

Sonderdruck aus

Wolfgang Löwer (Hg.)

**Europäische und internationale
Aspekte der
Energierrechtsreformdebatte**

Bonner Gespräch zum Energierecht, Band 8

V&R unipress

Bonn University Press

ISBN 978-3-8471-0312-7

ISBN 978-3-8470-0312-0 (E-Book)

Inhalt

Editorial/Vorwort	7
Michael Hüther Die Energiewende und ihre volkswirtschaftlichen Auswirkungen	9
Christian Koenig und Franziska Schramm Beihilfenrechtliche Bewertung der Stromnetzentgeltbefreiungen nach § 19 Abs. 2 StromNEV (a. F.) und der EEG-Umlagemechanismen im Lichte der jüngsten Eröffnungsbeschlüsse der Europäischen Kommission	23
Angelika Nußberger Eigentumsrecht und Vertrauensschutz in Europa	45
Christoph Schreuer Schutz gegen regulatorische Maßnahmen durch Investitionsschutzabkommen, Bonner Energiegespräche, 4. Nov 2013	73
Charlotte Kreuter-Kirchhof Verfassungsrechtliche Grenzen und Änderungsfestigkeit des EEG	87

Schutz gegen regulatorische Maßnahmen durch Investitionsschutzabkommen, Bonner Energiegespräche, 4. Nov 2013

Wozu internationaler Investitionsschutz?

Ausländische Investitionen unterliegen speziellen Risiken. Diese ergeben sich vor allem aus den großen Summen, welche von Investoren aufgebracht werden müssen. Darüber hinaus müssen Investoren meist langfristig planen und können erst nach geraumer Zeit mit Erträgen rechnen. Das Investitionsrisiko unterscheidet sich daher grundlegend vom Risiko eines Händlers.

Investitionen unterliegen zahlreichen nichtkommerziellen Risiken. Typische Risiken sind Regimewechsel oder ein Wechsel der wirtschaftspolitischen Ausrichtung des Staates, sowohl für den speziellen Wirtschaftsbereich als auch generell. Dazu kommen Risiken im Zusammenhang mit Korruption und Ineffizienz der staatlichen Verwaltung sowie verschiedene Formen des Notstandes, etwa Bürgerkriege, und wirtschaftlicher Zusammenbruch.

Die traditionellen Schutzmechanismen für ausländische Investitionen haben sich als unzureichend erwiesen. Die staatlichen Gerichte des Gastgeberstaates bieten typischerweise keinen geeigneten Schutz. In vielen Staaten existieren keine unabhängigen Gerichte. Dazu kommen Fragen der Loyalität gegenüber dem beklagten Forumstaat, und vielfach Korruption. Selbst in Staaten mit einer grundsätzlich funktionierenden Gerichtsbarkeit kommt es vielfach zu endlosen Verzögerungen,

Darüber hinaus sind die Gerichte an die örtliche Gesetzgebung gebunden. Sofern ein Eingriff in Investorenrechte durch gesetzgeberische Maßnahmen erfolgt, kann von den Gerichten keine Abhilfe erhofft werden. Dazu kommt, dass bisweilen die Gerichte selbst die Investorenrechte, etwa durch Rechtsverweigerung, verletzen. Bisweilen kann es auch geschehen, dass für den Investor günstige gerichtliche Urteile von der Exekutive ignoriert werden.

Auch das traditionelle Mittel des diplomatischen Schutz durch den Heimatstaat des Investors ist nicht befriedigend. Es unterliegt der vorherigen Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs im Gastgeberstaat. Überdies ist es dem Ermessen des Heimatstaates anheimgestellt. Der Heimatstaat kann zu

Lasten des Investors nicht nur auf die Ausübung des Schutzes verzichten sondern sogar auf den Anspruch selbst. Letztlich hängt der diplomatische Schutz von den Machtverhältnissen und der Tagespolitik ab.

Im 20. Jhd. wurden bei großen Auslandsinvestitionen Abkommen zwischen Investoren und Staaten abgeschlossen, die oft Schiedsklauseln und Stabilisierungsklauseln enthielten. Allerdings boten diese Abkommen nur begrenzten Schutz. Bisweilen kam es zu ihrer einseitigen Beendigung durch die Staaten oder zur mangelnder Kooperation der Staaten in von Investoren angestregten Schiedsverfahren.

