigen Ergänzung und des gegenseitigen Nutzens“ aus. Im ECT haben sich die Vertragsstaaten gegenseitig Zugeständnisse gemacht. Diese erstrecken sich auch auf angehörige Investoren. Der Investorenschutz fällt zwar unter den Sinn und Zweck des Vertrages, dieser umfasst allerdings nur solche Investoren, die Vertragsstaaten angehören. Die Funktion von Art. 17 ECT ist es, Investoren auszuschließen, die in den Genuss der Vorteile des ECT kommen wollen, ohne dass ihr Heimatstaat selbst solche Vorteile gewährt.¹⁹⁹ Daher muss Art. 17 ECT eine strikte Auslegung erfahren.²⁰⁰ Darüber hinaus ist der Investorenschutz als *ratio* des ECT zu relativieren.²⁰¹ Zwar spricht Art. 2 ECT von langfristiger Zusammenarbeit, jedoch lässt sich hieraus nicht auf den Schutz von langfristigen Investitionsplanungen *per se* schließen. Beim ECT handelt es sich nicht um einen reinen Investitionsschutzvertrag. Vielmehr enthält er Vorschriften zur Kooperation in diversen Gebieten der Energieversorgung. Der Schutz von Investitionen ist nur ein Teilgebiet. Langfristige Kooperation wird vor allem durch die Vorschriften zum Handel verwirklicht.²⁰² Schließlich verweist Art. 2 ECT noch auf die Ziele und Grundsätze der Europäischen Energiecharta.²⁰³ Diese stellt in ihrem ersten Titel neben der Schaffung eines investitionsbegünstigenden Klimas weitere Ziele, wie Energieeffizienz und Umweltschutz, auf.²⁰⁴ Dementsprechend kann bei der Interpretation nicht

¹⁹⁷ *Ibid.*, Abs. 159.

¹⁹⁸ *Ibid.*, Abs. 161 f.

¹⁹⁹ *Jagusch/Sinclair*, in: Ribeiro (Hrsg.), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, 73 (100).

²⁰⁰ *Wälde*, in: ders. (Hrsg.), *The Energy Charter Treaty*, 251 (274 f.).

²⁰¹ *Chalker*, *Making the Investment Provisions of the Energy Charter Treaty Sustainable Development Friendly*, 8 ff.

²⁰² *Ibid.*, 9.

²⁰³ Abschlussdokument der Haager Konferenz über die Europäische Energiecharta vom 17. Dezember 1991, in: *Der Vertrag über die Energiecharta und dazugehörige Dokumente*, 138. verfügbar unter <<http://www.encharter.org/index.php?id=28>> (besucht am 14. Dezember 2008).

²⁰⁴ Relevant ist vor allem Titel I (2), der den Investitionsschutz nicht direkt anspricht:

„Kooperation im Energiebereich. Dazu gehört:

- die Koordinierung der Energiepolitiken im Sinne der Ziele dieser Charta;
- der gegenseitige Zugang zu technischen und wirtschaftlichen Daten unter Wahrung der Eigentumsrechte;
- Vorgabe stabiler und transparenter rechtlicher Rahmenbedingungen als Voraussetzung für die Entwicklung der Energieressourcen;
- Koordinierung und gegebenenfalls Harmonisierung der Sicherheitsgrundsätze und Richtlinien für Energieerzeugnisse und ihre Beförderung sowie für Energieanlagen auf hoher Ebene;
- Erleichterung des Austauschs von technologischen Informationen und Know-how in den Bereichen Energie und Umwelt, einschließlich der Ausbildungstätigkeiten;
- Forschung, technologische Entwicklung und Demonstrationsvorhaben.“

ausschließlich anhand des Schutzes von Investitionen argumentiert werden. Dies gilt insbesondere, wenn es sich um Investitionen aus Drittstaaten handelt.

Auch die Konsequenzen der verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten dürfen nicht außer Acht gelassen werden. Geht man von einer zufünftigen Auswirkung aus, so unterliegen Investitionen solange dem Schutz, bis Art. 17 ECT ausgeübt wird. Handelt es sich um ein Projekt großen Ausmaßes, bei dem der Investor in direkten Kontakt mit dem Gaststaat tritt, entstehen keine Schwierigkeiten.²⁰⁵ Der Staat kann während der Vertragsverhandlungen entscheiden, inwiefern er sich auf Art. 17 ECT berufen will. Nicht alle Investitionen sind jedoch in dieser Form ausgestaltet. Vielmehr ist es Staaten aufgrund des breiten Investitionsbegriffs teils unmöglich von sämtlichen Investitionen und deren ausländischem Charakter Kenntnis zu erlangen. Dies geschieht oftmals erst im Streitfall, sodass Art. 17 ECT keine Auswirkung mehr haben kann.²⁰⁶

Das Schiedsgericht in *Plama v. Bulgaria* sah hierin jedoch keine zu große Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit eines Staates. Diesem stehe es offen, sämtliche unter Art. 17 ECT fallende Gesellschaften generell durch Gesetz auszuschließen, von seinem Recht also allgemein und universell Gebrauch zu machen.²⁰⁷ Dies wird der ‚Denial of Benefits‘-Klausel nicht gerecht. Sie zeichnet sich gerade durch ihre Flexibilität aus. Durch diese Interpretation bliebe davon nur noch die Entscheidungsfindung, ob Briefkastengesellschaften geschützt sind oder nicht.²⁰⁸ Die Staaten hätten zu unterscheiden, ob sie Investitionen aus Drittstaaten generell nicht schützen und daher Investoren abschrecken oder diese generell dem Schutz des dritten Teils unterstellen. Das Schiedsgericht verteidigt dies mit dem Vertrauensschutz der Investoren. Andernfalls können diese nie wissen, ob eine Investition geschützt sei.²⁰⁹ Dem ist entgegenzuhalten, dass Art. 17 ECT selbst eine klare Warnung vor einem möglichen Ausschluss darstellt.²¹⁰ Ist sich ein Investor unsicher, ob er eine Investition tätigen soll, so steht es ihm frei, mit einem potentiellen Gaststaat in Kontakt zu treten. Schließlich verfügt er über die nötigen Informationen um zu entscheiden, ob die Voraussetzungen von Art. 17 ECT vorliegen.

