Gazprom und andere – *force majeure* für Staatsunternehmen? Das Zusammenspiel von völkerrechtlicher Staatenverantwortlichkeit, internationalem Wirtschaftsrecht und privatem Handelsrecht

Christian Tietje*

Inhalt

A. Einleitung 655
B. *Force majeure* im internationalen Wirtschaftsrecht 658
C. *Force majeure*, Staatsunternehmen und völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit 660
D. Staat und Staatsunternehmen im Investitionsschutzrecht und im WTO-Recht 661
I. Investitionsschutzrecht 661
II. WTO-Recht 662
E. Neuere Rechtsentwicklungen: Überwindung der Trennungsdoktrin? 663
F. Ausblick 665

Abstract

Force majeure, auch als höhere Gewalt bezeichnet, ist ein anerkanntes Leistungshindernis in nationalen Rechtsordnungen und im UN-Kaufrecht sowie regelmäßiger Bestandteil internationaler privatrechtlicher Handels-/Lieferverträge. Auch Energielieferverträge enthalten oftmals solche Klauseln. Gegenwärtig sind entsprechende Vertragsklauseln mit Blick auf die Aussetzung von Gaslieferungen aus Russland durch das russische Staatsunternehmen Gazprom von Interesse. In der nationalen Gerichts- und internationalen Schiedsgerichtspraxis ist anerkannt, dass sich von besonderen Ausnahmesituationen abgesehen auch Staatsunternehmen auf *force majeure* berufen können, selbst wenn das die höhere Gewalt auslösende Ereignis vom Staat, der Allein- oder Mehrheitseigner des Staatsunternehmens ist, zu verantworten ist. Diese Rechtsprechung entspricht der strikten Trennung von Staat und Staatsunternehmen, wie sie u.a. im völkerrechtlichen Recht der Staatenverantwortlichkeit, im internationalen Investitionsschutzrecht und im WTO-Recht anerkannt ist. Al-

* Prof. Dr. Christian Tietje, LL.M. (Michigan), Jean Monnet Chair for EU Value Oriented Neighbourhood and Trade Policy, ist Universitätsprofessor für Öffentliches Recht, Europarecht und Internationales Wirtschaftsrecht, Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht und Leiter der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Germany). E-Mail: christian.tietje@jura.uni-halle.de.

 DOI: 10.5771/1435-439X-2023-4-654

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2023-4-654 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lerdings gibt es zunehmend Kritik an diesem Ansatz und immer mehr internationale regulatorische Anstrengungen, die die strikte Trennungsthese relativieren. Das kann auch Auswirkungen auf die Auslegung von *force majeure*-Klauseln haben.

Gazprom and others – *force majeure* for State-owned Enterprises? The Interplay of State Responsibility under Public International Law, International Economic Law and Private Commercial Law

Force majeure is a recognized excuse from performance of contractual obligations in national legal systems and in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), as well as a regular component of international commercial/supply contracts. Energy supply contracts also often contain such clauses. Currently, such contractual clauses are of interest with regard to the suspension of gas deliveries from Russia by the Russian state-owned company Gazprom. It is recognized in national court and international arbitration practice that, apart from special exceptional situations, state-owned enterprises can also invoke force majeure, even if the event triggering the force majeure is the responsibility of the state, which is the sole or majority shareholder of the state-owned enterprise. This jurisprudence is in line with the strict separation of state and state-owned enterprise as recognized, inter alia, in public international law on state responsibility, in international investment protection law and in WTO law. However, there is increasing criticism of this approach and more and more international regulatory efforts that relativize the strict separation thesis. This may also have an impact on the interpretation of force majeure clauses.

Keywords: *Force Majeure*, State-Owned Enterprises (SOEs), Free Trade Agreements, Investor-State Dispute Settlement, WTO Law, Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, China, Appellate Body

A. Einleitung

Die Verbindung von klassischem Völker- und Europarecht sowie wirtschaftsrechtlichen Fragestellungen kommt im wissenschaftlichen Werk von Torsten Stein immer wieder zum Ausdruck. In Dankbarkeit für viele Begegnungen, anregende Gespräche und immer wieder inspirierende Veröffentlichungen mit und von Torsten Stein soll daher in diesem kurzen Beitrag ebenfalls eine Verbindung von Aspekten des Völkerrechts und des internationalen Wirtschaftsrechts, hier verstanden in einem transnationalen Sinne,[1] versucht werden. Es ist dabei nicht Zielsetzung dieses Beitrages, auf alle anstehenden Fragen, die sich zum gewählten Thema – *force majeure* und Staatsunternehmen (State-Owned Enterprises – SOEs) – stellen, einzugehen. Vielmehr sollen nur einige zentrale Aspekte aufgeworfen und Forschungsperspektiven aufgezeigt werden.