Das System des modernen Investitionsschutzes

Vor etwa einem halben Jahrhundert begann die moderne Ära des Investitionsschutzes. 1959 wurde das erste bilaterale Investitionsschutzabkommen (BIT) zwischen Deutschland und Pakistan abgeschlossen. Zahlreiche weitere folgten bald darauf.

1964 wurde die ICSID Konvention geschaffen.

1992 das NAFTA abgeschlossen.

1995 der Energiecharta Vertrag abgeschlossen.

Die wichtigste Rechtsquelle im modernen Investitionsschutz sind bilaterale Investitionsschutzabkommen (BITs). Von ihnen existieren ca. 3000. Davon sind über 2000 in Kraft. Die Anzahl der von verschiedenen Staaten abgeschlossenen BITs ist sehr unterschiedlich (D-147, US-42, CH-127, NL-105, China 128).

Ursprünglich wurden BITs vor allem im Nord-Süd und Ost-West Verhältnis abgeschlossen. In neuerer Zeit gibt es immer mehr auch Süd-Süd und Ost-Ost Abkommen. Zwischen westlichen Staaten gibt es bisher kaum BITs. Die derzeit laufenden Verhandlungen zwischen der EU einerseits und Kanada sowie den USA könnten dies aber ändern.

BITs bestehen typischerweise aus drei Teilen:

1. Definitionen (Investor, Investition). Diese Definitionen sind wichtig für den Anwendungsbereich der Verträge.
2. Bestimmungen über materielle Schutzstandards
3. Bestimmungen über die Streitbeilegung, insbes. die Schiedsgerichtsbarkeit.

BITs sind keineswegs gleichförmig. Es gibt Ähnlichkeiten aber auch Unterschiede. Dies macht allgemeine Aussagen schwierig. Das derzeitige System ist also bilateral und fragmentiert. Versuche einer generellen Multilateralisierung wurden mehrfach gemacht sind aber stets gescheitert.

Der Energiecharta Vertrag (ECT) ist ein multilateraler Vertrag im Energiebereich, welcher such unter anderem mit Investitionsschutz befasst. Er wurde

1994 unterzeichnet und trat 1998 in Kraft. Derzeit sind 46 Staaten sowie die EU Vertragsparteien. Allerdings ist Russland nicht Partei.

Im ECT ist der Investitionsschutz nur einer von mehreren Bereichen. Der Teil über Investitionsschutz ist ähnlich strukturiert wie ein BIT aber multilateral. Der ECT sieht die im internationalen Investitionsrecht üblichen Schutzstandards sowie die Möglichkeit einer Klage des geschädigten Investors gegen den schädigenden Staat vor einem internationalen Schiedsgericht vor. Eine wesentliche Lücke im Schutzsystem des ECT tut sich allerdings bei steuerlichen Maßnahmen auf. Diese sind, gem. Art. 21 mit wenigen Ausnahmen, vom Schutz des ECT ausgenommen.

Derzeit versucht die EU die BITs der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten zu bündeln. Es laufen Verhandlungen mit Kanada, Singapur, Indien und den USA über Freihandelsabkommen mit Investitionskapiteln. Diese sollen die entsprechenden BITs ersetzen.

Materielle Bestimmungen in Investitionsschutzverträgen

Der Schutz vor Enteignung war früher dominant. Eine Enteignung kann direkt oder indirekt erfolgen. Heute sind Klagen wegen einer angeblichen Enteignung selten erfolgreich. Dies ist vor allem die Folge der Enge des Enteignungsbegriffs. Der Eingriff müsste hoheitlich erfolgen und zu einer völligen oder weitergehenden Zerstörung der Investition führen.

Gemäß den Bestimmungen in so gut wie allen einschlägigen Verträgen sind Enteignungen nur unter bestimmten Bedingungen erlaubt, welche kumulativ erfüllt sein müssen. Der Eingriff muss

- a) nicht diskriminierend sein,
- b) im öffentlichen Interesse sein,
- c) in einem rechtsstaatlichen Verfahren erfolgen,
- d) und gegen volle, prompte und effektive Entschädigung erfolgen.