Denkt man die Ausführungen des Schiedsgerichts zum Vertrauensschutz der Investoren weiter, kommt man zusätzlich zu dem Ergebnis, dass es nur einen möglichen Zeitpunkt zur Ausübung des Rechts gibt, nämlich bevor eine Investition getätigt worden ist. Sämtliche nachträgliche Ausübungen würden den Vertrauensschutz unterminieren. Dies hat zur Folge, dass selbst bei Ausübung zum heutigen Zeitpunkt dies nur für zukünftige Investitionen gelten könne.²¹¹ Aufgrund dieser Situation erscheint es geboten, Art. 17 ECT retrospektive Wirkung zuzusprechen. Hiermit genehmigt man zwar einem Staat eventuelle Verletzungen nachträglich abzudecken. Dies bezieht sich

²⁰⁵ *Sinclair*, TDM 2 (Nr. 5, 2005), 5 f.

²⁰⁶ *Chalker*, TDM 3 (Nr. 5, 2006), 16 ff.; *Jagusch/Sinclair*, in: Ribeiro (Hrsg.), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, 73 (101).

²⁰⁷ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction vom 8. Februar 2005 (ICSID Case No. ARB/03/24), Abs. 157.

²⁰⁸ *Shore*, *International Arbitration Law Review* Nr. 3, 2007, 58 (64).

²⁰⁹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction vom 8. Februar 2005 (ICSID Case No. ARB/03/24), Abs. 157.

²¹⁰ *Shore*, *International Arbitration Law Review* Nr. 3 2007, 58 (64).

²¹¹ *Sinclair*, TDM 2, (Nr. 5, 2005), 6.

allerdings nur auf solche Investoren, deren Heimatstaaten selbst nicht dem ECT angehören. Hat ein solcher Investor Bedenken über das Tätigen einer Investition, steht es ihm offen, über eine Ausübung von Art. 17 ECT mit dem Gaststaat in Verhandlungen zu treten.

5. Beweislast

Wie sich an *Plama v. Bulgaria* verdeutlichen lässt, können die genauen Eigentümer- und Kontrollverhältnisse eines Unternehmens sehr undeutlich und nur schwer ermittelbar sein. Daher ist es von elementarer Bedeutung, welche der Parteien die Beweislast zu tragen hat.

Generation Ukraine v. Ukraine sah die Beweislast bei dem verweigernden Staat. Dies begründete das Schiedsgericht mit der Qualifikation der ‚Denial of Benefits‘-Klausel als potentiellen Filter der Zulässigkeit von Streitigkeiten. Es liege daher bei dem sich hierauf berufenden Staat deren Voraussetzungen zu beweisen.²¹² Dies steht generell mit der Regel in Einklang, dass jede Partei die Beweislast für von ihr angebrachte Behauptungen und Verteidigungen trägt.²¹³ Art. 17 ECT gibt Staaten ein Ausschlussrecht. Bei einer Berufung auf die Vorschrift müssen sie daher auch dessen Voraussetzungen vorweisen.²¹⁴

Problematisch hierbei ist, dass ein Unternehmen selbst eventuell als einziger über die nötigen Beweismittel zur Feststellung der Eigentümerverhältnisse verfügt.²¹⁵ Dies ist auch der Fall in *Plama v. Bulgaria* gewesen. Laut Kläger lag das endgültige Eigentum bei einem französischen Staatsbürger. Bei früheren Verhandlungen mit Bulgarien hat dieser diesen Umstand jedoch verschwiegen. Darüber hinaus waren die vom Kläger vorgebrachten Beweise äußerst widersprüchlich.²¹⁶

Interessanterweise divergierte das Schiedsgericht in *Plama v. Bulgaria* von *Generation Ukraine v. Ukraine* und bürdete die Beweislast dem Kläger auf, ohne dies näher zu begründen.²¹⁷ Schließlich ließ es die vom Kläger vorgebrachten Beweise ausreichen. Die widersprüchlichen Aussagen des Klägers veranlassten es jedoch, dem Kläger aufgrund eines Verstoßes gegen Treu und Glauben den Schutz des ECT zu versagen.

Grund für die in *Plama v. Bulgaria* vorgenommene Verteilung der Beweislast war wohl, dass es Bulgarien nahezu unmöglich war die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse ohne Kooperation *PCLs* darzulegen. Wie das Verfahren zeigte, wird ein Unternehmen jedoch kaum freiwillig Beweise liefern, die zu einem Ausschluss nach Art. 17 ECT führen.

Über diese praktischen Erwägungen hinaus lassen sich auch weitere Anhaltspunkte für den Kläger als Beweislasttragenden finden. So spricht Art. 17 (2) ECT von der

²¹² *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, Award vom 16. September 2003 (ICSID Case No. ARB/00/9), 48.