1 Hierzu z.B. *Tietje*, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft – Archiv für Internationales Wirtschaftsrecht 2002/4, S. 404 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2023-4-654 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Hintergrund der Relevanz der Fragestellung, inwieweit die bisherige Rechtsdogmatik dazu, ob und unter welchen Voraussetzungen sich Staatsunternehmen auf *force majeure*-Klauseln in privatrechtlichen internationalen Verträgen berufen können, überzeugen kann, liegt auf der Hand: nachdem als unmittelbare Folge des Wegfalls des internationalen systemischen Konfliktes in den 1990er Jahren ein gleichsam Siegeszug marktwirtschaftlicher Ideen in vielen Staaten einsetzte, spielte die unmittelbare Intervention und Beteiligung des Staates am Marktgeschehen scheinbar zunehmend weniger eine Rolle. Privatisierungen und weniger staatsinterventionistisches Handeln bestimmten das ökonomische Weltgeschehen bis in die 2000er Jahre. Der Beitritt Chinas (2001) und Russlands (2012) zur Welthandelsorganisation (WTO) beflügelte und bestärkte diese Entwicklung. Erst mit der Weltfinanzkrise 2007/2008 änderte sich das Bild. Zur Stabilisierung der internationalen Finanzmärkte und insgesamt der Weltwirtschaft wurde in vielen Staaten die Staatsquote substanziell erhöht. Aus den Staatshaushalten heraus wurden immense Summen aktiviert, um Banken und andere Wirtschaftsakteure vor dem Zusammenbruch zu retten. Rechtlich geschah dies in vielen Fällen durch eine wie auch immer geartete gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Staates an entsprechenden Unternehmen. In staatlicher Hand befindliche Unternehmen – SOEs – waren wieder ein Thema im internationalen Wirtschaftssystem.[2] Hinzu kam die zunehmend machtvolle Bedeutung Chinas in der Weltwirtschaft und damit einhergehend eine sich intensivierende Kritik an der vielfältigen direkten und indirekten Beeinflussung wirtschaftliche Aktivitäten chinesischer Unternehmen durch die Regierung der Volksrepublik. Aber auch in anderen Teilen der Welt intensivierten sich direkte und indirekte Interventionen der staatlichen Hand in das Wirtschaftsgeschehen. Aus jüngerer Zeit sei hier nur auf die großen Subventionsprogramme in den USA und der EU hingewiesen, die mit den Begriffen „Inflation Reduction Act“,[3] „Green Deal Industrial Plan“[4] u.ä. verbunden sind.

Die wie auch immer geartete staatliche Beteiligung an eigentlich marktwirtschaftlichen Prozessen führt schon für sich zu ordnungspolitischen und rechtlichen Herausforderungen, und zwar auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der Umgang mit entsprechenden Marktverzerrungen und hierauf reagierende Reformen im Anti-Dumpingrecht der EU in jüngerer Zeit seien dazu nur als Beispiel

2 Zur Entwicklung im Überblick z.B. *Borlini*, Leiden Journal of International Law 2020/2, S. 313 f.; OECD, Government support and state enterprises in industrial sectors – An overview, Paris 2023, verfügbar unter: https://one.oecd.org/document/TAD/TC(2022)9/FINAL/en/pdf (27.9.2023).

3 Ausführliche Informationen dazu unter: https://www.irs.gov/inflation-reduction-act-of-2022 (27.9.2023).

4 Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, The European economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age, COM(2023) 62 final (1.2.2023); verfügbar unter: https://commission.europa.eu/document/download/41514677-9598-4d89-a572-abe21cb037f4_en?filename=COM_2023_62_2_EN_ACT_A%20Green%20Deal%20Industrial%20Plan%20for%20the%20Net-Zero%20Age.pdf (27.9.2023).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2023-4-654 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

genannt.[5] Die Problematik verschärft sich nochmals, wenn außerhalb des Marktgeschehens im engeren Sinne liegende Krisensituationen hinzukommen. Das betrifft namentlich politische Krisen, die Auswirkungen auf Wirtschaftsbeziehungen zwischen Staaten haben. Solche Krisen können unterschiedlicher Natur sein. Selbst wenn eine entsprechende Krise noch nicht die Schwelle zu einem internationalen bewaffneten Konflikt erreicht hat, gehen politische Spannungen in jüngerer Zeit oftmals mit Exportbeschränkungen im Warenhandel einher. Typischerweise handelt es sich dabei um Exportbeschränkungen in den Bereichen Nahrungsmittel, Hochtechnologie und/oder Rohstoffe. Die Ausfuhrbeschränkungen für Gallium und Germanium aus China als „Gegenmaßnahme" im Hinblick auf Ausfuhrbeschränkungen von bestimmten Fertigungsanlagen für Halbleitern aus den Niederlanden im Jahr 2023 können hier als Beispiel dienen.[6]

Besondere Bedeutung kommt der Unterbrechung grenzüberschreitender Lieferketten im Falle eines internationalen bewaffneten Konfliktes zu. Aktuell geht es dabei natürlich um die militärische Aggression Russlands gegenüber der Ukraine. Neben dem weitreichenden Sanktionsregime, das mit diesem Konflikt einhergeht[7] und zahlreiche Rechtsfragen aufwirft, die hier allerdings nicht weiter behandelt werden sollen, geht es dabei auch um die Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen u.a. im Energiesektor. Insbesondere Energielieferverträge mit dem russischen Unternehmen Gazprom spielen eine große Rolle. Spätestens das Dekret Nummer 172 des Präsidenten der Russischen Föderation vom 31. März 2022, mit dem angeordnet wurde, dass als Gegenleistung für die Lieferung von russischem Gas aus bestehenden Energielieferverträgen dieses nur noch in Rubel bezahlt werden darf,[8] hat zu einer Welle von Schiedsgerichtsverfahren geführt. Mindestens acht solcher Schiedsgerichtsverfahren von europäischen Energieunternehmen gegen Gazprom im Hinblick auf die Nichterfüllung vorhandener Gaslieferverträge sind öffentlich bekannt;[9] es ist aber von einer weitaus größeren Zahl von Handelsschiedsgerichtsverfahren, die vertraulich behandelt werden, auszugehen. Mit einiger Sicherheit kann gesagt werden, dass in den anhängigen Schiedsgerichtsverfahren oftmals eine sogenannte *force majeure*-Klausel eine zentrale rechtliche Rolle spielt. Vereinfacht gesagt, handelt es sich hierbei um vertragliche Festlegungen dazu, dass eine Nichterfüllung eines Vertrages aufgrund höherer Gewalt, also Umständen, die von den Vertragsparteien bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar waren und außerhalb ihrer

5 Ausführlich *Tietje/Sacher*, European Yearbook of International Economic Law 2018, S. 89 ff.

6 https://edition.cnn.com/2023/07/03/business/germanium-gallium-china-export-restrictions/index.html (27.9.2023).