Dies bedeutet, auch wenn die Enteignung im öffentlichen Interesse ist muss Entschädigung gezahlt werden.

Seit etwa 10 Jahren macht sich allerdings ein wachsender Einfluss der sogenannten *police powers* Doktrin breit. Sie findet sich im US Model BIT 2012, Annex B:

Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.

Ihren Ausdruck fand die *police powers* Doktrin etwa auch in der Entscheidung des Schiedsgerichts in *Methanex v. US*.¹ Dort ging es um einen Treibstoffzusatz, welcher Grundwasser gefährdete. Das Schiedsgericht sagte:

as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation.²

Seither sind weitere Entscheidungen in diesem Sinne ergangen. Es gibt aber auch Gegenstimmen. So sagte das Schiedsgericht in *Santa Elena v. Costa Rica*.³

Expropriatory environmental measures – no matter how laudable and beneficial to society as a whole – are in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains.⁴

Letztlich geht es nicht um die Frage der Zulässigkeit der regulatorischen Maßnahme sondern um die Frage der Kostenverteilung. Wer trägt die wirtschaftlichen Kosten einer im öffentlichen Interesse ergriffenen Maßnahme – der Staat oder Investor?

Der Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung (fair and equitable treatment, FET) ist derzeit der wichtigste Schutzstandard. Trotz seiner allgemeinen Formulierung ist dieser Standard von der Judikatur mit konkretem Leben erfüllt worden. Er hat von allen Standards die höchste Trefferquote.

Der wichtigste Aspekt von FET sind die berechtigten Erwartungen (legitimate expectations) des Investors. Die häufigsten Anwendungsbereiche von FET sind:

- a) Die fundamentale Änderung der Rahmenbedingungen (allerdings ist dieses Thema umstritten).
- b) Rechtsstaatliche Verfahren – Rechtsverweigerung.
- c) Transparenz (Klarheit der Rahmenbedingungen und deren konsequente Anwendung).
- d) Willkürliches Vorgehen des Staates.
- e) Unsachliche Diskriminierung.
- f) Zwang und Schikane.

1 *Methanex v. United States*, Award, 3 August 2005.

2 Part IV, Ch D, p.4, para. 7.

3 *Santa Elena v. Costa Rica*, Award, 17 February 2000.

4 Para. 72.

In der Praxis besonders wichtig ist die Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Investition. Dabei sind folgende Fragen bedeutsam: Gab es berechnete Erwartungen zum Zeitpunkt der Investition? Gab es Zusicherungen von Seiten des Staates? Widerspricht eine wesentliche Änderung der Rechtsordnung den berechtigten Erwartungen des Investors?

Einige frühe Entscheidungen bestanden noch auf der Beibehaltung des rechtlichen Rahmens. D.h. grundsätzliche Änderungen wurden als Verletzungen von FET gewertet. Dies wurde in neueren Entscheidungen jedoch relativiert. Der Staat hat das souveräne Recht seine Rechtsordnung anzupassen. Normale Anpassungen werden von der neueren Rechtsprechung also toleriert. So sagte etwa das Schiedsgericht in *EDF v Romania*⁵:

Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State's legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable.⁶

In den neuesten Entwürfen aus den Verhandlungen der EU wird versucht FET durch die Aufzählung verschiedener Elemente zu definieren. Dabei kommt die Stabilität der rechtlichen Rahmenbedingungen nicht mehr vor. Dies macht Zusicherungen des Staates (vertraglich oder einseitig) besonders wichtig. Mit anderen Worten, der Investor kann nicht einfach auf die Unabänderlichkeit der Rechtsordnung des Zielstaates vertrauen.

Der Standard voller Schutz und Sicherheit (full protection and security, FPS) bietet vorwiegend Schutz vor physischen Angriffen. Manche Schiedsgerichte haben diesen Standard aber im auch Sinne rechtlicher Sicherheit vor allem durch ein funktionierendes Gerichtssystem interpretiert.

Ein weiterer Standard bietet Schutz vor willkürlicher oder diskriminierender Behandlung (arbitraty or discriminatory treatment). Die Praxis der Schiedsgerichte hat folgende Fallgruppen für »arbitrary« entwickelt:

- a) Handlungen die dem Investor Schaden zufügen ohne einem legitimen Zweck zu dienen.
- b) Maßnahmen die nicht auf rechtlichen Normen beruhen sondern auf der persönlichen Präferenz des Entscheidungsträgers.
- c) Maßnahmen die auf anderen Gründen beruhen als vom Entscheidungsträger vorgegeben.
- d) Entscheidungen die ohne ordentliches Verfahren getroffen wurden.