²¹³ Vergleiche UNCITRAL Arbitration Rules Article 24 (1).

²¹⁴ *Essig*, TDM 4 (Nr. 5, 2007), 12 f.

²¹⁵ Siehe hierzu *Diehl*, SchiedsVZ 2007, 268 (271).

²¹⁶ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction vom 8. Februar 2005 (ICSID Case No. ARB/03/24), Abs. 177.

²¹⁷ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Final Award vom 27. August 2008 (ICSID Case No. ARB/03/24), Abs. 82.

Feststellung der geforderten Kriterien durch einen Staat. Im ersten Absatz fehlt jedoch eine solche Aussage. Dies spricht für eine unterschiedliche Verteilung der Beweislast.²¹⁸ In der Tat befasst sich Art. 17 (2) ECT mit diplomatischen Ausschlussgründen, die, anders als die Gründe der wirtschaftlichen Struktur eines Unternehmens, für einen Staat leicht zu beweisen sind. Außerdem ließe sich die Klarstellung 3 zu Art. 1 (6) ECT anbringen. Diese erläutert näher, wie Kontrolle im Rahmen des Investitionsbegriffs zu bestimmen ist und bürdet bei Zweifeln dem Investor die Beweispflicht über die Kontrolle einer Investition auf.²¹⁹

Dies sind allerdings nur Indizien. Es bleibt dabei, dass Art. 17 ECT ein Recht darstellt. Will sich ein Staat hierauf berufen, so muss er auch gewisse Anhaltspunkte vorbringen, dass dessen Voraussetzungen gegeben sind. Andernfalls würde sich Art. 17 ECT faktisch doch als weitere Zuständigkeitshürde auswirken. Demgegenüber ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass es einem Staat in der Praxis unmöglich sein kann, die Eigentumsstrukturen eines multinationalen Unternehmens bis ins Detail darlegen zu können. Daher sollte es zu einer Beweislastumkehr kommen, sobald ein Staat nachgewiesen hat, dass fundierte Anhaltspunkte für die Voraussetzungen des Art. 17 ECT vorliegen.

6. Anwendung auf nationale Streitfälle

Schließlich bleibt über den Ausschluss von Drittstaatlern hinaus fraglich, inwieweit auch Angehörige eines ECT-Staates durch Art. 17 ECT ausgeschlossen werden können. Dies ist insbesondere dann von Relevanz, wenn die Kontrolle bei Angehörigen des Gaststaates selbst liegt. Mit anderen Worten ist zu klären, inwiefern *Tokios Tokelos v. Ukraine* unter dem ECT zu behandeln ist.²²⁰

Im Unterschied zu der zuvor angeführten ‚Denial of Benefits‘-Klausel im US Model BIT 2004, spricht Art. 17 ECT explizit nur vom Ausschluss von Drittstaatlern. Hierbei ist jedoch zu bedenken, dass Art. 7 (10) (a) ECT den Begriff ‚dritten Staat‘ hinsichtlich des Transits auch für Vertragsstaaten verwendet. Darüber hinaus scheint es fraglich, dass der ECT Briefkastengesellschaften, die zum ‚free-riding‘ von Drittstaatlern genutzt werden sollen, ausschließt, nicht jedoch den Versuch, eine nationale Streitigkeit vor ein internationales Schiedsgericht zu bringen.

Im restlichen Vertrag wird ‚Drittstaat‘ jedoch für einen Nichtvertragsstaat verwendet.²²¹ Auch aus der *ratio* des gegenseitigen Nutzens lässt sich nicht darauf schließen, dass Angehörige eines Staates im Inland von Art. 17 ECT ausgeschlossen werden müssen. Bedenkt man die generelle Tendenz in der Rechtsprechung, Briefkastengesellschaften nur dann auszuschließen, wenn dies explizit im Vertrag geschehen ist, ist die Anwendung auf nationale Streitigkeiten wohl eher zweifelhaft.

²¹⁸ *Shore*, International Arbitration Law Review Nr. 3, 2007, 58 (64).

²¹⁹ *Chalker*, TDM 3 (Nr. 5, 2006), 18 f.; es ist jedoch anzumerken, dass sich die Klarstellung explizit nur auf den Investitionsbegriff als solchen bezieht, siehe *Essig*, TDM 4, (Nr. 5, 2007), 13.

²²⁰ *Sinclair*, TDM 2, (Nr. 5, 2005), 3, Fn. 10.

²²¹ Siehe bspw. Art. 1 (7) ECT, der den Investorenbegriff zum einen für eine Vertragspartei, zum anderen für einen dritten Staat definiert.