7 Im Überblick: https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/ (27.9.2023).

8 Details verfügbar unter: https://www.gtai.de/de/trade/russland/wirtschaftsumfeld/russland-zahlt-nur-noch-in-rubel-an-westliche-glaeubiger—849596 (27.9.2023).

9 Hinweise auf verschiedene anhängige und ein bereits abgeschlossenes Verfahren sind z.B. hier verfügbar: https://www.squirepattonboggs.com/en/insights/publications/2022/11/gas-alert-gasum-v-gazprom-export-stockholm-ad-hoc-arbitration (27.9.2023).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2023-4-654 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einflusssphäre liegen, gerechtfertigt werden kann.[10] Ein internationaler bewaffneter Konflikt ist ein typischer Fall entsprechender *force majeure*.[11] Insbesondere in der vorliegenden Konstellation ist im Einklang mit der bereits erfolgten Feststellung zu den staatlichen Aktivitäten im Wirtschaftsleben allerdings wichtig, dass Gazprom ein russisches Staatsunternehmen ist. Gazprom ist das weltweit größte Erdgasfördererunternehmen. 50% und eine Aktie des Unternehmens werden vom russischen Staat gehalten, der auch die Mehrheit der Sitze im Aufsichtsrat hat.[12] Damit stellt sich die Frage, ob sich ein Unternehmen, das mehrheitlich im Staatseigentum steht, unabhängig von Einzelheiten der Ausgestaltung eines entsprechenden Energielieferver-trages auf *force majeure* im Hinblick auf die Nichterfüllung des Vertrages berufen kann, wenn das höhere Gewalt auslösende Ereignis vom Staat als Eigentümer des Unternehmens zu verantworten ist.

B. *Force majeure* im internationalen Wirtschaftsrecht

Force majeure oder auch höhere Gewalt ist ein in vielen Rechtsordnungen vorzufindender Rechtsgrundsatz, der den Schuldner unter bestimmten Voraussetzungen von einer Leistungspflicht befreit. Im deutschen Recht entspricht dies im Wesentlichen der Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB i.V.m. fehlendem Vorsatz oder Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 1 BGB. Im UN-Kaufrechtsübereinkommen findet sich die entsprechende Regelung in Art. 79 CISG. Vorrangig zu beachten ist aber natürlich immer eine entsprechende vertragliche Regelung. Die Internationale Handelskammer (ICC) Paris hat hierzu eine Musterklausel für die Vertragspraxis veröffentlicht, in der alle wesentlichen inhaltlichen und prozeduralen Aspekte, die mit *force majeure* einhergehen, zusammengefasst sind.[13] Typische Situationen von *force majeure* sind danach die unterschiedlichen Formen internationaler und nicht-internationaler Konflikte, aber auch unter anderem Pandemien. Gerade im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie haben *force majeure*-Klauseln in internationalen Lieferverträgen große Aktualität erlangt.[14]

Das gilt erst recht für die militärische Aggression Russlands gegenüber der Ukraine seit dem 24. Februar 2022 und (Gas-)Lieferverträge, die vor diesem Zeitpunkt geschlossen wurden. Auf viele vertragliche Beziehungen im internationalen Handelsverkehr hat der Ukraine-Konflikt Auswirkungen, die zu Leistungsstörungen führen. *Force majeure*-Regelungen des jeweils einschlägigen Vertrages bzw. anwendbaren Rechts können hier gegebenenfalls zur Lösung der eingetretenen Leistungsstörungssituation beitragen. Das gilt ebenso für Leistungsstörungen, die aus den weitreichenden Sanktionen, die die EU und andere Staaten gegenüber Russland

10 Statt vieler *Dishev/Hoffmann*, NJOZ 2022/48, S. 1473 ff.; *Denison*, Journal of World Energy Law 2011/2, S. 88 ff.
11 *Dishev/Hoffmann*, NJOZ 2022/48, S. 1473.
12 https://de.wikipedia.org/wiki/Gazprom (27.9.2023).
13 https://iccwbo.org/news-publications/icc-rules-guidelines/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/ (27.9.2023).
14 *Denison*, Journal of World Energy Law 2011/2, S. 88 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2023-4-654 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ergriffen haben, resultieren. Einzelheiten hierzu sollen vorliegend nicht weiter vertieft werden.[15] Vielmehr ist auf den Ausgangspunkt der Überlegungen, die diesem Beitrag zugrunde liegen, zurückzukehren. Es stellt sich die Frage, ob auch Unternehmen, die konkret in russischem Eigentum stehen bzw. an denen der russische Staat zumindest Mehrheitsgesellschafter ist – wie insbesondere Gazprom –, sich ihrerseits auf *force majeure* berufen können. Auf die sprechende Relevanz mit Blick auf Leistungsstörungen in Bezug auf Gaslieferungen aus Russland wurde bereits hingewiesen.