5 *EDF v. Romania*, Award, 8 October 2009.

6 At para. 217.

Durch sog. Schirmklauseln (umbrella clauses) verpflichtet sich der Staat zur Einhaltung sonstiger übernommener Verpflichtungen insbesondere durch Verträge mit dem Investor. Eine derartige Klausel macht also die Verpflichtung aus der Abmachung mit dem Investor zu einer völkerrechtlichen Verpflichtung.

Meistbegünstigungsklauseln (most favoured nation clause, MFN) ermöglichen den Rückgriff auf Rechte aus anderen völkerrechtlichen Verträgen, welche Angehörige dritter Staaten begünstigen. Sie sind Ausdruck der Idee des Diskriminierungsverbots.

In ähnlicher Weise verbietet die Garantie der Inländergleichbehandlung die Ausländerdiskriminierung.

Die allgemeinen Formulierungen der in den völkerrechtlichen Verträgen enthaltenen Schutzstandards werden durch die durch Praxis der Schiedsgerichte ausgefüllt. Die Schiedsgerichte haben also eine wichtige Funktion bei der Konkretisierung und Entwicklung der materiellen Standards.

Die Streitbeilegung im internationalen Investitionsrecht

BITs enthalten meist zwei Streitbeilegungsklauseln. Eine für Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien des Vertrags, also den beiden Staaten. Diese Klauseln werden selten benutzt.

In der Praxis wesentlich wichtiger sind die Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit zwischen einem Investor und dem Gastgeberstaat. Diese Form der Schiedsgerichtsbarkeit bringt beiderseitige Vorteile:

- a) Rechtsicherheit für den Investor.
- b) Ein verbessertes Investitionsklima im Gastgeberstaat.
- c) Die Entpolitisierung des Streits.

Es gibt verschiedene Formen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Die wichtigste ist gemäß der ICSID Konvention im Rahmen der Weltbank. Diese Konvention sieht sowohl Schiedsgerichtsbarkeit als auch Ausgleichsverfahren vor. Letztere werden aber kaum benützt.

Die ICSID Konvention schafft nur die institutionellen Voraussetzungen für die Schiedsgerichtsbarkeit, enthält aber keine materiellen Standards. Die ICSID Konvention enthält auch noch keine Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit. Vielmehr bietet sie einen detaillierter Rahmen für Schiedsverfahren zwischen Investoren und Staaten durch institutionelle Unterstützung (Unterstützung bei der Auswahl der Schiedsrichter, Sekretär, Verhandlungsräume, finanzielle Abwicklung, Information).

Die wichtigsten Prinzipien der Verfahren nach der ICSID Konvention sind:

- a) Die Verfahren sind in sich geschlossen und unabhängig, d. h. es gibt keine Intervention durch staatliche Gerichte.
- b) Nichtfrustration, d. h. die Verfahren können auch bei mangelnder Kooperation einer Partei weitergeführt werden.
- c) Die Verfahren münden in einen bindenden Schiedsspruch. Dieser kann in allen Mitgliedstaaten durchgesetzt werden.

Die Möglichkeit einer Klage wird häufig genutzt. Derzeit (Okt 2013) sind 174 Fälle bei ICSID anhängig. Daneben gibt es aber auch andere Möglichkeiten für die Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Investor und Staat: ICC (Internationale Handelskammer), London Court of International Arbitration (LCIA), Permanent Court of Arbitration (PCA), UNCITRAL.

Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit beruht immer auf einer Parteienvereinbarung zwischen dem Investor und dem Staat. Völkerrechtliche Verträge reichen dazu nicht aus. Dazu gibt es im Wesentlichen drei Möglichkeiten:

- a) Eine direkte Abmachung zwischen dem Investor und dem Staat. Dies ist die traditionelle Methode einer Schiedsvereinbarung. In der Praxis ist das aber oft nicht möglich weil kein direkter Kontakt besteht.
- b) Ein Offert durch die Gesetzgebung des Gastgeberstaates. Hierbei ist Vorsicht vor unklaren Formulierungen geboten. Oft wird die Schiedsgerichtsbarkeit nur in Aussicht gestellt.
- c) Ein Offert durch völkerrechtliche Verträge, also etwa durch ein BIT, NAFTA, ECT. Etwa $\frac{3}{4}$ aller Fälle beruhen auf einer Klausel in einem völkerrechtlichen Vertrag.

