

Vorträge Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 249

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS

Professor Dr. Dr. h.c. Ignaz Seidl-Hohenveldern

Institut für Völkerrecht,
Universität Wien

Die Entwicklung der diplomatischen Protektion für juristische Personen

Vortrag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes
Saarbrücken, den 27. Juni 1991

Die Entwicklung der diplomatischen Protektion für juristische Personen

Eine sehr einleuchtende Theorie erklärt die Entstehung und den Zweck der Staaten damit, daß sich Menschen zu Gruppen zusammengeschlossen haben, um ihre Sicherheit zu vermehren. Innerhalb der Gruppe soll Recht und Ordnung deren einzelne Angehörige schützen, gegen die als feindlich angenommene Umwelt soll die Gruppe als Ganzes den Schutz der Interessen ihrer Angehörigen wirksamer gestalten, als dies der einzelne vermöchte. Aus dieser Sicht ist es nicht verwunderlich, daß der Schutz der Rechte und Interessen der eigenen Untertanen seit alters her¹ ein wichtiges Ziel im Rahmen der zwischenstaatlichen Beziehungen ist. Seit es Diplomaten gibt, waren sie neben anderen auch mit dieser Aufgabe betraut.

Das klassische Völkerrecht begründete das Recht eines Staates, einen seiner Untertanen gegen ein Unrecht zu schützen, das diesem ein fremder Staat zugefügt hatte, damit, daß der völkerrechtswidrig handelnde Staat die Ehre des Heimatstaates des Opfers verletzt habe.² Ein solches Vorgehen stelle eine Mißachtung dieses Staates selbst dar. Wenn dieser die Beseitigung der Unrechtsfolgen verlange, nehme er damit zwar praktisch die Interessen seines Untertans wahr, er wehre sich aber dennoch gegen ein ihm, d.h. dem Heimatstaat, selbst zugefügtes Unrecht. Diese Auffassung entspricht der auch sonst im klassischen Völkerrecht vorherrschenden "Mediatisierung des Einzelnen".³ Praktisch blieb es Sache des Heimatstaates, ob und inwieweit er die völker-

¹ R. Numelin, *Les origines de la diplomatie* (1945), S. 231.

² In seinem Sondervotum im *Barcelona Traction Fall*. ICJ Reports 1970, S. 196, Z.59 bezeichnet Richter Gros diese Vorstellung als "assez simpliste".

³ A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht* (3. Aufl. 1984), S. 39, Z. 47.

rechtswidrige Behandlung eines seiner Staatsangehörigen zum Gegenstand völkerrechtlicher Wiedergutmachungsansprüche machen, also zu dessen Gunsten diplomatischen Schutz ausüben wollte.

Die Rechtslage hat sich bis heute fast⁴ nicht geändert, wohl aber deren Begründung beim Schutz wirtschaftlicher Interessen. Für den Schutz sonstiger Menschenrechte hält die Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs im Barcelona Traction Fall⁵ jeden Staat, nicht nur den Heimatstaat des Opfers berufen. In Übereinstimmung mit der überwiegen- den⁶ Haltung der Mehrheit in der Generalversammlung der Vereinten Nationen⁷ zählt die Entscheidung⁸ das Eigentumsrecht nicht zu diesen Menschenrechten. Sie bejaht aber das Recht zu dessen diplomatischem Schutz durch den Heimatstaat des Betroffenen.⁹ An Stelle der romantischen Berufung auf ein Recht auf Ehre tritt hier aber heute die realistische Offenlegung der wirtschaftlichen Interessen, die der Heimatstaat eines Investors an einer völkerrechtsmäßigen Behandlung der Investition hat. Dieser Heimatstaat sieht solche Investitionen im Ausland weiterhin als Teil seines Nationalvermögens an. In Notzeiten wird er, insoweit der Investor sich weiterhin in seiner Machtsphäre befindet, diesen dazu zwingen können, dieses Auslandsvermögen zu repatriieren¹⁰ und für nationale Aufgaben gegen Entschädi-

⁴ Siehe aber Text nach, Anm 73.

⁵ Entscheidung vom 5.2.1970, ICJ Reports 1970, S. 32, Z. 33 und 35, einschränkend aber ebda. S. 47, Z. 91. Hierzu I. Seidl-Hohenveldern "Actio popularis" im Völkerrecht? FS G. Morelli (1975), S. 803-813.

⁶ GA Res 42/115 vom 7.12.1987, dagegen aber GA Res. 41/ 132 vom 4.12.1986

⁷ Dagegen I. Seidl-Hohenveldern, International Economic Law (1989), S. 132

⁸ ICJ Reports 1970, S. 32, Z. 32-35

⁹ ICJ Reports 1970, S. 32, Z. 35.

gung zu einem meist recht ungünstigen Wechselkurs zur Verfügung zu stellen. Wenn ein Staat heute einem seiner Staatsangehörigen diplomatischen Schutz gewährt, schützt er damit sein eigenes staatliches Interesse an der Wahrung seiner Möglichkeit, auf diesen Teil seines Nationalvermögens zurückzugreifen.¹¹

Der größte Teil von Auslandsinvestitionen wird aber heute von juristischen Personen vorgenommen. Welcher Staat erscheint berufen, deren Vermögen gegen völkerrechtswidrige Behandlung im Anlagestaat zu schützen? Das Problem kann nicht einfach mit dem Hinweis gelöst werden, daß jede juristische Person ja schon aus einem anderen Grunde eine Staatszugehörigkeit haben und dieser Staat daher auch berufen sein müsse, diesen Schutz auszuüben. Wenn nämlich Personen Gesellschafter einer juristischen Person werden, benötigen sie jedenfalls eine Rechtsordnung, die die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern und die Rechtsstellung der Gesellschaft nach außen regelt. So ausführlich die Statuten einer Gesellschaft auch sein mögen, werden sie letztlich doch auf eine Rechtsordnung verweisen müssen, die die Angelegenheiten regeln soll, die die Statuten nicht geregelt haben und vielleicht auch gar nicht regeln können. Dies wird in aller Regel¹² die Rechtsordnung eines Staates

¹⁰ S. Coonrod, *The United States Code of Conduct for Transnational Corporations*, *Harvard International Law Journal* 18 (1977), S. 282, I. Seidl-Hohenveldern, *Règles juridiques et le conflit Nord-Sud*, *Österr. Z. f. öff. Recht* 33 (1982), S. 224.