Auf den ersten Blick erscheint es irritierend, einem Staatsunternehmen eine Leistungsbefreiung aufgrund von *force majeure* gewähren zu wollen, wenn doch das Ereignis, das das Leistungshindernis begründet, vom Staat selbst, der eben Eigentümer des Unternehmens ist, ausgeht. Wie mit einer solchen Situation umzugehen ist, haben die internationale Schiedsgerichtsbarkeit und nationale Gerichte schon vor vielen Jahrzehnten beschäftigt. Die maßgeblichen Entscheidungen hierzu resultieren aus der Zeit des kalten Krieges, die durch eine umfassende Staatswirtschaft in den ehemaligen sozialistischen Staaten der Sowjetunion und insgesamt des Rates für Gegenseitige Wirtschaftshilfe (RGW) gekennzeichnet war. Bis heute *leading case* ist die Entscheidung des damaligen House of Lords vom 6. Juli 1978 in der Rechtssache *Rolimpex*.[16] Dem Rechtsstreit, der damals zur Entscheidung anstand, lag eine vertragliche Beziehung zwischen *Rolimpex*, einem polnischen Staatshandelsunternehmen, und *Czarnikow Ltd*., einem britischen Unternehmen, zu Grunde, die die Lieferung von insgesamt 11.000 t Zucker zum Gegenstand hatte. Das polnische Staatsunternehmen *Rolimpex* lieferte 6.000 t Zucker und unterbrach die weitere Lieferung anschließend. Hintergrund war eine im Jahr 1974 vom polnischen Handelsministerium unterschriebene Anordnung (Resolution), mit der ein Exportverbot für Zucker ausgesprochen wurde. Polen hatte damals witterungsbedingt einen großen Ausfall in der Zuckerrübenernte zu verzeichnen. Es bestand die Befürchtung, dass man die heimische Zuckerversorgung nicht sicherstellen könne. Im Rechtsstreit im Hinblick auf die Nichterfüllung der Lieferpflicht berief sich *Rolimpex* auf *force majeure*. Dem ist das House of Lords im Wesentlichen gefolgt. Die Lordrichter stellten im Kern fest, dass *Rolimpex* nach polnischem Recht eine eigenständige, also vom Staat unabhängige Rechtspersönlichkeit sei. Das zuständige polnische Ministerium hatte zwar durchaus die Möglichkeit, *Rolimpex* unmittelbare Handlungsanweisungen zu erteilen, doch wurden wirtschaftliche Entscheidungen vom Unternehmen einseitig und unabhängig getroffen. Dies war aus Sicht des House of Lords ausreichend, um *Rolimpex* die Möglichkeit der Berufung auf *force majeure* aufgrund des Handelns der polnischen Regierung zu eröffnen.[17] Bereits 1958 hatte die Außenhandelsschiedskommission der damaligen Sowjetunion in einem vergleichbar gelagerten

15 Siehe z.B. *Dishev/Hoffmann*, NJOZ 2022/48, S. 1473 ff.; *Bernardi*, UKuR 2022/12, S. 435 ff.

16 *Czarknikow Ltd. v. Centrala Handlu Zagranicznego "ROLIMPEX"* [1978] 2 Lloyd's Rep. 305. HOUSE OF LORDS.

17 Hierzu und zu weiteren Details z.B. *Maravilla*, The Journal of International and Comparative Law at Chicago-Kent 2002, S. 84 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2023-4-654 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fall, der einen Streit über Leistungspflichten eines sowjetischen Außenhandelsunternehmens als Staatsunternehmen gegenüber einer israelischen Gesellschaft betraf, ähnlich entschieden. Auch hier wurde aufgrund der rechtlichen Eigenständigkeit der sowjetischen Gesellschaft die Berufung auf *force majeure* für zulässig erklärt.[18]

Auf der Grundlage der genannten und weiterer Entscheidungen hat Karl-Heinz Böckstiegel frühzeitig folgende drei Voraussetzungen formuliert, unter denen sich ein Staatsunternehmen auf *force majeure* berufen kann:[19] erstens muss das Staatsunternehmen eine eigenständige, vom Staat unabhängige Rechtssubjektivität haben; weiterhin darf das Staatsunternehmen im Hinblick auf den *force majeure*-Umstand nicht in kollusivem Zusammenwirken mit dem Staat, der hinter ihm steht, stehen; schließlich, drittens, muss das maßgebliche staatliche Handeln, das den *force majeure*-Umstand begründet, Ausdruck staatlicher Souveränität sein, mit anderen Worten darf es keinen Bezug zu wirtschaftlichen Interessen des maßgeblichen Staatsunternehmens haben. Die genannten drei Voraussetzungen sind heute in Rechtsprechung und wissenschaftlichem Schrifttum anerkannt.[20]