Bei b) und c) liegt nur ein Angebot des Staates vor. Dieses muss vom Investor angenommen werden bevor eine Schiedsvereinbarung zustande kommt. Diese Annahme kann einfach durch Klageerhebung erfolgen. Bei b) aber auch bei c) kann der Staat das Offert zurücknehmen solange es noch nicht angenommen worden ist. Sobald das Offert gültig angenommen ist, ist eine Rücknahme nicht mehr möglich.

Die Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit in Investitionsschutzabkommen sind sehr unterschiedlich. Nicht jeder Hinweis auf ein Schiedsgericht ist eine Unterwerfung. Dabei ist der genaue Wortlaut der entsprechenden Klausel zu beachten. Diese Klauseln können sehr unterschiedlich sein. Etwa: »may agree«, »shall consent«, »hereby consents«.

Auch der Umfang der Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit ist unterschiedlich. Er reicht von »all disputes concerning investments« (d. h. alle Investitionsstreitigkeiten) über »disputes concerning the application of this treaty« (d. h. nur Verletzung des besonderen völkerrechtlichen Vertrages), bis

hin zu engen Klauseln wie »amount of compensation for expropriation« (d.h. nur Umfang der Entschädigung bei Enteignung).

Viele Verträge enthalten auch Vorbedingungen für die Einleitung von Verfahren. Diese bestehen etwa in der Einhaltung von Wartezeiten zum Zwecke von Verhandlungen. Viele Verträge verlangen auch, dass vor der Einleitung des Schiedsverfahrens der Versuch einer Rechtsverfolgung vor den staatlichen Gerichten für eine bestimmte Zeit unternommen wird.

Die Rolle der staatlichen Gerichte in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist beschränkt. Das Ziel der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist es ja gerade sie zu vermeiden. So besteht im allgemeinen kein Erfordernis der Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges. Wie erwähnt gibt es aber in manchen BITs ein Erfordernis sie eine gewisse Zeit zu probieren. Derartige Bestimmungen können zu erheblichen Verzögerungen und zusätzlichen Kosten führen. Den staatlichen Gerichten verbleibt eine gewisse Rolle bei der Vollstreckung von Schiedssprüchen.

Vorausschauende Planung im internationalen Investitionsschutz

Vorausschauende Planung ist oft ratsam. Die erste Frage ist nach dem Bestehen eines geeigneten Vertrags. Wenn dies nicht der Fall ist, besteht u. U. die Möglichkeit dennoch durch aktive Maßnahmen Schutz zu erlangen.

Zunächst ist also zu untersuchen ob ein geeigneter Vertrag zwischen Heimatstaat und Zielstaat besteht. D.h. ist ein BIT oder der Energiecharta Vertrag anwendbar? Dabei ist insbesondere die Staatszugehörigkeit des Investors oft ein Problem. Völkerrechtliche Verträge zum Investitionsschutz, insbes. BITs, schützen nur Investoren mit entsprechender Staatszugehörigkeit. Diese Frage kann insbes. bei juristischen Personen komplex sein.

Eine weitere wichtige Frage ist ob das BIT einen ausreichenden materiellen Schutz bietet. Die Schutzstandards der BITs sind durchaus unterschiedlich und müssen gesondert überprüft werden. Allenfalls kann hier eine Meistbegünstigungsklausel helfen. Auch die Regelungen über die Streitbeilegung sind unterschiedlich. Hier greift eine Meistbegünstigungsklausel meist nicht.

Grundsätzlich besteht auch die Gefahr der Beendigung eines bestehenden Vertrages. Eine einseitige Beendigung ist nach vielen BITs nach 10 Jahren unter Einhaltung einer einjährigen Kündigungsfrist möglich. Allerdings enthalten viele BITs sog. *sunset* Klauseln: D.h. sie behalten für weitere 10 oder 20 Jahre für während der Geltung des BIT getätigte Investitionen ihre Gültigkeit.