¹¹ So die Sondervoten der Richter Gros und Jessup im *Barcelona Traction (BTC) Fall*, *ICJ Reports* 1970, S. 279, Z. 19 bzw. S. 196, Z. 59 und das Minderheitsvotum des Richters ad hoc Riphagen, ebda S. 336-337, Z. 4-6, S. 348, Z. 18-19.

¹² Vgl. aber das Bestreben mancher gemeinsamen zwischenstaatlichen Unternehmen, sich von jedweder staatlichen Rechtsordnung zu lösen, I. Seidl-Hohenveldern, *Le droit applicable aux entreprises internationales communes étatiques ou paraétatiques*. *Ann. IDI* 60 I (1983) S. 1 ff., ders. *Du contrat sans loi nationale à la "Société sans loi nationale"*, *FS. G. Sperduti*, (1984), S. 321, ders., *Gemeinsame zwischenstaatliche Unternehmen*, *FS. B.C.H. Aubin* (1979), S. 205 f.

sein, dessen Staatszugehörigkeit die Gesellschaft durch diese Verweisung erwerben kann, aber aus nachfolgenden Gründen nicht erwerben muß. Ähnlich wie für die Staatsangehörigkeit natürlicher Personen stellt das Völkerrecht nämlich gewisse Anknüpfungspunkte auf, die vorliegen müssen, damit ein Staat eine Gesellschaft als seine Staatszugehörige behandeln kann.

i) Am liberalsten ist die Anknüpfung an den Willen der Gesellschafter. Diese sind dann völlig frei, die Gesellschaft auch nach dem Recht eines Steueroaselandes zu gründen und diesem zu unterstellen. Dieser Anknüpfung folgt in Friedenszeiten u.a. das anglo-amerikanische Recht.

ii) Realistischer ist die Anknüpfung an den Sitz der Gesellschaft bzw. an den Schwerpunkt ihrer Tätigkeit. Diese Anknüpfung bevorzugen die kontinentaleuropäischen Rechte. Konflikte, die sich ergeben, wenn die Gesellschafter für ihre Beziehungen ein anderes Recht als das des Sitzes oder Geschäftsschwerpunktes der Gesellschaft gewählt haben, will S. Bastid¹³ dadurch beseitigen, daß sie zwischen juristischer und politischer Staatszugehörigkeit (allégiance) der Gesellschaft unterscheidet.

iii) Den wirklichen Verhältnissen trägt aber am besten die Kontrolltheorie Rechnung. Hier wird der Schleier der juristischen Person gelüftet und die Staatszugehörigkeit der Gesellschaft nach der Staatsangehörigkeit der Personen bestimmt, die sie "kontrollieren", d.h. beherrschen. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß Großbritannien im Ersten Weltkrieg die als englische Gesellschaft gegründete Daimler Company, die zu 100 % im Eigentum ihrer deutschen Muttergesellschaft stand, nicht als englische Gesellschaft, sondern als Feind behandelt hat¹⁴ und daß das neutrale Österreich

¹³ S. Bastid in S. Bastid/ F. Lucchaise, La personnalité morale et ses limites (Paris 1960), S. 161-164.

¹⁴ Daimler Co v. Continental Type and Rubber Ltd., 2 AC (1916) 307.

nur solchen nach dem Sitzprinzip österreichischen Reedereigesellschaften das Recht zur Führung der österreichischen Flagge verleiht, deren Gesellschafter mehrheitlich österreichische Staatsangehörige sind.¹⁵

Das Kontrollprinzip hat aber auch einige Schwächen. Sollte man konsequenterweise dann, wenn es sich nach der Lüftung des Schleiers der Gesellschaft A herausstellt, daß einer ihrer Gesellschafter die Gesellschaft B ist, auch deren Schleier lüften, usw.?¹⁶ Man könnte, insoweit es auf den Schutz des Nationalvermögens des Heimatstaates der A-Gesellschaft ankommt, diesen Einwand vernachlässigen, da dieser Staat ja in der Lage wäre, die A-Gesellschaft zur Repatriierung ihres Auslandsvermögens zu verpflichten - und zwar ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit ihrer Gesellschafter.

Wie aber hätte ein Feindvermögensverwalter im Zweiten Weltkrieg eine Gesellschaft eingestuft, deren Gesellschafter zu je 40 % deutsche bzw. britische Staatsbürger waren, während die restlichen 20 % Schweizern gehörten? Beherrschten diese Schweizer nicht die Gesellschaft dadurch, daß ihr Wille entschied, welcher der beiden rivalisierenden Blöcke das Handeln der Gesellschaft bestimmen konnte?

Schließlich könnten in einer Publikumsgesellschaft die Anteile so verteilt sein, daß keine Gruppe von Gesellschaftern gleicher Staatsangehörigkeit die absolute Mehrheit der Anteile besitzt. Selbst wenn dies der Fall sein sollte,

¹⁵ Seeschiffahrtsgesetz ö BGBl 1981/ 174, § 8 Abs. 1, Z. 3. H. Neuhold-A. Hummer - C. Schreuer, Österr. Handbuch des Völkerrechts, (1983), Bd. 2, S. 145, Dok. 91.