F. Zusammenfassung

Im Grundsatz ist zu erkennen, dass Briefkastengesellschaften nur dann vom Schutz eines IIA ausgeschlossen werden, wenn diese rechtsmissbräuchlich gehandelt haben oder es der Investitionsschutzvertrag explizit festlegt. Das bloße Planen einer Investition in der Form, dass diese den größtmöglichen Schutz erfährt, gilt hierbei nicht als Missbrauch. Zwar mag dieses Ergebnis von Staaten unerwünscht sein, jedoch erscheint es insgesamt als gerechtfertigt. Einerseits trägt eine Ausweitung des Schutzes von Briefkastengesellschaften auch zum Schutz von Investitionen insgesamt bei und hat daher eine fördernde Wirkung, die auch dem Sinn und Zweck von IIAs entspricht.²²² Andererseits ist das Vorgehen von Unternehmen zur Herbeiführung des Schutzes bekannt. Den Staaten steht es offen, dem durch das Erfordernis einer genuinen Verbindung zum Heimatstaat oder einer ‚Denial of Benefits‘-Klausel entgegenzuwirken. Haben Staaten sich hierfür entschieden, so sollte diese Entscheidung nicht durch ein Schiedsgericht unterlaufen werden. Insbesondere das Verfahren in *Plama v. Bulgaria* hat verdeutlicht, wie eine investorenfreundliche Auslegung der Vorschrift zu einer Aushöhlung von Art. 17 ECT führen kann. Es ist durchaus interessengerecht, dass Schiedsgerichte keine weiteren Kriterien in IIAs zu Lasten von Investoren einfügen. Sind diese gegeben, so sollten sie indes auch herangezogen werden.

²²² *Sinclair*, ICSID Review – FILJ 20 (Nr. 2, 2005), 357 (363).

SCHRIFTTUM

- Acconci*, Pia, Determining the Internationally Relevant Link between a State and a Corporate Investor, *Journal of World Investment & Trade* 5 (Nr. 1, 2004), 139-176.
- Amerasinghe*, Chittharanjan F., *Jurisdiction of International Tribunals*, The Hague 2003.
- Bamberger*, Craig S., An overview of the Energy Charter Treaty, in: Wälde, Thomas W. (Hrsg.), *The Energy Charter Treaty, An East-West Gateway for Investment & Trade*, London 1996, 1-34.
- Bergby*, Ingeborg Fogt, Grundlagen und aktuelle Entwicklungen im Streitbeilegungsrecht nach dem Energiechartavertrag aus norwegischer Perspektive, in: Tietje, Christian/Kraft, Gerhard/Sethe, Rolf (Hrsg.), *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Heft 23, Halle/Saale 2003.
- Broches*, Aron, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, *Recueil des Cours* 136 (1972), 331-410.
- Brownlie*, Ian, *Principles of Public International Law*, 7. Ausgabe, Oxford 2008.
- Chalker*, James, Making the Energy Charter Treaty Too Investor Friendly: *Plama Consortium Limited v. the Republic of Bulgaria*, *Transnational Dispute Management* 3 (Nr. 5, 2006), verfügbar unter <<http://www.transnational-dispute-management.com>> (besucht am 14. Dezember 2008).
- Making the Investment Provisions of the Energy Charter Treaty Sustainable Development Friendly, verfügbar unter <http://www.sdla-npo.org/pub/sdla_publications.htm> (besucht am 14. Dezember 2008).
- Diehl*, Alexandra N., Juris-Conference „Investment Treaty Arbitration: A Debate and Discussion“ und ICSID/ECT/SCC-Konferenz in Washington, D.C., *Zeitschrift für Schiedsverfahren* 2007, 268-273.
- Dolzer*, Rudolf/*Schreuer*, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2008.
- Wirtschaft und Kultur, in: Graf Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.), *Völkerrecht*, 4. Auflage, Berlin 2007, 491-576.
- Doré*, Julia, Negotiating the Energy Charter Treaty, in: Wälde, Thomas W. (Hrsg.), *The Energy Charter Treaty, An East-West Gateway for Investment & Trade*, London 1996, 137-155.
- Echandi*, Robert, A New Generation of International Investment Agreements in the Americas: Impact of Investor-State Dispute Settlement over Investment Rule-Making, Fourth Annual Conference of the Euro-Latin Study Network on Integration and Trade, Paris 2006.
- Essig*, Holger, Balancing Investor's Interests and State Sovereignty: The ICSID-Decision on Jurisdiction *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, *Transnational Dispute Management* 4 (Nr. 5, 2007), verfügbar unter <<http://www.transnational-dispute-management.com>> (besucht am 14. Dezember 2008).
- Ferid*, Murad, *Internationales Privatrecht, Das neue Recht, Ein Leitfaden für Praxis und Ausbildung*, 3. Auflage, Frankfurt a. M. 1986.