Allerdings besteht die Möglichkeit einer jederzeitigen einvernehmlichen Beendigung eines BIT durch beide Vertragsparteien. Dies kann auch unter Aufhebung der *sunset* Klauseln geschehen.

Einen gewissen Unsicherheitsfaktor im Investitionsschutz stellen auch die Pläne der EU dar. Seit 1. Dez 2009 gilt der Lissaboner Vertrag. Sein Art. 207 überträgt ausländische Direktinvestitionen der ausschließlichen Kompetenz der EU. Dazu hat die Kommission weitreichende Pläne: Alle intra-EU BITs (etwa 190 meist zwischen alten und neuen Mitgliedern) sind zu beseitigen. Extra-EU BITs (über 1000) sollen durch von der Kommission auszuhandelnde Verträge ersetzt werden. Diesbezügliche Verhandlungen sind mit Kanada, Indien, Singapur USA und Japan im Gange. Der Ausgang dieser Verhandlungen ist noch nicht klar. Selbst im Falle eines erfolgreichen Abschlusses der Verhandlungen ist die Ratifikation dieser Verträge ungewiss.

Was kann der Investor unternehmen um seine Lage zu verbessern?

Falls der Investitionsschutz auf der Basis völkerrechtlicher Verträge nicht befriedigend ist, kann der Investor u. U. versuchen eine entsprechende Vereinbarung mit dem Zielstaat abzuschließen. Dabei ist insbes. auf den Schutz vor Enteignung, Schutz gegen radikale Änderungen des rechtlichen Umfeldes und den Schutz gegen erhebliche neue Steuerbelastungen (wenn möglich durch eine Stabilisierungsklausel) zu achten. Wichtig ist vor allem eine internationale Schiedsklausel. Gerichtsstandsklauseln mit der Wahl der örtlichen Gerichte aber selbst örtliche Schiedsgerichtsbarkeit sollten vermieden werden. Wenn möglich sollte ICSID Schiedsgerichtsbarkeit vereinbart werden. Dies vor allem im Hinblick auf die Unabhängigkeit der ICSID Schiedsgerichte von staatlichen Gerichten, sowie aufgrund der besseren Vollstreckung von ICSID Schiedssprüchen.

Falls dies nicht zielführend ist bleibt allenfalls die Möglichkeit der Schaffung einer Gesellschaftsstruktur um unter den Schutz eines für den Investor günstigen BIT zu gelangen. Man spricht in diesem Zusammenhang von *nationality planning*. Die Rechte von Investoren aus den entsprechenden BITs stehen nur ausländischen Investoren mit der Staatszugehörigkeit eines Vertragspartners dieser Verträge zu. Inländische Investoren sind durch Investitionsschutzabkommen überhaupt nicht begünstigt. Aber die Staatszugehörigkeit kann oft beeinflusst werden. Dies insbesondere wenn die Staatszugehörigkeit juristischer Personen durch die bloße Errichtung einer Gesellschaft im entsprechenden Staat begründet werden kann.

Hier ist aber Vorsicht geboten. Die Verträge weisen unterschiedliche Bestimmungen über die Staatszugehörigkeit von Gesellschaften auf. Häufigstes Kriterium ist die Registrierung im betreffenden Staat. Der Energiecharta Vertrag etwa sieht für die Staatszugehörigkeit einer Gesellschaft einfach deren Errichtung und Registrierung im entsprechenden Staat vor. Andere Verträge verlangen verschiedene Formen einer wirtschaftlichen Nahebeziehung. Dies kann eine effektive Kontrolle durch Staatsangehörige oder tatsächliche wirtschaftliche Betätigung im betreffenden Staat sein.

Ein vorausschauender Investor kann also seine Investition in einer Weise

organisieren, die maximalen Schutz unter bestehenden völkerrechtlichen Verträgen bietet. Dies kann durch die Errichtung einer neuen Gesellschaft in einem Staat, der günstige Vertragsbeziehung mit dem Gastgeberstaat hat, geschehen. Voraussetzung ist dass die Registrierung der Gesellschaft ausreicht. Diese neue Gesellschaft tritt dann als Investor auf. Falls schon eine Tochtergesellschaft in dem Staat mit günstiger Vertragsbeziehung mit dem Gastgeberstaat besteht, kann die Investition durch die bestehende Tochtergesellschaft erfolgen.