¹⁶ Hauptaktionäre der BTC war die belgische Aktiengesellschaft SIDRO, an der offenbar auch andere als belgische Gesellschafter beteiligt waren. Hierzu I. Seidl-Hohenveldern, Der Barcelona-Traction Fall, Österr. Z. f. öff. Recht (ÖZÖR) 22 (1971), S. 265 und 296. - Der ICSID Schiedsspruch vom 1.8.1984 Société Ouest Africaine des Betons Industriels (SOABI) c. République du Sénégal läßt eine mehrfache Lüftung des Schleiers zu. Clunet 117 (1990), p. 192 ss paras 35-38.

könnte sich diese beherrschende Mehrheit täglich ändern. Würde man die Staatszugehörigkeit der Gesellschaft nach der Kontrolltheorie bestimmen, würde dies auch für deren Staatszugehörigkeit gelten. Diese Schwierigkeiten erklären, warum das Kontrollprinzip trotz seiner maximalen Wirklichkeitsnähe nur in Ausnahmefällen angewendet¹⁷, aber nicht generell zur Ausübung des diplomatischen Schutzes von juristischen Personen herangezogen wird.

Riphagen¹⁸ hat darauf hingewiesen, daß bei der Gewährung eines solchen Schutzes nicht einfach alle Gesellschafter über einen Kamm geschoren werden sollten. Es wäre vielmehr wünschenswert, wenn auch die rechtliche Regelung eines solchen Schutzrechts darauf Rücksicht nehmen würde, daß es, grob gesehen, drei Typen von Gesellschaften gibt:

a) Gesellschaften mit wenigen, oft durch Familienbände verbundenen Gesellschaftern, deren Ziel hauptsächlich darin liegt, die Haftung des Vermögens der Gesellschafter für das mittels der Gesellschaft durchgeführte gemeinsame Vorhaben auf deren Gesellschafteranteile zu begrenzen.

b) Publikumsgesellschaften, deren Anteile weit gestreut sind.

c) Gesellschaften, ja ganze Gruppen von Gesellschaften, die jeweils oft zu 100 % von Gesellschaften einer anderen Staatszugehörigkeit dergestalt beherrscht werden, daß sie wirtschaftlich gesehen - lediglich ein Teil dieser anderen Gesellschaft(en) sind.

Das Bild wird dadurch noch komplizierter, daß Publikumsgesellschaften und Gesellschaften des letztgenannten Typs oft multinationale Gesellschaften sind, d.h. Gesellschaften,

¹⁷ Siehe Text bei Anm. 14 und 15.

¹⁸ ICJ Reports 1970, S. 342-344, Z. 12 und S. 347-348, Z. 18 ähnlich Gros, ebda. S. 271, Z. 8, S. 274-275, Z. 13.

die durch Filialen, Niederlassungen oder in anderer Weise eine gewichtige Handelstätigkeit oder andere wirtschaftliche Tätigkeit in Gaststaaten ausüben, die nicht der Staat oder die Staaten sind, wo Entscheidungen getroffen und/oder Kontrolle ausgeübt wird.¹⁹

Insbesondere in den 70-er Jahren übten die Entwicklungsländer heftige Kritik an den multinationalen Gesellschaften, denen sie vorwarfen, die Gastländer auszubeuten.²⁰

Wie feindselig diese Einstellung war, zeigt das Schicksal eines Vorschlages, den Goldman bei einer Tagung des Institut de Droit International machte.²¹ Er schlug dort vor, dem bis heute noch nicht fertiggestellten, grundsätzlich aber rechtlich nicht verbindlichen UN Code of Conduct for Transnational Corporations dadurch Verbindlichkeit zu verschaffen, daß eine multinationale Gesellschaft sich freiwillig zur Einhaltung des Code verpflichten würde. Als Gegenleistung sollten die Vereinten Nationen berufen sein, ein diplomatisches Schutzrecht zu Gunsten dieser Gesellschaft auszuüben. Dieser Vorschlag wurde als untragbare Bevorzugung multinationaler Gesellschafter vehement abgelehnt.

In seinem Sondervotum im Barcelona Traction Fall erklärte Richter Padilla Nervo²² sogar, daß multinationale Gesellschaften überhaupt keines diplomatischen Schutzes gegen die Gastländer bedürften. Es gelte vielmehr, den Gastländern

¹⁹ I. Seidl-Hohenveldern, International Economic Law (1989) S. 15 laut der Definition, die die UNCITRAL mit LE 133 (11) vom 3.8.1973 gab.

²⁰ L. Wildhaber/B. Großfeld/O. Sandrock/R. Birk, Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen. Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht (BDGVR) 18 (1978).

²¹ B. Goldman, Les entreprises multinationales Ann IDI 57 I (1977) S. 285 bzw. II (1977) S. 209-210 und 222.

²² ICJ Reports 1970, S. 248, 259

diplomatischen Schutz gegen diese so mächtigen Gesellschaf-
ter zu gewähren. Wie soll das aber geschehen? Das Gastland
könnte höchstens versuchen, das Heimatland einer solchen
Gesellschaft für deren Handlungsweise haftbar zu machen.
Aber hätte es dieser Heimatstaat in der Hand, Handlungen
der multinationalen Gesellschaft im Ausland wirksam zu un-
terbinden, ohne seinen Rechtsvorschriften extraterritoriale
Wirkung beizumessen, ein Versuch, den die hiervon betroffe-
nen Staaten zum Teil wohl als völkerrechtswidrig ansehen
würden?²³ Müßte sich das Gastland, das die Investition
einer solchen Gesellschaft ja zunächst zugelassen hat,
nicht entgegenhalten lassen, daß es dieses Risiko genau so
in Kauf genommen habe wie der Investor, der wegen höherer
Gewinnchancen lieber im politisch unsicheren Ausland als im
Inland investiert?²⁴