- Gaillard*, Emmanuel, Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty, in: Ribeiro, Clarisse (Hrsg.), Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, Huntington 2006, 54-73.
- Hailbronner*, Kay, Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in: Graf Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Auflage, Berlin 2007, 157-264.
- Happ*, Richard, Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte 2005-2007, Zeitschrift für Schiedsverfahren 2008, 19-30.
- Schiedsverfahren zwischen Staaten und Investoren nach Artikel 26 Energiechartavertrag, Eine Studie zum Wandel der Streitbeilegung im Investitionsschutzrecht unter den Bedingungen einer globalen Weltwirtschaft, Frankfurt a. M. 2000.
- Herdegen*, Matthias, Internationales Wirtschaftsrecht, 7. Auflage, München 2008.
- Hölzemann*, Stefan, Neues zur steuerlichen Anerkennung ausländischer Kapitalgesellschaften, Sind eigenes Personal, eigene Geschäftsräume und eine Geschäftsausstattung noch erforderlich?, Internationales Steuerrecht 2006, 830-836.
- Jagusch*, Stephen/*Sinclair*, Anthony, The Limits of Protection for Investments and Investors under the Energy Charter Treaty, in: Ribeiro, Clarisse (Hrsg.), Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, Huntington 2006, 73-103.
- Kirchhof*, Paul, EStG Kompaktkommentar Einkommensteuergesetz, 7. Auflage, Berlin 2007.
- Kjos*, Hege E., *Tokios Tokelos v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction of April 29, 2004, Jurisdiction of ICSID Tribunals over Disputes between Host States and Corporations owned and controlled by Nationals of the Host State, Transnational Dispute Management 1 (Nr. 3, 2004), verfügbar unter <<http://www.transnational-dispute-management.com>> (besucht am 14. Dezember 2008).
- Laird*, Ian A., A Community of Destiny, The *Barcelona Traction* case and the Development of Shareholder Rights to Bring Investment Claims, in: Weiler, Todd (Hrsg.), International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, London 2005, 77-96.
- A Distinction without a Difference? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in *Salini v. Jordan* and *Methanex v. USA*, in: Weiler, Todd (Hrsg.), International Investment Law: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, London 2005, 201-222.
- McLachlan*, Campbell/*Shore*, Laurence/*Weiniger*, Matthew, International Investment Arbitration, Substantive Principles, Oxford 2007.
- Niedrig*, Hans-Peter, Substanzerfordernisse bei ausländischen Gesellschaften, Internationales Steuerrecht 2003, 474-482.
- Paulsson*, Jan, Note, Continuous Nationality in *Loewen*, Arbitration International 20 (Nr. 2, 2004), 213-215.
- Perkams*, Markus, Piercing the Corporate Veil in International Investment Agreements, The Issue of Indirect Shareholder Claims Reloaded, in: Reinisch, August/Knahr, Christina (Hrsg.), International Investment Law in Context, Utrecht 2008, 93-114.
- Randelzhofer*, Albrecht A. (Hrsg.), Völkerrechtliche Verträge, 10. Auflage, München 2004.
- Rubins*, Noah, *Loewen v. United States*. The Burial of an Investor-State Arbitration Claim, Arbitration International 21, (Nr. 1, 2005), 1-36.
- The Notion of ‚Investment‘ in International Investment Arbitration, in: Horn, Norbert (Hrsg.), Arbitrating Foreign Investment Disputes, Procedural and Substantive Legal Aspects, The Hague 2004, 283-324.

- Savage*, John, Investment Treaty Arbitration and Asia: Survey and Comment, *Asian International Arbitration Journal* 1 (Nr. 1, 2005), 3-48.
- Schlemmer*, Engela C., Investment, Investor, Nationality, and Shareholders, in: Muchlinski, Peter/Ortino, Federico/Schreuer, Christoph (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford 2008, 48-88.
- Schreuer*, Christian, Shareholder Protection in International Investment Law, in: Dupuy, Pierre-Marie/Fassbender, Bardo/Shaw, Malcolm N./Sommermann, Karl-Peter (Hrsg.), *Völkerrecht als Wertordnung, Common Values in International Law, Festschrift für/Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Kehl 2006, 601-619.
- *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2001.
- Shore*, Laurence, The Jurisdiction Problem in Energy Charter Treaty Claims, *International Arbitration Law Review* 2007, Nr. 3, 58-64.
- Sinclair*, Anthony C., Investment Protection for „Mailbox Companies“ under the 1994 Energy Charter Treaty, *Transnational Dispute Management* 2 (Nr. 5, 2005), verfügbar unter <<http://www.transnational-dispute-management.com>> (besucht am 14. Dezember 2008).
- The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal* 20 (Nr. 2, 2005), 357-388.
- Sornarajah*, Muthu-Cumaraswamy, *The International Law on Foreign Investment*, 2. Auflage, Cambridge 2004.
- Spiermann*, Ole; Applicable Law, in: Muchlinski, Peter/Ortino, Federico/Schreuer, Christoph (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford 2008, 89-118.
- Tietje*, Christian (Hrsg.), *Welthandelsorganisation*, 3. Auflage, München 2005.
- Trenkwalder*, Verena, Missbrauchsreflex bei funktionslosen Gesellschaften gerechtfertigt?, in: Lang, Michael/Jirousek (Hrsg.), *Praxis des Internationalen Steuerrechts, Festschrift für Helmut Loukota zum 65. Geburtstag*, Wien 2005, 569-584.
- UNCTAD*, *World Investment Report 2008: Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge*, New York/Genf 2008.
- *Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York/Genf 2004.
 - *Scope and Definition*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York/Genf 1999.
- Yannaca-Small*, Katia, Parallel Proceedings, in: Muchlinski, Peter/Ortino, Federico/Schreuer, Christoph (Hrsg.) *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford 2008, 1009-1048.
- Wälde*, Thomas W., Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues, in: Horn, Norbert (Hrsg.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes, Procedural and Substantive Legal Aspects*, Den Haag 2004, 193- 235.
- *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty*, in: ders. (Hrsg.), *The Energy Charter Treaty, An East-West Gateway for Investment & Trade*, London 1996, 251-320.
- Wallace*, Judith, Note: Corporate Nationality, Investment Protection Agreements, and Challenges to Domestic Natural Resources Law: The Implications of Glamis Gold's NAFTA Chapter 11 Claim, *Georgetown International Environmental Law Review* 2005, Nr. 4, 365-392.

Williams, David AR, Jurisdiction and Admissibility, in: Muchlinski, Peter/Ortino, Federico/Schreuer, Christoph (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford 2008, 869-931.

Wisner, Robert/*Gallus*, Nick, Nationality Requirements in Investor-State Arbitration, *Journal of World Investment & Trade* 5 (Nr. 6, 2004), 927-946.

Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht
(bis Heft 13 erschienen unter dem Titel: Arbeitspapiere aus dem
Institut für Wirtschaftsrecht – ISSN 1619-5388)

ISSN 1612-1368

Bislang erschienene Hefte

- Heft 1 Wiebe-Katrin Boie, Der Handel mit Emissionsrechten in der EG/EU – Neue Rechtssetzungsinitiative der EG-Kommission, März 2002, ISBN 3-86010-639-2
- Heft 2 Susanne Rudisch, Die institutionelle Struktur der Welthandelsorganisation (WTO): Reformüberlegungen, April 2002, ISBN 3-86010-646-5
- Heft 3 Jost Delbrück, Das Staatsbild im Zeitalter wirtschaftsrechtlicher Globalisierung, Juli 2002, ISBN 3-86010-654-6
- Heft 4 Christian Tietje, Die historische Entwicklung der rechtlichen Disziplinierung technischer Handelshemmnisse im GATT 1947 und in der WTO-Rechtsordnung, August 2002, ISBN 3-86010-655-4
- Heft 5 Ludwig Gramlich, Das französische Asbestverbot vor der WTO, August 2002, ISBN 3-86010-653-8
- Heft 6 Sebastian Wolf, Regulative Maßnahmen zum Schutz vor gentechnisch veränderten Organismen und Welthandelsrecht, September 2002, ISBN 3-86010-658-9
- Heft 7 Bernhard Kluttig/Karsten Nowrot, Der „Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002“ – Implikationen für die Doha-Runde der WTO, September 2002, ISBN 3-86010-659-7
- Heft 8 Karsten Nowrot, Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz von Internet-Domains, Oktober 2002, ISBN 3-86010-664-3
- Heft 9 Martin Winkler, Der Treibhausgas-Emissionsrechtehandel im Umweltvölkerrecht, November 2002, ISBN 3-86010-665-1
- Heft 10 Christian Tietje, Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten, Januar 2003, ISBN 3-86010-671-6
- Heft 11 Gerhard Kraft/Manfred Jäger/Anja Dreiling, Abwehrmaßnahmen gegen feindliche Übernahmen im Spiegel rechtspolitischer Diskussion und ökonomischer Sinnhaftigkeit, Februar 2003, ISBN 3-86010-647-0
- Heft 12 Bernhard Kluttig, Welthandelsrecht und Umweltschutz – Kohärenz statt Konkurrenz, März 2003, ISBN 3-86010-680-5

- Heft 13 Gerhard Kraft, Das Corporate Governance-Leitbild des deutschen Unternehmenssteuerrechts: Bestandsaufnahme – Kritik – Reformbedarf, April 2003, ISBN 3-86010-682-1
- Heft 14 Karsten Nowrot/Yvonne Wardin, Liberalisierung der Wasserversorgung in der WTO-Rechtsordnung – Die Verwirklichung des Menschenrechts auf Wasser als Aufgabe einer transnationalen Verantwortungsgemeinschaft, Juni 2003, ISBN 3-86010-686-4
- Heft 15 Alexander Böhmer/Guido Glania, The Doha Development Round: Reintegrating Business Interests into the Agenda – WTO Negotiations from a German Industry Perspective, Juni 2003, ISBN 3-86010-687-2
- Heft 16 Dieter Schneider, „Freimütige, lustige und ernsthafte, jedoch vernunft- und gesetzmäßige Gedanken“ (Thomasius) über die Entwicklung der Lehre vom gerechten Preis und fair value, Juli 2003, ISBN 3-86010-696-1
- Heft 17 Andy Ruzik, Die Anwendung von Europarecht durch Schiedsgerichte, August 2003, ISBN 3-86010-697-X
- Heft 18 Michael Slonina, Gesundheitsschutz contra geistiges Eigentum? Aktuelle Probleme des TRIPS-Übereinkommens, August 2003, ISBN 3-86010-698-8
- Heft 19 Lorenz Schomerus, Die Uruguay-Runde: Erfahrungen eines Chef-Unterhändlers, September 2003, ISBN 3-86010-704-6
- Heft 20 Michael Slonina, Durchbruch im Spannungsverhältnis TRIPS and Health: Die WTO-Entscheidung zu Exporten unter Zwangslizenzen, September 2003, ISBN 3-86010-705-4
- Heft 21 Karsten Nowrot, Die UN-Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights – Gelungener Beitrag zur transnationalen Rechtsverwirklichung oder das Ende des Global Compact?, September 2003, ISBN 3-86010-706-2
- Heft 22 Gerhard Kraft/Ronald Krenzel, Economic Analysis of Tax Law – Current and Past Research Investigated from a German Tax Perspective, Oktober 2003, ISBN 3-86010-715-1
- Heft 23 Ingeborg Fogt Bergby, Grundlagen und aktuelle Entwicklungen im Streitbeilegungsrecht nach dem Energiechartavertrag aus norwegischer Perspektive, November 2003, ISBN 3-86010-719-4
- Heft 24 Lilian Habermann/Holger Pietzsch, Individualrechtsschutz im EG-Antidumpingrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, Februar 2004, ISBN 3-86010-722-4
- Heft 25 Matthias Hornberg, Corporate Governance: The Combined Code 1998 as a Standard for Directors' Duties, März 2004, ISBN 3-86010-724-0