Manche Verträge enthalten sogenannte *denial of benefits* Klauseln. So auch Art. 17 des Energiecharta Vertrags. Unter einer derartigen Klausel behält sich der Staat vor die Vorteile aus dem Vertrag zu verweigern, falls der Investor keine wirtschaftliche Nahebeziehung zu dem Staat hat auf dessen Staatszugehörigkeit er sich berufen will. Eine wirtschaftliche Nahebeziehung ist entweder eine wesentliche wirtschaftliche Betätigung im betreffenden Staat oder Eigentum oder Kontrolle durch Staatsangehörige.

Die Staatsangehörigkeit natürlicher Personen ist viel schwieriger zu planen als die von juristischen Personen und eignet sich daher kaum für *nationality planning*.

Die Einstellungen zum *nationality planning* sind sehr unterschiedlich. Kommentatoren, welche eine kritische und restriktive Einstellung zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit einnehmen, sprechen von *treaty shopping* und *corporations of convenience*. Die Befürworter sprechen von *corporate structuring* und *structured investments*.

Grundsätzlich gibt es keine rechtlichen oder ethischen Bedenken gegen die Errichtung einer Konzernstruktur, die maximalen rechtlichen Schutz bietet. Es ist weder illegal noch unangemessen sich unter den rechtlichen Schutz eines Vertrages zu begeben, welcher einen günstigen regulatorischen Rahmen gewährleistet. Dazu hat etwa das Schiedsgericht in *HICEE v. Slovakei*⁷ zum *nationality planning* gemeint:

[It is] not unusual, nor is there anything in the least reprehensible about it; structured investments are commonplace. The purpose is to secure advantages from incorporation or operation in a particular jurisdiction; ... The advantages anticipated often include the protection of particular bilateral (or other) treaties covering foreign investment.⁸

Nationality planning zum Zwecke des Investitionsschutzes ist heutzutage, ebenso wie die legale Steueroptimierung, eine gängige Praxis. Allerdings ist gerade die Steueroptimierung in letzter Zeit ins Schussfeld kritischer Betrachtungen gekommen. Hier wäre zu bedenken, dass steuersparende Maßnahmen

7 HICEE v. Slovakia, Partial Award, 23 May 2011.

8 At para. 103.

die Einkünfte der öffentlichen Hand schmälern und solcherart einen Nachteil für die Allgemeinheit mit sich bringen. Bei der Optimierung des rechtlichen Schutzes für Auslandsinvestitionen ist ein derartiger Nachteil nicht erkennbar.

Beim *nationality planning* ist der Zeitpunkt der Errichtung der entsprechenden Gesellschaftsstrukturen wichtig. Die Praxis zeigt dass vorausschauende Planung bei der Schaffung entsprechender Strukturen von den Schiedsgerichten akzeptiert wird. *Ex post facto* Maßnahmen werden verworfen. Dabei ist entscheidend ob die Maßnahme zum Erwerb einer günstigen Staatszugehörigkeit schon vor dem Ausbruch eines Streits oder vor dem Bekanntwerden der inkriminierten Maßnahmen des Staates gesetzt worden ist.

Ein gutes Beispiel für eine verspätete und daher erfolglose Umstrukturierung war *Phoenix v. Czech Republic*.⁹ In diesem Falle existierte ein Streit zwischen dem tschechischen Staat und dem tschechischen Investor. Der Streit war in vollem Gange als der Investor eine anscheinend günstige Staatszugehörigkeit zu erwerben trachtete indem er die Investition an eine israelische Gesellschaft verkaufte, welche er nach Ausbruch des Streits eigens zu diesem Zweck errichtet hatte.

Das Schiedsgericht entschied, dass es nicht für Streitigkeiten zuständig sei, die vor der angeblichen Investition entstanden waren. Überdies befand das Schiedsgericht, dass es sich hier um einen missbräuchlichen Versuch zur Erlangung des Investitionsschutzes handelte. Der Kläger hatte keine Investition zum Zwecke wirtschaftlicher Betätigung vorgenommen sondern bloß zum Zweck der klageweisen Verfolgung seines Anspruchs gegen die tschechische Republik.