Guha Roy²⁵ ging gar so weit, nicht nur das Recht multina-
tionaler Gesellschaften auf diplomatischen Schutz zu be-
streiten. Er wollte diesen Schutz vielmehr als Überbleibsel
des Imperialismus zur Gänze abschaffen. Nun soll gar nicht
geleugnet werden, daß das Recht, diplomatischen Schutz aus-
zuüben, zu imperialistischen Zwecken mißbraucht worden ist,
wie das Schlagwort von der Kanonenbootdiplomatie zeigt.
Aber schon die Zweite Haager Konvention vom 18.10.1907²⁶
hat die Anwendung militärischer Gewalt bei der Eintreibung
von Vertragsschulden verboten. Ein völliger Verzicht auf

²³ Centre de Droit International de Nanterre (Hrsg.),
L'application extraterritoriale du droit économique,
Colloque du 23 avril 1986

²⁴ Nur zu Lasten der Investoren berief sich das BTC Urteil auf
diese Risikotheorie, ICJ Reports 1970, S. 50, Z. 99, dagegen
I. Seidl-Hohenveldern, ÖZÖR 22 (1971) S. 282-283

²⁵ Guha Roy, Is the Law of Responsibility of States for Inju-
ries to Aliens Part of Universal International Law? AJIL 55
(1961) S. 887. Dagegen R. Lillich, The Diplomatic Protection
of Nationals Abroad: An Elementary Principle of International
Law under Attack, ebda., 69 (1975) S. 359 ff. RGBI 1910, S.
59.

²⁶ RGBI 1910, S. 59.

diplomatischen Schutz der eigenen Staatsangehörigen würde nicht nur die Verfügungsgewalt des Heimatstaates über Teile seines Nationalvermögens beeinträchtigen. Das Völkerrecht geriete auch in noch größere Nähe zu unverbindlichen Moralvorschriften, wenn es einem Staat wirklich verwehrt sein sollte, einem anderen Staat vorzuhalten, daß dieser völkerrechtswidrig gegen dessen Staatsangehörige vorgegangen sei und daher mit nichtmilitärischer Reaktion auf dieses Unrecht rechnen müsse, falls er sein Verhalten nicht ändert. Die Staatenpraxis hält trotz der Einwände von Roy am diplomatischen Schutze fest²⁷. Wenn man einerseits als Motiv für die Gewährung diplomatischen Schutzes die Sicherung des Nationalvermögens des Heimatstaates des Investors ansieht und andererseits bedenkt, daß Auslandsinvestitionen heute vor allem von juristischen Personen vorgenommen werden, ergibt sich zwangsläufig, daß diplomatischer Schutz nicht nur zu Gunsten der Rechte natürlicher Personen ausgeübt werden darf, die Rechte juristischer Personen dagegen schutzlos bleiben sollten.²⁸

Welcher Staat ist aber dazu berufen, diplomatischen Schutz zu Gunsten einer juristischen Person auszuüben? Soll es jeder der Staaten sein, der eine solche juristische Person nach einem der drei vorgenannten Kriterien als seine Staatszugehörige behandeln darf? Was geschieht, wenn die so bestimmte formelle Staatszugehörigkeit mit den wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht übereinstimmt, wenn z.B. die deutschen Gesellschafter einer Gesellschaft mit Sitz in den Cayman Islands in den Niederlanden ein Hotel betreiben? Darf in einem solchen Fall der Schleier der juristischen Person völlig gelüftet und auf die Staatsangehörigkeit der Gesellschafter abgestellt werden?

²⁷ S. oben Text bei Anm. 9.

²⁸ Vgl. den Schiedsspruch von Max Huber über Britische Interessen in Marokko im Fall Jardins-Cohen (1925) UNRIAA 2, S. 661.

Ich möchte, um die Ergebnisse vorwegzunehmen, diese Frage bejahen. Ich verkenne keineswegs die grundlegende Bedeutung der Schaffung juristischer Personen für die Wirtschaftsentwicklung seit der Renaissance. Erst dank dieser Einrichtung war es möglich, Kapital für einen bestimmten Zweck dergestalt aufzubringen, daß die Haftung der einzelnen Teilnehmer an diesem Vorhaben auf ihre Gesellschaftseinlagen beschränkt blieb. Dennoch liegt etwas Fiktives in der Aussonderung dieser Anteile des Gesamtvermögens der Gesellschafter und in der Zuordnung dieser Teile an einen formellen neuen Eigentümer, nämlich an die dadurch geschaffene Gesellschaft. Im Fall einer Nationalisierung von Gesellschaften oder Gesellschafterrechten ohne angemessene Entschädigung bin ich für die Spaltungstheorie²⁹ eingetreten, habe also den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten den Vorzug vor gesellschaftsrechtlichen Fiktionen eingeräumt. Ich würde es daher auch gutheißen, daß der Heimatstaat jedes Gesellschafters einer juristischen Person diesem Gesellschafter diplomatischen Schutz gewähren kann, wenn ein ausländischer Staat durch eine völkerrechtswidrige Behandlung der Gesellschaft indirekt auch dessen Anteile an dieser Gesellschaft beeinträchtigt. Der Schleier wird hier radikaler gelüftet als bei der Kontrolltheorie, die ja der Gesellschaft die Staatszugehörigkeit des Staates gibt, dem die Mehrheit der Gesellschafter angehört, womit dieser Staat zum Schutz der Gesellschaft als Ganzes berufen erscheint.

Sollte für den diplomatischen Schutz die äußere Hülle, also die von der Person ihrer einzelnen Gesellschafter verschiedene juristische Person oder der wahre Kern entscheidend sein?³⁰ Die Frage beschäftigt den Internationalen Ge-

²⁹ I. Seidl-Hohenveldern, Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht (1951), ders., The Impact of Public International Law Rules on Corporations, 123 Recueil des Cours (1968 I) S. 104, ders., Corporations in and under International Law, (1987) S. 29 ff.