- Heft 26 Christian Tietje, Current Developments under the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures as an Example for the Functional Unity of Domestic and International Trade Law, März 2004, ISBN 3-86010-726-7
- Heft 27 Henning Jessen, Zollpräferenzen für Entwicklungsländer: WTO-rechtliche Anforderungen an Selektivität und Konditionalität – Die GSP-Entscheidung des WTO Panel und Appellate Body, Mai 2004, ISBN 3-86010-730-5
- Heft 28 Tillmann Rudolf Braun, Investment Protection under WTO Law – New Developments in the Aftermath of Cancún, Mai 2004, ISBN 3-86010-731-3
- Heft 29 Juliane Thieme, Latente Steuern – Der Einfluss internationaler Bilanzierungsvorschriften auf die Rechnungslegung in Deutschland, Juni 2004, ISBN 3-86010-733-X
- Heft 30 Bernhard Kluttig, Die Klagebefugnis Privater gegen EU-Rechtsakte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes: Und die Hoffnung stirbt zuletzt..., September 2004, ISBN 3-86010-746-1
- Heft 31 Ulrich Immenga, Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus, Oktober 2004, ISBN 3-86010-748-8
- Heft 32 Horst G. Krenzler, Die Uruguay Runde aus Sicht der Europäischen Union, Oktober 2004, ISBN 3-86010-749-6
- Heft 33 Karsten Nowrot, Global Governance and International Law, November 2004, ISBN 3-86010-750-X
- Heft 34 Ulrich Beyer/Carsten Oehme/Friederike Karmrodt, Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf die Verfahrensgarantien im Unionsrecht, November 2004, ISBN 3-86010-755-0
- Heft 35 Frank Rieger/Johannes Jester/ Michael Sturm, Das Europäische Kartellverfahren: Rechte und Stellung der Beteiligten nach Inkrafttreten der VO 1/03, Dezember 2004, ISBN 3-86010-764-X
- Heft 36 Kay Wissenbach, Systemwechsel im europäischen Kartellrecht: Dezentralisierte Rechtsanwendung in transnationalen Wettbewerbsbeziehungen durch die VO 1/03, Februar 2005, ISBN 3-86010-766-6
- Heft 37 Christian Tietje, Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz, Februar 2005, ISBN 3-86010-770-4
- Heft 38 Matthias Bickel, Die Argentinien-Krise aus ökonomischer Sicht: Herausforderungen an Finanzsystem und Kapitalmarkt, März 2005, ISBN 3-86010-772-0

- Heft 39 Nicole Steinat, *Comply or Explain – Die Akzeptanz von Corporate Governance Kodizes in Deutschland und Großbritannien*, April 2005, ISBN 3-86010-774-7
- Heft 40 Karoline Robra, *Welthandelsrechtliche Aspekte der internationalen Besteuerung aus europäischer Perspektive*, Mai 2005, ISBN 3-86010-782-8
- Heft 41 Jan Bron, *Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der EG*, Juli 2005, ISBN 3-86010-791-7
- Heft 42 Christian Tietje/Sebastian Wolf, *REACH Registration of Imported Substances – Compatibility with WTO Rules*, July 2005, ISBN 3-86010-793-3
- Heft 43 Claudia Decker, *The Tension between Political and Legal Interests in Trade Disputes: The Case of the TEP Steering Group*, August 2005, ISBN 3-86010-796-8
- Heft 44 Christian Tietje (Hrsg.), *Der Beitritt Russlands zur Welthandelsorganisation (WTO)*, August 2005, ISBN 3-86010-798-4
- Heft 45 Wang Heng, *Analyzing the New Amendments of China's Foreign Trade Act and its Consequent Ramifications: Changes and Challenges*, September 2005, ISBN 3-86010-802-6
- Heft 46 James Bacchus, *Chains Across the Rhine*, October 2005, ISBN 3-86010-803-4
- Heft 47 Karsten Nowrot, *The New Governance Structure of the Global Compact – Transforming a "Learning Network" into a Federalized and Parliamentarized Transnational Regulatory Regime*, November 2005, ISBN 3-86010-806-9
- Heft 48 Christian Tietje, *Probleme der Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels – Stärken und Schwächen des GATS*, November 2005, ISBN 3-86010-808-5
- Heft 49 Katja Moritz/Marco Gesse, *Die Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Acts auf deutsche Unternehmen*, Dezember 2005, ISBN 3-86010-813-1
- Heft 50 Christian Tietje/Alan Brouder/Karsten Nowrot (eds.), *Philip C. Jessup's Transnational Law Revisited – On the Occasion of the 50th Anniversary of its Publication*, February 2006, ISBN 3-86010-825-5
- Heft 51 Susanne Probst, *Transnationale Regulierung der Rechnungslegung – International Accounting Standards Committee Foundation und Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee*, Februar 2006, ISBN 3-86010-826-3
- Heft 52 Kerstin Rummel, *Verfahrensrechte im europäischen Arzneimittelzulassungsrecht*, März 2006, ISBN 3-86010-828-X