C. *Force majeure*, Staatsunternehmen und völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit

Die strikte Trennung zwischen Staat und Unternehmen, selbst wenn es sich um ein Staatsunternehmen handelt, die der *force majeure*-Doktrin im dargestellten Kontext ersichtlich zugrunde liegt, ist auf den ersten Blick plausibel und überzeugend. Sie steht im Einklang mit fundamentalen Grundsätzen des Rechts der Staatenverantwortlichkeit, wie sie sich in den ILC Articles on State Responsibility[21] finden. Auch dort wird strikt zwischen staatlichem und privatem Handeln unterschieden (*public/private divide*). Das zeigt sich besonders deutlich beim Blick auf die Zurechnungsregeln im Recht der Staatenverantwortlichkeit. Art. 4 ILC Articles befasst sich ausschließlich mit Staatsorganen, bei Art. 5 ILC Articles geht es um Entitäten, die staatliche Autorität, also Hoheitsgewalt im klassischen Sinne ausüben. Art. 8 ergänzt dies dahingehend, dass sonstige Personen erfasst werden, soweit diese in der konkreten entsprechenden Handlung unter direkter Kontrolle bzw. Anweisung des Staates standen. Die ILC hat in der Gesamtschau dieser zentralen Regelung zur Zurechenbarkeit auch Aussagen zu Staatsunternehmen getroffen. Für sie stand fest, dass die Gründung eines Unternehmens durch einen Staat bzw. seine Eigentümerstellung nicht ausreichen, um eine Zurechenbarkeit zu begründen; vielmehr sei

18 *Maravilla*, The Journal of International and Comparative Law at Chicago-Kent 2002, S. 85.

19 *Böckstiegel*, in: 60 Years of ICC Arbitration, S. 117 ff.; ders., Arbitration and State Enterprises, S. 37–48.

20 Siehe z.B. *Maravilla*, The Journal of International and Comparative Law at Chicago-Kent 2002, S. 82 ff.

21 Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, verfügbar unter: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf (27.9.2023).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2023-4-654 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

grundsätzlich von einer generellen Unterscheidung von Staat und Staatsunternehmen auszugehen. Wörtlich heißt es:

> Questions arise with respect to the conduct of companies or enterprises which are State-owned and controlled. If such corporations act inconsistently with the international obligations of the State concerned the question arises whether such conduct is attributable to the State. In discussing this issue it is necessary to recall that international law acknowledges the general separateness of corporate entities at the national level, except in those cases where the 'corporate veil' is a mere device or a vehicle for fraud or evasion. The fact that the State initially establishes a corporate entity, whether by a special law or otherwise, is not a sufficient basis for the attribution to the State of the subsequent conduct of that entity. Since corporate entities, although owned by and in that sense subject to the control of the State, are considered to be separate, prima facie their conduct in carrying out their activities is not attributable to the State unless they are exercising elements of governmental authority (…).[22]

Mit dieser rein völkerrechtlichen Theorie einer grundsätzlichen Trennung von Staatsunternehmen und Staat steht die zivilrechtliche *Rolimpex*-Rechtsprechung offensichtlich im Einklang. Auch sie stellt im Hinblick auf *force majeure*-Klauseln darauf ab, dass Staatsunternehmen grundsätzlich eben nicht einem Staat zugerechnet werden können und daher umgekehrt das Handeln eines Staates ein vom Unternehmen unabhängiges, also auch nicht zu vertretendes *force majeure*-Ereignis begründen kann.

D. Staat und Staatsunternehmen im Investitionsschutzrecht und im WTO-Recht

I. Investitionsschutzrecht

Auch in anderen Bereichen des internationalen Wirtschaftsrechts sind die Überlegungen der ILC zur Trennung von Staatsunternehmen und Staat aufgegriffen worden. Im Bereich der Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit stellt sich die Frage nach der rechtlichen Einordnung eines Staatsunternehmens regelmäßig im Hinblick auf die Voraussetzungen der Aktiv-, zum Teil aber auch der Passivlegitimation in einem Schiedsgerichtsverfahren. Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren setzen auf der Seite des Klägers unabdingbar einen „privaten" Investor voraus. Mit anderen Worten darf es sich bei einem entsprechenden Schiedskläger nicht um einen Staat handeln, da für Staat-Staat-Streitbeilegungsverfahren regelmäßig gesonderte Regeln vorgesehen sind. Die klassische Aussage hierzu, im Sinne der genannten Trennungstheorie, geht auf Aron Broches, den „Vater" der ICSID-Konvention, zurück:

> for the purposes of the Convention a mixed economy company or government-owned corporation should not be disqualified as a 'national of another Contracting State' un-

22 Yearbook of the International Law Commission 2001, S. 48; *Crawford*, S. 112 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2023-4-654 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> less it is acting as an agent for the government or is discharging an essential governmental function.[23]

Besondere Bedeutung kommt dieser Broches-Formel unter anderem bei Klagen von Staatsfonds[24] im Hinblick auf von ihnen getätigte Investitionen in Drittstaaten zu. Von Ausnahmefällen abgesehen, wird die Klageberechtigung von Staatsfonds oder sonstigen Staatsunternehmen im Sinne der Trennungstheorie regelmäßig bejaht. Auch im umgekehrten Fall, bei dem sich die Frage stellt, ob auf der Beklagtenseite tatsächlich ein Staat verantwortlich ist oder es „nur" um ein Staatsunternehmen auf Beklagtenseite geht, wird in der schiedsgerichtlichen Rechtsprechung strikt im Sinne der Trennungstheorie judiziert. Beispielsweise kann hier auf das Verfahren *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. vs Republic of Turkey* verwiesen werden. Es ging in dem Verfahren u.a. um die Frage, ob ein türkisches Unternehmen in jedenfalls indirektem Staatseigentum dem türkischen Staat als Beklagtem zugerechnet werden könne. Das Schiedsgericht führte hierzu aus:

> [para. 289] The position of the Tribunal is that, whilst state ownership may, in certain circumstances, be a factor relevant to the question of attribution, it does not convert a separate corporate entity into an 'organ' of the State". [para. 309] However, the relevant enquiry remains whether Emlak was being directed, instructed or controlled by [the Turkish Government] with respect to the specific activity of administering the Contract … in the sense of sovereign direction, instruction or control rather than the ordinary control exercised by a majority shareholder acting in the company's perceived commercial best interests.[25]

Wie ersichtlich, wird also auch hier auf die Trennungstheorie abgestellt.