³⁰ "The elementary principle of justice that requires us to look at the substance and not stick in the bark of the legal

richtshof in der cause célèbre der Barcelona Traction Company³¹ und führte zu einer eingehenden wissenschaftlichen Diskussion nicht nur zwischen den zahlreichen mit diesem Fall als Gutachter oder in anderer Eigenschaft befaßten Völkerrechtlern.³²

Es ging darum, ob Belgien, der Heimatstaat der Mehrheit der Aktionäre der kanadischen Gesellschaft Barcelona Traction Company zu Gunsten dieser belgischen Aktionäre als Kläger vor dem IGH gegen Spanien auftreten könne, das die Gesellschaft angeblich arglistig in die Zahlungsunfähigkeit getrieben hatte.

Kanada war nicht bereit, der BTC diplomatischen Schutz zu gewähren und den Streitfall vor den IGH zu bringen, da an der BTC kanadische Staatsangehörige nur in verschwindend kleinem Ausmaß beteiligt waren. Hätte Kanada dies unter diesen Umständen überhaupt tun können, selbst wenn Kanada ebenso wie Belgien berechtigt gewesen wäre, ohne vorherige besondere Zustimmung Spaniens den Fall vor dem IGH anhängig zu machen?

In der sehr umstrittenen Nottebohm Entscheidung hatte der IGH ja Liechtenstein das Recht verweigert, für dessen Staatsbürger Nottebohm den IGH anzurufen, da Liechtenstein Nottebohm³³ eingebürgert hätte, ohne daß eine echte Bindung Nottebohm's an Liechtenstein bestanden habe. Auch zwischen Kanada und der BTC fehlte es wohl an einer solchen echten Bindung. Der IGH konnte dies dahingestellt sein lassen, da Spanien das Recht Kanadas, die BTC zu vertreten, grundsätz-

form" Cayuga Indians (Great Britain) v. United States. UNRIIAA 6, S. 173 (179).

³¹ ICJ Reports 1970, S. 3 ff.

³² Vgl. die Literaturangaben bei Seidl-Hohenveldern, ÖZÖR 22 (1971) insbes. S. 258.

³³ IGH 6.4.1955, Liechtenstein v. Guatemala (Second Phase), ICJ Reports 1955, S. 12 ff.

lich anerkannt hatte³⁴ - allerdings erst, nachdem Spanien sicher war, daß Kanada hierzu nicht bereit sein würde.

Der IGH ist schon in seinem IMCO Rechtsgutachten³⁵ von seiner Forderung nach einer echten Bindung wieder abgerückt, als er Billigflaggenländer³⁶ zu den zehn größten schiffahrtstreibenden Staaten zählte. R. Pinto³⁷ hat daher die Frage aufgeworfen, ob dann nicht Belgien von Kanada wegen dessen Weigerung, die Rechte der BTC zu schützen, Schadensersatz verlangen könnte. Selbst wenn dem Zugang Kanadas zum IGH keine juristischen Hindernisse entgegengestanden wären, wäre Kanada nicht zur Wahrnehmung der Rechte der BTC verpflichtet gewesen. Auch Autoren, die wie Geck³⁸ und Doehring³⁹ ein Recht des einzelnen Staatsangehörigen auf diplomatischen Schutz zumindest im innerstaatlichen Recht bejahen, gewähren dem Staat einen so weiten Ermessensspielraum, daß auch Kanada sein Untätigbleiben hätte rechtfertigen können.

Der IGH lehnte es ab,⁴⁰ auf die nicht sehr zahlreichen und überdies widersprüchlichen Präzedenzfälle vor internationalen Schiedsgerichten⁴¹ einzugehen. Er gab dafür die in

³⁴ ICJ Reports 1970, S. 43, Z. 74 und S. 45, Z. 83.

³⁵ Rechtsgutachten vom 8.6.1960, ICJ Reports 1960, S. 150 ff.

³⁶ Hierzu D. Dörr, Die deutsche Handelsflotte und das Grundgesetz (1988) sowie U. Drobnig/J. Basedow/R. Wolfrum, Recht der Flagge und "Billige Flaggen" - Neuere Entwicklungen im Internationalen Privatrecht und Völkerrecht, BDGVR 31 (1990).

³⁷ R. Pinto in seiner Anmerkung zum BTC Urteil Clunet 1970, S. 976.

³⁸ W. Geck, Der Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland nach deutschem Recht, ZaöRV 17 (1956/57), S. 516-517

³⁹ K. Doehring, Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes (1959), S. 20-22.

⁴⁰ ICJ Reports 1970, S. 40, Z.63.

⁴¹ Für die Durchstoßung des Schleiers der Schiedspruch im El Triunfo Fall (1902), UNRIAA 15, S. 467 ff. and Max Huber,

dieser Allgemeinheit unzutreffende Begründung,⁴² daß hier die Entscheidung jeweils durch die Willenseinigung der Parteien über den Schiedsvergleich vorausbestimmt war. Diese angeblichen Präzedenzfälle wären aber für den IGH schon aus einem anderen Grunde nicht sehr hilfreich gewesen. Sie betrafen Klagen wegen Maßnahmen, die ein Staat gegen eine Gesellschaft seiner eigenen Staatszugehörigkeit ("Calvo-Gesellschaften") ergriffen hatte. Es bestand also - anders als im BTC Fall - gar nicht die Möglichkeit, daß ein diplomatisches Schutzrecht zu Gunsten der Gesellschaft mit demjenigen zu Gunsten der indirekt durch die Maßnahme betroffenen Gesellschafter in Konkurrenz hätte treten können. Das Urteil im BTC-Fall hat es ausdrücklich offen gelassen⁴³, ob die darin gefundene Lösung auch für Calvo-Gesellschaften gelten sollte.

Nachdem der IGH überdies auch die Praxis der Verträge über Feindvermögen, Investitionsschutz und Globalentschädigungen für unerheblich erklärt hatte⁴⁴, da diese auf anderen Rechtsvorstellungen beruhten als denjenigen, die im BTC-Fall zur Debatte standen, kam er zu dem Schluß, daß er den Fall nur auf der Grundlage der allgemeinen Rechtsgrundsätze lösen könne, die das innerstaatliche Recht der einzelnen Staaten für den Rechtsschutz von Gesellschaftern entwickelt habe, die durch eine gegen ihre Gesellschaft gerichtete Handlung indirekt geschädigt worden sind.⁴⁵ Der IGH kam zu dem Schluß, daß diese allgemeinen Rechtsgrundsätze zwar in Ausnahmefällen die Durchstoßung des Schleiers der Gesellschaft sowohl zu Gunsten als auch zu Lasten der Gesell-

Schiedsspruch über britische Interessen in Marokko, Fall Ziat-Ben Kirian, (1925) UNRIAA 2, S. 729 gegen die Durchstoßung des Schleiers Deutsch Amerikanische Petroleum AG, Oil Tankers Fall, (1926) UNRIAA 2, S. 790.

⁴² I. Seidl-Hohenveldern, ÖZÖR 22 (1971), S. 269-270.

⁴³ ICJ Reports 1970, S. 48, Z. 92.

⁴⁴ Ebda, S. 40, Z. 59-62.

⁴⁵ Ebda, S. 37, Z. 50.

schafter zulasse. Solche Ausnahmen lägen aber nicht vor.⁴⁶ Solange die gesonderte juristische Person der Gesellschaft bestände, könne lediglich deren Heimatstaat und nicht der oder die Heimatstaaten der Gesellschafter diplomatischen Schutz wegen einer gegen die Gesellschaft gerichteten Handlung gewähren, im konkreten Fall also als Kläger vor dem IGH auftreten. Erst mit der vollzogenen Liquidation einer Gesellschaft werde der Liquidationserlös anteilmäßig Eigentum der einzelnen ehemaligen Gesellschafter, deren Schutz erst dann insoweit deren Heimatstaat(en) zustände.⁴⁷

Der IGH hielt also lediglich Kanada für berufen, gegen Spanien wegen der Verletzung der Rechte der BTC vorzugehen, nicht aber subsidiär auch Belgien wegen der sich aus dieser Verletzung der Rechte der BTC indirekt ergebenden Verletzung der Interessen ihrer Gesellschafter belgischer Staatsbürgerschaft. Da Kanada die BTC weder schützen wollte noch konnte, blieben die BTC und ihre Gesellschafter schutzlos.

Der IGH hat selbst zugegeben, daß die strikte Trennung zwischen Rechten der Gesellschaft und denen ihrer Gesellschafter insbesondere im Fall von Holdinggesellschaften unbefriedigend ist,⁴⁸ hat aber hier auf eine dynamische Weiterentwicklung des Völkerrechts verzichtet, zu der er in anderen Fällen bereit war.⁴⁹

Das BTC Urteil ist insbesondere in den Vereinigten Staaten auf Kritik gestoßen.⁵⁰ Man nahm insbesondere daran Anstoß,

⁴⁶ Ebda, S. 39, Z. 57-58.

⁴⁷ Ebda, S. 41, Z. 66.

⁴⁸ Ebda, S. 46, Z. 89.

⁴⁹ Rechtsgutachten vom 21.6.1971 im Namibia Fall, ICJ Reports 1971, S. 17 ff.

⁵⁰ Statt vieler St. Metzger, Nationality of Corporate Investment under Investment Guarantee Schemes - The Relevance of Barcelona Traction, AJIL 65 (1971), S. 532 ff.

daß die BTC weiterhin als von ihren Gesellschaftern verschiedene juristische Person behandelt wurde, obwohl sie bereits "practically defunct" gewesen sei. Wäre die Rechtspersönlichkeit der BTC bereits erloschen gewesen, dann wäre es doch auch nach Ansicht des IGH dazu gekommen, daß jeder Heimatstaat von Gesellschaftern deren Rechte zu schützen berufen gewesen wäre. Das Argument, daß es untunlich sei, ein Klagerecht möglicherweise zahlreichen Heimatstaaten von Gesellschaftern zuzuerkennen⁵¹, steht also auf schwachen Füßen.

Mit Recht wurde auch gerügt, daß der IGH die einschlägige völkerrechtliche Vertragspraxis so völlig beiseite geschoben hat. Gewiß, die Frage, ob man in dem gleichlautenden Inhalt vieler Verträge einen Beweis für das Entstehen einer neuen Rechtsüberzeugung sehen will oder den Grund für den Abschluß jeweils dieser Verträge in dem Willen sieht, vom allgemeinen Völkerrecht abzuweichen, ist so schwer zu lösen wie diejenige, was früher war, die Henne oder das Ei.⁵² Dennoch zeigen diese Verträge einhellig die Absicht, wirtschaftlichen Gegebenheiten den Vorrang vor gesellschaftsrechtlichen Fiktionen einzuräumen. Wenn Feindhandelsgesetze die Durchstoßung des Schleiers der juristischen Person zulassen, ist es klar, daß friedensvertragliche Regelungen über die Rückgängigmachung dieser Maßnahmen dies ebenfalls tun.⁵³ Wenn ein Staat ein Globalentschädigungsabkommen zu Gunsten seiner Staatsangehörigen zu schließen sucht, wird er bei der Aushandlung und Verteilung der Summe Gesellschaften, die zwar formell seine Staatszugehörigkeit haben, faktisch aber Ausländern gehören ebensowenig berücksichtigen⁵⁴ wie bei der Gewährung einer Investitionsversiche-

⁵¹ S. 48, Z. 94 und S. 50, Z. 98, dagegen I. Seidl-Hohenveldern, ÖZÖR 22 (1971), S. 293.