In einer Reihe von Fällen war die Umstrukturierung vorausschauend vorgenommen worden. Das *nationality planning* funktionierte daher. Besonders instruktiv ist der Fall *Mobil v. Venezuela*.¹⁰ In diesem Falle hatte Exxon Mobil seine Investition in Venezuela zunächst über Holding Gesellschaften in Delaware und den Bahamas getätigt. Weder mit den USA noch mit den Bahamas existierte ein geeignetes Investitionsschutzabkommen.

Nachdem sich gewisse Schwierigkeiten mit dem neuen Regime abgezeichnet hatten, schuf Exxon Mobil sich eine neue Struktur indem es eine niederländische Gesellschaft in die Konzernkette einfügte. Davon informierte Mobil die Regierung Venezuelas, welche keine Einwände erhob. Als Folge der Neustrukturierung wurden die Gesellschaften in Delaware und in den Bahamas zu 100%igen Töchtern der niederländischen Gesellschaft.

Einige Zeit nach der erfolgten Umstrukturierung setzte Venezuela Enteignungsmaßnahmen. Daraufhin klagte Mobil Venezuela bei ICSID wobei es sich

⁹ *Phoenix v. Czech Republic*, Award, 15 April 2009.

¹⁰ *Mobil Corp. et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010.

auf das BIT zwischen den Niederlanden und Venezuela berief. Das Schiedsgericht befand, dass die Umstrukturierung zulässig war. Das Schiedsgericht sagte:

204. ... the aim of the restructuring of their investments in Venezuela through a Dutch holding was to protect those investments against breaches of their rights by the Venezuelan authorities by gaining access to ICSID arbitration through the BIT. The Tribunal considers that this was a perfectly legitimate goal as far as it concerned future disputes.

205. With respect to pre-existing disputes, the situation is different and the Tribunal considers that to restructure investments only in order to gain jurisdiction under a BIT for such disputes would constitute, to take the words of the Phoenix Tribunal, »an abusive manipulation of the system of international investment protection under the ICSID Convention and the BITs.«¹¹

Eine Reihe anderer Fälle zeigen ebenfalls, dass vor dem Ausbruch eines Streits vorgenommene Umstrukturierungen, welche den Zweck haben unter den Schutz eines Investitionsschutzvertrags zu kommen, respektiert werden. Der späte Erwerb einer günstigen Staatszugehörigkeit nach Ausbruch des Streits ist jedoch zum Scheitern verurteilt.

Dies bedeutet dass die Maßnahmen zur Schaffung einer für den Investitionsschutz günstigen Konzernstruktur möglichst früh erfolgen sollten. Idealerweise bei der Tötigung der Investition, obwohl spätere Umstrukturierungen auch noch möglich sind sofern sie vor Ausbruch eines Streits erfolgen.

Das oben Gesagte könnte man in folgender *check list* zum vorausschauenden Investitionsschutz zusammenfassen:

1. Besteht ein Investitionsschutzabkommen zwischen Heimatstaat des Investors und Zielstaat? (BIT, ECT).
2. Wenn ja, bietet es ausreichenden Schutz?
3. Besteht die Gefahr einer Beendigung des Abkommens?
4. Besteht die Möglichkeit der frühzeitigen Annahme eines Offerts zur Schiedsgerichtsbarkeit?
5. Ist es für den Investor aussichtsreich eine direkte Abmachung mit dem Zielstaat anzustreben, welche ausreichenden Schutz bietet?
6. Existieren günstigere Abkommen (BITs) zwischen dem Zielstaat und dritten Staaten?
7. Ist es möglich und sinnvoll die Investition über eine in einem dieser Drittstaaten errichtete Gesellschaft abzuwickeln?

Alle hier gemachten Aussagen basieren auf der derzeitigen Rechtslage einschl. der Judikatur der Schiedsgerichte. Diese Rechtslage kann sich ändern. Trotz

¹¹ At paras. 204, 205.

dieses verbleibenden Unsicherheitsfaktors lässt sich das aus regulativen Eingriffen resultierende Risiko durch entsprechende und vor allem rechtzeitige Maßnahmen erheblich vermindern.