II. WTO-Recht

Besonders heftige politische Reaktionen hat die Anwendung der Trennungstheorie im Kontext des Rechts der Welthandelsorganisation (WTO) erfahren. Der Streitpunkt betraf und betrifft letztlich bis heute die Frage, ob finanzielle Zuwendungen durch Wirtschaftssubjekte, die nicht Staatsorgane sind oder rechtliche Hoheitsgewalt ausüben, aber durch Eigentumsverhältnisse oder sonstige Umstände unter staatlichem Einfluss stehen, als im Ergebnis Subventionen nach dem Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (SCM) der WTO gewertet werden können. Im Kern handelt es sich hierbei um eine Frage nach der Ausgestaltung der chinesischen Wirtschaftsordnung. Im konkreten Detail geht es dabei u.a. um die Auslegung von Art. 1.1.(a)(1) SCM-Übereinkommen und den dortigen Begriff „public body". Der WTO Appellate Body hat unter anderem in der Entscheidung *United States - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Cer-*

23 Abdruck in: *Broches*, S. 202.
24 Ausführlich zu Staatsfonds im Investitionsschutzrecht *Tietje*, Investment Law and Sovereign Wealth Funds.
25 *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. vs Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award of 10 March 2014.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2023-4-654 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tain Products from China festgestellt, dass public body "must be an entity that possesses, exercises or is vested with governmental authority".[26] Diese, auch in anderen Entscheidungen bestätigte, allerdings später durchaus präzisierte[27] Rechtsprechung des Appellate Body führt im Ergebnis dazu, dass zahlreiche Wettbewerbsverzerrungen aufgrund finanzieller Eingriffe der chinesischen Regierung in das dortige Marktgeschehen nicht als Subventionen untersucht werden können. Für die USA war diese restriktive Rechtsprechung, die in ihrer Grundanlage offensichtlich in Übereinstimmung steht mit den genannten völkerrechtlichen Zurechnungsgrundsätzen der Trennungstheorie, zusammen mit weiteren Kritikpunkten Anlass, die Neubesetzung von Mitgliedern des Appellate Body zu blockieren.[28] Dies hat bekanntlich dazu geführt, dass seit Dezember 2019 der Appellate Body handlungsunfähig war, da er weniger als drei Mitglieder hatte. Seit dem 1. Dezember 2020 gibt es kein einziges Mitglied des Appellate Body mehr; de facto existiert dieser nicht mehr.

E. Neuere Rechtsentwicklungen: Überwindung der Trennungsdoktrin?

Die Trennung von Staatsunternehmen und Staat, die sich im (privaten) internationalen Handelsrecht, im klassischen Völkerrecht der Staatenverantwortlichkeit und in Spezialbereichen des internationalen Wirtschaftsrechts zeigt, führt offensichtlich zunehmend zu ordnungspolitischen Herausforderungen. Die sich intensivierende direkte oder subtile Einflussnahme von Staaten auf Wirtschaftsaktivitäten gleich aufgrund welcher partikularen oder globalen Gemeinwohlinteressen bedingt in wirtschaftspolitischer Perspektive Wettbewerbsverzerrungen. Lässt man einmal das nationale bzw. EU-Wettbewerbsrecht außen vor, fällt es schwer entsprechende Wettbewerbsverzerrungen, die auf staatliches Handeln zurückgehen, mit den bekannten Instrumentarien des internationalen Wirtschaftsrechts regulatorisch zu erfassen. Das gilt selbst für die übergeordnete politische Überlagerung internationaler Wirtschaftsbeziehungen. Diese kann, wie die Beispiele zu internationalen oder nicht-internationalen bewaffneten Konflikten, globaler Pandemie oder vermeintlichen nationalen Sicherheitsinteressen im Hochtechnologie- oder Rohstoffbereich zeigen, dazu führen, dass eine Befreiung von Leistungspflichten von Unternehmen, die im Staatseigentum stehen, eintritt. Für rein private Wirtschaftsakteure, die mit Staatsunternehmen vertragliche Leistungsbeziehungen haben, führen solche Szenarien zu erheblicher Unsicherheit, was wiederum erhöhte Transaktionskosten und damit Wohlfahrtsverluste bedingt.

26 *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China* (2011) WT/DS379/AB/R, Rn. 317.