⁵² I. Seidl-Hohenveldern, International Economic Law (Dordrecht 1989), S. 34.

⁵³ Z.B. Art. 25 Abs.2 des Friedensvertrages mit Finnland vom 10.02.1947, U.N.T.S. 48, S. 203.

zung.⁵⁵ Last, but not least sollte ein Staat bei der Aus- handlung eines Investitionsschutzabkommens sich das Recht einräumen lassen, auch die Interessen seiner Staatsbürger als Gesellschafter schützen zu können, die indirekt durch Maßnahmen gegen die betreffende Gesellschaft beeinträchtigt werden, die die Staatszugehörigkeit des Partnerstaates hat. Das traf allerdings für die Investitionsschutzverträge der Bundesrepublik Deutschland nach dem Musterentwurf in der Fassung von 1974 nicht zu. Diese wollten nur direkte deut- sche Investitionen im Ausland fördern.⁵⁶

Bedauert wurde auch, daß der IGH es offen gelassen habe, ob der Schleier der besonderen Rechtspersönlichkeit der Ge- sellschaft ein Schutzrecht der Heimatstaaten ihrer Gesell- schafter auch dann nicht zulasse, wenn der Staat, dessen Staatszugehörigkeit die Gesellschaft besitzt, gegenüber der Gesellschaft völkerrechtswidrig gehandelt hatte. In solchen Fällen, in denen der Heimatstaat der Gesellschaft mit Sicherheit die Rechte der Gesellschaft nicht schützen wird, würde es zumindest der Billigkeit entsprechen, ein Schutzrecht der Heimatstaaten der Gesellschafter anzuerken- nen.⁵⁷

Seit dem BTC Fall kam es im innerstaatlichen Bereich mehr- fach zur Durchstoßung des Schleiers der juristischen Per- son. Augenfällig waren dabei Fälle, in denen dies zu Lasten der Gesellschafter geschah. So hat, allerdings wohl ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein, Gerling die Haftung für Schulden der von ihm beherrschten Herstatt-Bank über-

⁵⁴ R. Lillich-B. Weston, International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements (1975) Bd. I, S. 77.

⁵⁵ Die Bundesrepublik Deutschland ist hier etwas großzügiger als die meisten anderen Staaten.

⁵⁶ H. Jüttner, Förderung und Schutz deutscher Direktinvestitionen in Entwicklungsländern (1975), S. 248., M. Banz, Völkerrechtlicher Eigentumsschutz durch Investitionsschutzabkommen (1988), S. 42.

⁵⁷ I. Seidl- Hohenveldern, ÖZÖR 22 (1971), S. 284-285.

nommen.⁵⁸ So hat die Zwischenschaltung ganzer Ketten von juristischen Personen im Fall des Schiffsbruchs des Tankers Amoco-Cadiz⁵⁹ zur Haftung der US Mutterunternehmen geführt.

Auch die gesonderte Rechtspersönlichkeit des gemeinsamen zwischenstaatlichen Unternehmens Eurochemic erlaubte es den daran beteiligten Staaten nicht, ihre Haftung für dessen Schulden auf die Höhe ihrer Beteiligung zu beschränken.⁶⁰ Es kam hier ebenso wie im Fall des International Tin Council zu einem Vergleich.⁶¹ Ein solcher wäre aber nahezu unverständlich, wenn der Schleier der besonderen juristischen Person undurchdringlich wäre.

Vor kurzem hat eine Kammer des IGH den Schleier der juristischen Person zu Gunsten der Gesellschafter durchstoßen und damit seine Rechtsprechung im Fall der BTC eingeeengt oder aufgehoben. Es handelte sich um den Fall der italienischen Aktiengesellschaft Elettronica Sicula S.p.A. ELSI, die zu 100 % im Eigentum von US Aktionären stand. Der IGH erkannte im ELSI-Fall das Schutzrecht der Vereinigten Staaten an.⁶² Die Klage blieb aber dennoch erfolglos, da die Kammer in dem Verbot der italienischen Behörden an die ELSI, im Rahmen eines Sanierungsplans überflüssiges Perso-

⁵⁸ I. Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under International Law* (1987), S. 120.

⁵⁹ B. Stern, *Clunet* 1990, S. 942-943.

⁶⁰ I. Seidl-Hohenveldern, *German Yearbook of International Law* 15 (1989) S. 51.

⁶¹ *Maclaine Watson and Co Ltd. v. Department of Trade and Industry*, 3 All E.R. 523. Hierzu I. Seidl-Hohenveldern, *Piercing the Corporate Veil of International Organizations: The International Tin Council Case in the English Court of Appeals*. *German Yearbook of International Law* 32 (1989), S. 43-54, ders., *L'immunité de juridiction des Communautés Européennes*, *Revue du Marché Commun* 1990, S. 479.

⁶² Urteil vom 20.7.1989 *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) Case*, *United States v. Italy*, *ICJ Reports* 1989, S. 15 ff.

nal zu entlassen, keine schleichende Enteignung sehen wollte.⁶³

Hier interessiert jedoch lediglich, daß die Mehrheit der Kammer keine Zweifel an der Klageberechtigung der Vereinigten Staaten hegte, obwohl Richter Oda in seinem Sondervotum seinen Kollegen ihr Abgehen von Grundsätzen des BTC Falles vorwarf.⁶⁴ Es ist erwähnenswert, daß nach der internen Geschäftsordnung des IGH Sondervoten vor der Endfassung des Urteils dem Gericht bzw. der Kammer zur Kenntnis zu bringen sind.⁶⁵

Die hier vorgenommene Durchstoßung des Schleiers der juristischen Person ist aus den oben erwähnten Gründen sehr zu begrüßen. Bedauerlich ist lediglich, daß die Kammer nicht klar ersichtlich machte, wie weit sie vom BTC-Urteil abgehen wollte.⁶⁶ Sie stützte sich jedenfalls nicht ausschließlich auf die insoweit nicht eindeutigen Bestimmungen des Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrages mit Italien⁶⁷, sondern legt ihn auf Grund allgemeiner Rechtserwägungen aus.⁶⁸ Der Sachverhalt im ELSI-Fall hätte es der Kammer erlaubt, sich hier auf eine im BTC-Fall erwähnte

⁶³ Ebda., S. 58, Z. 91, Dagegen I. Seidl-Hohenveldern, ELSI and Badger, *The Two Raytheon Cases*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, XXVI (1990), S. 272.

⁶⁴ ICJ Reports 1989, S. 86.

⁶⁵ Sh. Rosenne, *Procedure in the International Court* (1983), S. 228 verweist auf Art. 7 der Resolution concerning the Internal Judicial Practice of the Court (1976).

⁶⁶ B. Stern, *La protection diplomatique des investissements internationaux. De Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse*, *Clunet* 1990, S. 931.

⁶⁷ Vertrag vom 2.2.1948 mit Zusatzvertrag vom 26.9.1951. Die einschlägigen Bestimmungen sind in B. Stern, *Clunet* 1990, S. 946-948 wiedergegeben.

⁶⁸ Die Kläger stützten sich vorwiegend auf diese allgemeinen Regeln, B. Stern, ebda., S.928.

Ausnahme von der dort aufgestellten Regel zu berufen.⁶⁹ Die ELSI war nämlich im Lauf des Verfahrens völlig liquidiert worden. Die BTC Entscheidung hatte ferner den Fall⁷⁰ der Calvo-Gesellschaften offen gelassen. Im ELSI-Fall handelt es sich um eine Klage gegen Italien wegen des Vorgehens italienischer Behörden gegen eine Gesellschaft italienischer Staatszugehörigkeit. Die Kammer hat in ihrem Urteil aber auf keinen dieser Umstände ausdrücklich abgestellt. Dies läßt die Auslegung zu, daß die Kammer, wenn auch behutsam, zur Gänze vom BTC Urteil abgehen wollte - allerdings ohne auch dies ausdrücklich zu sagen.⁷¹

Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit die Entscheidung der Kammer im ELSI-Fall auch bei Investitionsstreitigkeiten, die Entwicklungsländer betreffen, als rechtsfortbildendes Abrücken von dem diesen Staaten günstigen BTC-Urteil anerkannt werden wird.

Mit Ausnahme des argentinischen Präsidenten des IGH Ruda waren alle Richter der Kammer Staatsangehörige kapitalexportierender Staaten. Richter Ruda hat aber die ELSI-Entscheidung mitgetragen.

Welche Schutzmöglichkeiten verbleiben Investoren aber gegen den wirtschaftlichen Schaden, den sie indirekt durch eine gegen eine ausländische Gesellschaft gerichtete Handlung erleiden, an der sie beteiligt sind, falls die Grundsätze des ELSI Urteils nicht oder nur eingeschränkt angewendet werden sollten?

Erwähnt sei zunächst die Möglichkeit, mit Zustimmung des Gastlandes die in einer Gesellschaft seiner Staatsangehörigkeit vorgenommene Investition dem Weltbankübereinkommen vom 18.3.1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten

⁶⁹ Siehe oben Text bei Anm. 47.

⁷⁰ Siehe oben Anm. 43.

⁷¹ B. Stern, Clunet 1990, S. 935.

(ICSID)⁷² zu unterstellen. Dieses Übereinkommen räumt dem Investor auch in einem solchen Fall direkten Zugang zu einem internationalen Schiedsgericht ein, dessen Urteile in allen Vertragsstaaten vollstreckbare Titel sind. Der Investor bedarf zur Anrufung dieses Schiedsgerichts nicht des diplomatischen Schutzes seines Heimatstaates. Als eine Art Gegenleistung für das Gastland sieht Art. 27 Abs. 1 des Abkommens vor, daß, so lange ein Fall vor dem Schiedsgericht anhängig ist, kein Vertragsstaat hinsichtlich dieser Streitigkeit diplomatischen Schutz gewähren wird.

Ansonsten bleibt dem Investor nur die Möglichkeit, seine Investition gegen nichtwirtschaftliche Risiken bei seiner nationalen Anlagenversicherung⁷³ oder bei der Multilateral Investment Guarantee Agency⁷⁴ oder Weltbank zu versichern und/oder Investitionen nur in Staaten vorzunehmen, die in einem Investitionsschutzabkommen mit seinem Heimatland nicht nur für den Enteignungsfall ein Recht auf wertgleiche Entschädigung⁷⁵, sondern auch ein Recht zur Ausübung diplomatischen Schutzes bei solchen indirekten Schädigungen vorsehen.⁷⁶

Zusammenfassend sei gesagt, daß im Widerstreit zwischen den normalen wirtschaftlichen Gegebenheiten und der Fiktion der juristischen Person der diplomatische Schutz sich nach den Realitäten richten sollte und daß der IGH seinen Widerstand

⁷² BGBl 1969 II 369, hierzu J. Pirrung, Die Schiedsgerichtsbarkeit für Investitionsstreitigkeiten (Berlin 1972).

⁷³ Salow, Bundesgarantien für Kapitalanlagen im Ausland und internationaler Investitionsschutz (München 1984) S. 92-93

⁷⁴ Laut Shihatta, MIGA and Foreign Investment (1988), S. 128 versichert MIGA auch indirekte Risiken.

⁷⁵ D. Verwey/N. Schrijver, The Taking of Foreign Property under International Law: A New Legal Perspective? Netherlands Yearbook of International Law 15 (1984), S. 73.

⁷⁶ Siehe aber oben Text bei Anm. 55.

gegen die Lüftung des Schleiers der Gesellschaft in solchen Fällen nach und nach aufgibt.