- Heft 53 Marko Wohlfahrt, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften, März 2006, ISBN (10) 3-86010-831-X, ISBN (13) 978-3-86010-831-4
- Heft 54 Nikolai Fichtner, The Rise and Fall of the Country of Origin Principle in the EU's Services Directive – Uncovering the Principle's Premises and Potential Implications –, April 2006, ISBN (10) 3-86010-834-4, ISBN (13) 978-3-86010-834-5
- Heft 55 Anne Reinhardt-Salcinovic, Informelle Strategien zur Korruptionsbekämpfung – Der Einfluss von Nichtregierungsorganisationen am Beispiel von Transparency International –, Mai 2006, ISBN (10) 3-86010-840-9, ISBN (13) 978-3-86010-840-6
- Heft 56 Marius Rochow, Die Maßnahmen von OECD und Europarat zur Bekämpfung der Bestechung, Mai 2006, ISBN (10) 3-86010-842-5, ISBN (13) 978-3-86010-842-0
- Heft 57 Christian J. Tams, An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure, Juni 2006, ISBN (10) 3-86010-843-3, ISBN (13) 978-3-86010-843-7
- Heft 58 Sandy Hamelmann, Internationale Jurisdiktionskonflikte und Vernetzungen transnationaler Rechtsregime – Die Entscheidungen des Panels und des Appellate Body der WTO in Sachen "Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages" –, Juli 2006, ISBN (10) 3-86010-850-6, ISBN (13) 978-3-86010-850-5
- Heft 59 Torje Sunde, Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung nach Art. VI GATS, Juli 2006, ISBN (10) 3-86010-849-2, ISBN (13) 978-3-86010-849-9
- Heft 60 Kay Wissenbach, Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder – Offene Fragen nach der 7. Novellierung des GWB, August 2006, ISBN (10) 3-86010-852-2, ISBN (13) 978-3-86010-852-9
- Heft 61 Sebastian Wolf, Welthandelsrechtliche Rahmenbedingungen für die Liberalisierung ausländischer Direktinvestitionen – Multilaterale Investitionsverhandlungen oder Rückbesinnung auf bestehende Investitionsregelungen im Rahmen der WTO?, September 2006, ISBN (10) 3-86010-860-3, ISBN (13) 978-3-86010-860-4
- Heft 62 Daniel Kirmse, Cross-Border Delisting – Der Börsenrückzug deutscher Aktiengesellschaften mit Zweitnotierungen an ausländischen Handelsplätzen, Oktober 2006, ISBN (10) 3-86010-861-1, ISBN (13) 978-3-86010-861-1
- Heft 63 Karoline Kampermann, Aktuelle Entwicklungen im internationalen Investitionsschutzrecht mit Blick auf die staatliche Steuersouveränität, Dezember 2006, ISBN (10) 3-86010-879-4, ISBN (13) 978-3-86010-879-6
- Heft 64 Maria Pätz, Die Auswirkungen der Zinsrichtlinie innerhalb der EU und im Verhältnis zur Schweiz, April 2007, ISBN 978-3-86010-904-5

- Heft 65 Norman Hölzel, Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch – Neue Impulse durch Grünbuch und *Zementkartell*, Mai 2007, ISBN 978-3-86010-903-8
- Heft 66 Karsten Nowrot, Netzwerke im Transnationalen Wirtschaftsrecht und Rechtsdogmatik, Mai 2007, ISBN 978-3-86010-908-3
- Heft 67 Marzena Przewlocka, Die rechtliche Regelung von Directors’ Dealings in Deutschland und Polen – unter Berücksichtigung der Neuerungen durch das Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz –, Juni 2007, ISBN 978-3-86010-909-0
- Heft 68 Steffen Fritzsche, Open Skies EU-USA – an extraordinary achievement!? August 2007, ISBN 978-3-86010-933-5
- Heft 69 Günter Hirsch, Internationalisierung und Europäisierung des Privatrechts, September 2007, ISBN 978-3-86010-922-9
- Heft 70 Karsten Nowrot, The Relationship between National Legal Regulations and CSR Instruments: Complementary or Exclusionary Approaches to Good Corporate Citizenship? Oktober 2007, ISBN 978-3-86010-945-8
- Heft 71 Martin Brenncke, Is “fair use” an option for U.K. copyright legislation? November 2007, ISBN 978-3-86010-963-2
- Heft 72 Rainer Bierwagen, Das Grünbuch der Europäischen Kommission zu den handelspolitischen Schutzinstrumenten der EG – ein Meilenstein in der Reformdebatte? November 2007, ISBN 978-3-86010-966-3
- Heft 73 Murad L. Wisniewski, Employee involvement in multinational corporations – A European perspective, Februar 2008, ISBN 978-3-86010-996-0
- Heft 74 Christian Tietje/Karsten Nowrot/Clemens Wackernagel, Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID, March 2008, ISBN 978-3-86829-011-0
- Heft 75 Christian Tietje/Bernhard Kluttig, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen und –übernahmen – Zur Rechtslage in den USA, Großbritannien, Frankreich und Italien, Mai 2008, ISBN 978-3-86829-035-6
- Heft 76 Daniel Scharf, Die Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittstaaten, Juni 2008, ISBN 978-3-86829-048-6
- Heft 77 Martina Franke, Chinas Währungspolitik in der Kritik des US-amerikanischen und des internationalen Wirtschaftsrechts, August 2008, ISBN 978-3-86829-069-1
- Heft 78 Christian Tietje, The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States, September 2008, ISBN 978-3-86829-071-4

- Heft 79 Martin Brenncke, The EU Roaming Regulation and its non-compliance with Article 95 EC, October 2008, ISBN 978-3-86829-078-3
- Heft 80 Katharina Winzer, Der Umzug einer GmbH in Europa – Betrachtungen im Lichte der Rechtsprechung des EuGH sowie der aktuellen Gesetzgebung, November 2008, ISBN 978-3-86829-083-7
- Heft 81 Jürgen Bering, Die rechtliche Behandlung von ‚Briefkastenfirmen‘ nach Art. 17 ECT und im allgemeinen internationalen Investitionsschutzrecht, Dezember 2008, ISBN 978-3-86829-101-8