27 Ausführlich *Vidigal*, Journal of International Trade and Arbitration Law 2017, Special Issue, S. 133 ff.

28 Siehe z.B. *Gao*, S. 3; United States Trade Representative, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, February 2020, S. 82 ff., verfügbar unter: https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf (27.9.2023).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2023-4-654 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diese, aus wirtschaftspolitischer Sicht unbefriedigende Situation hat bereits seit einiger Zeit auf internationaler Ebene zu neuen regulatorischen Ansätzen geführt. Schon seit längerer Zeit finden sich so zunächst in einzelnen bilateralen Freihandelsabkommen Regelungen auch zu Staatsunternehmen. Eine erste Kategorie stellen hierbei Regelungen dar, die die Vertragsparteien verpflichten, ihr nationales Wettbewerbsrecht auf Staatshandelsunternehmen anzuwenden. Weitere Vorschriften in einzelnen Freihandelsabkommen bestimmen, dass die Verpflichtungen der Vertragsparteien auch für Staatshandelsunternehmen gelten, die einzelne hoheitliche Aufgaben im Anwendungsbereich des Freihandelsabkommens wahrnehmen. Das geht einher mit Regelungen, die die rudimentären Regeln des Art. XVII GATT 1947 zur Wettbewerbsneutralität von Staatshandelsunternehmen konkretisieren und erweitern. Eine vierte Kategorie umfasst Vorschriften, die die Vertragsparteien verpflichten keine Maßnahmen zu ergreifen, die zu einer Vorzugsbehandlung von Staatsunternehmen im Warenhandels- oder Dienstleistungssektor führen. Auch hier geht es also vereinfacht gesagt um die Sicherstellung wettbewerbspolitischer Neutralität. Vergleichbare, wenngleich auch nicht so detaillierte und umfassende Regelungen finden sich auch in einzelnen bilateralen Investitionsschutzabkommen, soweit es u.a. um das Verbot bestimmter Auflagen für ausländische Investoren im Hinblick auf notwendige Geschäftsbeziehung zu Staatsunternehmen geht.[29] Der Modellinvestitionsschutzvertrag der USA aus dem Jahre 2012[30] hat hier eine gewisse Vorreiterrolle.[31]

Noch einen Schritt weiter gehen Ansätze in regionalen Handelsabkommen. Besonders zu nennen ist hier das Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP). Es enthält ein eigenständiges Kapitel (Chapter 17) zu Staatsunternehmen und wird von vielen Beobachtern als wegweisend zur Weiterentwicklung internationaler wirtschaftsrechtlicher Regelung zu Staatsunternehmen angesehen.[32] Andere regionale Freihandelsabkommen wie das USA, Mexiko, Kanada Übereinkommen (USMCA)[33] (dort Kapitel 22) oder der Entwurf eines EU-Mercosur Übereinkommens[34] folgen im Wesentlichen den Regeln im CPTPP. Ohne auf Details einzugehen, sind die entsprechenden Regelungen so aufgebaut, dass zunächst eine recht weite Definition von erfassten Staatsunternehmen angewandt wird. Im Wesentlichen geht es dabei um Unternehmen, die entweder zu mehr als 50% im Eigentum eines Staates stehen oder aber dieser zumindest eine wie auch immer geartete sonstige kontrollierende Einflussnahme auf das Unternehmen, gegebenenfalls auch als Minderheitsgesellschafter hat. Neben den bekannten Rege-

29 Ausführlich zum Vorstehenden *Nakagawa*, Regulatory Harmonization, S. 9 ff.
30 Verfügbar unter: https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf (27.9.2023).
31 Einzelheiten bei *Nakagawa*, S. 14.
32 *Zhou*, JIEL 2021/3, S. 572 m.w.N.
33 Text verfügbar unter: https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between (27.9.2023).
34 Text verfügbar unter: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mercosur/eu-mercosur-agreement/text-agreement_en (27.9.2023).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2023-4-654 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lungen zur Nichtdiskriminierung und Wettbewerbsgleichheit wird insbesondere sogenannte *non-commercial assistance* von Staaten an die entsprechenden Staatsunternehmen verboten. Darunter werden verschiedene, in erster Linie nichtmonetäre Vergünstigungen, die zu negativen Auswirkungen auf die Wettbewerbsgleichheit im Markt führen, von Staaten zugunsten von Staatsunternehmen gezählt. Parallel hierzu wird schon seit mehreren Jahren in einer gemeinsamen Anstrengung der EU, Japan und der USA versucht, im Rahmen der WTO eine weitreichendere Anwendbarkeit der Disziplinen zu Subventionen namentlich auf chinesische Staatsunternehmen zu erreichen.[35]

F. Ausblick

Es ist nicht notwendig, vorliegend die neuere Rechtsentwicklung im Hinblick auf Staatsunternehmen in bilateralen und plurilateralen Handelsabkommen im Detail zu analysieren.[36] Vielmehr reicht es deutlich zu machen, dass dem klassischen Völkerrecht entsprechende Vorstellungen einer strikten Trennung von Staat und Staatsunternehmen zunehmend zu wirtschaftspolitischen und letztlich auch rechtsdogmatischen Problemen führen. Das wurde in der internationalen Staatenpraxis erkannt. Erste Ansätze zur Überwindung der Jahrzehnte alten strikten Trennung von Staat und Staatsunternehmen sind vorhanden. Die rechtspolitische Entwicklung ist hier noch längst nicht abgeschlossen. Das könnte auch Auswirkungen auf die Auslegung und Anwendung von *force majeure*-Klauseln in privatrechtlichen Lieferverträgen haben. Auch diese werden, soweit es um Staatsunternehmen geht, bislang im Sinne der klassischen strikten Trennung von Staat und Staatsunternehmen interpretiert. Ob das in einer Situation wie insbesondere auf Gazprom und den russischen Angriffskrieg gegenüber der Ukraine bezogen noch rechtsdogmatisch und rechtspolitisch überzeugt, kann bezweifelt werden. Ohnehin stellt sich die Frage, ob ein offensichtlich völkerrechtswidriges Handeln eines Staates jemals legitimer Grund für eine *force majeure*-Situation sein kann, zumal wenn es um einen Wirtschaftssektor geht, in dem das maßgebliche Staatsunternehmen zentral zur Staatsfinanzierung insgesamt beiträgt. Damit wäre dann aber ein neues Thema zur Diskussion eröffnet, vielleicht ja einmal mit Torsten Stein.

35 Siehe hierzu Joint Statement on Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, Japan, and the European Union, 26 September 2018, verfügbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_18_5915 (27.9.2023).

36 Siehe u.a. *Zhou*, JIEL 2021/3, 572 ff.; *Nakagawa*; OECD, Government support and state enterprises in industrial sectors – An overview, Paris 2023, verfügbar unter: https://one.oecd.org/document/TAD/TC(2022)9/FINAL/en/pdf (27.9.2023); *Borlini*, Leiden Journal of International Law 2020/2, S. 313 ff.; *Su*, Journal of World Trade 2023/3, S. 531 ff.; *Matsushita*, German Law Journal 2023/1, S. 243 ff.; *Willemyns*, JIEL 2016/3, S. 657 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2023-4-654 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bibliographie:

BERNARDI, FRANK J., *Der Ukraine-Krieg als Fall der Force Majeure im deutschen Recht*, UKuR 2022, Heft 12, S. 435–437

BÖCKSTIEGEL, KARL-HEINZ, *Arbitration and State Enterprises*, Den Haag, 1984

BÖCKSTIEGEL, KARL-HEINZ, *The Legal Rules Applicable in International Commercial Arbitration Involving States or State-Controlled Entities*, in: 60 Years of ICC Arbitration – A Look at the Future Paris, 1984, S. 117–140

BORLINI, LEONARDO, *The Leviathan goes to the market: A critical evaluation of the rules governing state-owned enterprises in trade agreements*, Leiden Journal of International Law, 2022, Jg. 33, Heft 2, S. 313–334

BROCHES, ARON, *Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Dordrecht, 1995

CRAWFORD, JAMES, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2002

DENISON, M. J., *Force majeure clauses in LNG sales and purchase agreements: how do they stand up during the Covid-19 pandemic?*, Journal of World Energy Law, 2011, Jg. 14, Heft 2, S. 88–99

DISHEV, MIHAIL/HOFFMANN, PHILIPP, *Ukraine-Krieg, EU-Sanktionen und Inflation als Act of God/Force Majeure/Höhere Gewalt?*, Neue Juristische Online Zeitung, 2022, Heft 48, S. 1473–1478

GAO, HENRY S., *A Rule-based Solution to the Appellate Body Crisis, and Why the MPIA Would Not Work*, 2021, verfügbar auf: SSRN: https://ssrn.com/abstract=3767926 (27.9.2023)

HAYWOOD, KIRK, *The Treatment of State Enterprises in the WTO & Plurilateral Trade Agreements*, Emerging Issues Briefing Note (3), The Commonwealth Secretariat, März 2016, verfügbar unter: https://production-new-commonwealth-files.s3.eu-west-2.amazonaws.com/migrated/inline/StateOwned%20EnterprisesTPP1008.pdf (27.9.2023)

MARAVILLA, CHRISTOPHER S., *The Ability of a State-Owned Enterprise to Declare Force Majeure Based Upon Actions of the State*, The Journal of International and Comparative Law at Chicago-Kent, 2022, Jg. 2, S. 82–90, verfügbar auch auf SSRN: https://ssrn.com/abstract=2924185 (27.9.2023)

MATSUSHITA, MITSUO, *Interplay of Competition Law and Free Trade Agreements in Regulating State-Owned Enterprises*, German Law Journal, 2023, Jg. 24, Heft 1, S. 243–268, verfügbar unter: doi:10.1017/glj.2023.8

NAKAGAWA, JUNJI, *Regulatory Harmonization Through FTAs and BITs: Regulation of State Owned Enterprises (SOEs)*, July 10, 2012, Society of International Economic Law (SIEL), 3rd Biennial Global Conference, verfügbar auf SSRN: https://ssrn.com/abstract=2103237 (27.9.2023)

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2023-4-654 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

SU, XUEJI, *From Effect to Behaviour: Regulating State-Owned Enterprises as Competitors in Trade Agreements*, Journal of World Trade, 2023, Jg. 57, Heft 3, S. 531–554

TIETJE, CHRISTIAN, *Investment Law and Sovereign Wealth Funds*, in: Bungenberg, Marc; Griebel, Jörn; Hobe, Stephan; Reinisch, August (eds.), International Investment Law, Baden-Baden/München/Oxford 2015, S. 1802–1816

TIETJE, CHRISTIAN, *Transnationales Wirtschaftsrecht aus öffentlich-rechtlicher Perspektive*, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft – Archiv für Internationales Wirtschaftsrecht, 2022, Jg. 101, Heft 4, S. 404–420

TIETJE, CHRISTIAN/SACHER, VINCENT, *The New Anti-Dumping Methodology of the European Union: A Breach of WTO Law?*, in: Bungenberg, Marc; Hahn, Michael; Herrmann, Christoph; Müller-Ibold, Till (Hrsg.) The Future of Trade Defence Instruments. European Yearbook of International Economic Law, Berlin u.a., 2018, S. 89–105

VIDIGAL, GERALDO, *Attribution in the WTO: the Limits of "Sufficient Government Involvement"*, Journal of International Trade and Arbitration Law, Special Issue, 2017, Jg. 6, S. 133–160

WILLEMYNS, INES, *Disciplines on State-Owned Enterprises in International Economic Law: Are We Moving in the Right Direction?*, Journal of International Economic Law, 2016, Jg. 19, Heft 3, S. 657–680

ZHOU, WEIHUAN, *Rethinking the (CP)TPP as a Model for Regulation of Chinese State-Owned Enterprises*, Journal of International Economic Law, 2021, Jg. 24, Heft 3, S. 572–590

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2023-4-654 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY