

Band 18

Schriften zum Transnationalen Wirtschaftsrecht

(n.F.)

Herausgegeben von

Christian Tietje
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

und

Matthias Lehmann
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Philipp Schön

Grenzen der Gestaltungsfreiheit bei der rechtlichen Strukturierung von Auslandsinvestitionen

– Untersuchung investitionsschutzrechtlicher Fragen
unter Berücksichtigung des Doppelbesteuerungsrechts –

Philipp Schön wurde am 14.2.1981 in Bielefeld geboren. Zwischen 2000 und 2006 studierte er Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen, der Universidad de Alicante und der Universität Hamburg. Von 2007 bis 2009 war er Rechtsreferendar beim OLG Hamburg. Seit 2009 ist er als Rechtsanwalt zugelassen.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Halle, Univ., Diss., 2011

XLIX

© Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2012

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

ISBN 978-3-86977-048-2

Vorwort

Bei der vorliegenden Arbeit handelt es sich um die überarbeitete Fassung meiner im Sommer 2011 von der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät, Juristischer Bereich, der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg angenommenen Dissertation.

Ich möchte mich ganz herzlich bei meinem Doktorvater, Prof. Dr. Christian Tietje, bedanken, der mir über den gesamten Zeitraum der Promotion mit Anregungen und wertvoller Kritik zur Seite stand. Ebenso danke ich ihm und Prof. Dr. Matthias Lehmann für die Aufnahme in die von ihnen herausgegebene Schriftenreihe. Prof. Dr. Christoph Ohler danke ich für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Herzlicher Dank gilt auch meinen Eltern, die meine Ausbildung stets großzügig unterstützt haben. Ebenso bedanke ich mich bei Johan Horst für zahlreiche fruchtbare Diskussionen und kritisches Korrekturlesen. Zuletzt und ganz besonders bedanke ich mich bei meiner Frau Anca, die mich tatkräftig unterstützt und maßgeblichen Anteil am Gelingen der Arbeit hat. Ihr widme ich diese Dissertation.

Berlin, im November 2012

Philipp Schön

Inhaltsübersicht

1. Teil:	
Einführung in den Untersuchungsgegenstand	19
A. Problemstellung	19
B. Ansatz	27
2. Teil:	
Gestaltungsfreiheit bei der Strukturierung von Auslandsinvestitionen	32
A. Das Phänomen der Gestaltungsfreiheit transnationaler Unternehmen	32
I. Manifestationen der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht	33
II. Betriebswirtschaftlicher Hintergrund	41
III. Volkswirtschaftlicher Hintergrund	43
IV. Wettbewerbstheoretischer Hintergrund	48
V. Grenzen der Gestaltungsfreiheit	59
B. Zwischenergebnis	62
3. Teil:	
Abkommensmissbrauch im Doppelbesteuerungsrecht	64
A. Missbrauchsbekämpfung im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen als Ausgangspunkt	64
I. Existenz von DBA	64
II. OECD-MA/OECD-MK	67

III.	Musterabkommen der USA	68
IV.	Steuerplanung und Steuermisbrauch	69
V.	Misbrauch von DBAs	74
B.	Zwischenergebnis	112
4. Teil:		
	Misbrauchsbekämpfung im Investitionsschutzrecht	116
A.	Investitions Garantien	117
I.	Nationale Investitions garantiert Programme	117
II.	Multilaterale Investitions garantiert Programme	122
III.	Zwischenergebnis	128
B.	Bilaterale Investitionsschutzabkommen	129
I.	Das wirtschaftspolitische Konzept der BITs	130
II.	Auslegung eines BIT	131
III.	Vereinheitlichung von BITs	134
IV.	Persönlicher Anwendungsbereich	142
V.	Sachlicher Anwendungsbereich	146
VI.	Angebot zur Durchführung eines Schiedsverfahrens	148
C.	Inanspruchnahme der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	148
I.	Art. 25 ICSID-Konvention	149
II.	Ausgewählte Schiedssprüche zum Abkommensmissbrauch	157
III.	Reduzierung auf Grundkonstellationen möglichen Abkommensmissbrauchs	257
IV.	Zusammenfassung und Bewertung der einzelnen Ansätze	261
V.	Zwischenergebnis	305
VI.	Misbrauchsverhinderung durch BIT-Klauseln	306
D.	Ergebnis	313
5. Teil:		
	Vergleich der Wertungen des Doppelbesteuerungs- und des Investitionsschutzrechts	317
A.	Vergleichbarkeit der Rechtsgebiete?	317

B.	Vergleich der einzelnen Lösungsansätze	320
I.	Missbrauchsklauseln	320
II.	Missbrauchsbekämpfung in Ermangelung spezieller Klauseln	323
C.	Gesamtergebnis	326
	Alphabetisches Verzeichnis der zitierten Schiedssprüche	329
	Literaturverzeichnis	335

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Inhaltsübersicht	7
Inhaltsverzeichnis	11
1. Teil:	
Einführung in den Untersuchungsgegenstand	19
A. Problemstellung	19
B. Ansatz	27
2. Teil:	
Gestaltungsfreiheit bei der Strukturierung von Auslandsinvestitionen	32
A. Das Phänomen der Gestaltungsfreiheit transnationaler Unternehmen	32
I. Manifestationen der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht	33
1. Die Holding	35
2. Schuldrechtliche Gestaltungen	38
3. Zwischenergebnis	40
II. Betriebswirtschaftlicher Hintergrund	41
III. Volkswirtschaftlicher Hintergrund	43
1. Freihandelstheorie	43
2. Beweglichkeit von Produktionsfaktoren und Direktinvestitionen ..	46

IV.	Wettbewerbstheoretischer Hintergrund	48
1.	Wirtschaft als spontane Ordnung	48
2.	Erklärungsansatz für Wirtschaftsgesetzgebung	50
a)	Souveränität	52
b)	Freiheitsrechte der Marktteilnehmer	54
3.	Konsequenzen des evolutionären Rechtsverständnisses	54
4.	Die Rolle privater Akteure	56
5.	Zusammenfassung	57
V.	Grenzen der Gestaltungsfreiheit	59
B.	Zwischenergebnis	62
3. Teil:		
	Abkommensmissbrauch im Doppelbesteuerungsrecht	64
A.	Missbrauchsbekämpfung im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen als Ausgangspunkt	64
I.	Existenz von DBA	64
II.	OECD-MA/OECD-MK	67
III.	Musterabkommen der USA	68
IV.	Steuerplanung und Steuermissbrauch	69
V.	Missbrauch von DBAs	74
1.	Erscheinungsformen des Abkommensmissbrauchs	75
2.	Möglichkeiten der Missbrauchsbekämpfung	83
a)	Verhinderung von Missbrauch durch spezielle Klauseln	83
aa)	Vorschläge der OECD	83
(1)	Transparenzklausel	83
(2)	Durchlaufklausel	84
(3)	Bona-fide Klausel als Korrektiv	85
(4)	Aktivitätsklausel als Korrektiv	86
(5)	Börsenklausel als Korrektiv	86
(6)	Alternative Entlastungsklausel als Korrektiv	87
bb)	Konzept des Nutzungsberechtigten (Art. 10 OECD-MA)	87
cc)	Limitation on benefits (MA-DBA USA Art. 22; Art. 28 DBA Deutschland – USA)	89
dd)	Aktivitätsklauseln	94
ee)	Zwischenergebnis	95
a)	Verhinderung von Missbrauch durch Auslegung in Ermangelung spezieller Klauseln	97
aa)	Vertragsauslegung im Völkerrecht	97
aa)	Begrenzung des Anwendungsbereichs von DBAs durch nationale Steuergesetze	101

bb)	Zweckorientierte Auslegung von DBA	101
cc)	Verhinderung von Missbrauch unter Berufung auf außerhalb des DBA liegende Rechtssätze	103
(1)	Missbrauchsvorbehalt als Völkergewohnheitsrecht ..	104
(2)	Allgemeiner Rechtsgrundsatz des Missbrauchsverbots	105
(3)	Beachtung von Treu und Glauben	108
b)	Lösung durch Verständigungsverfahren	112
B.	Zwischenergebnis	112
4. Teil:		
	Missbrauchsbekämpfung im Investitionsschutzrecht	116
A.	Investitionsgarantien	117
I.	Nationale Investitionsgarantieprogramme	117
1.	USA	117
2.	Deutschland	119
3.	Großbritannien	120
II.	Multilaterale Investitionsgarantieprogramme	122
1.	Inter-Arab Investment Guarantee Corporation	122
2.	MIGA	125
III.	Zwischenergebnis	128
B.	Bilaterale Investitionsschutzabkommen	129
I.	Das wirtschaftspolitische Konzept der BITs	130
II.	Auslegung eines BIT	131
III.	Vereinheitlichung von BITs	134
IV.	Persönlicher Anwendungsbereich	142
V.	Sachlicher Anwendungsbereich	146
VI.	Angebot zur Durchführung eines Schiedsverfahrens	148
C.	Inanspruchnahme der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	148
I.	Art. 25 ICSID-Konvention	149
1.	Das wirtschaftspolitische Konzept der ICSID-Konvention	149
2.	Persönlicher Anwendungsbereich	151
a)	Natürliche Personen	151
b)	Juristische Personen	152
aa)	Ausländische Juristische Personen	152
bb)	Inländische juristische Personen	154
3.	Konsensuales Element	155

4.	Sachlicher Anwendungsbereich	156
5.	Zeitlicher Anwendungsbereich	157
6.	Beweislast	157
II.	Ausgewählte Schiedssprüche zum Abkommensmissbrauch	157
1.	Zur faktischen Präcedenzwirkung von Schiedssprüchen	158
2.	SOABI vs. Senegal	159
a)	Mehrheitsentscheidung	159
b)	Minderheitsvotum	160
c)	Stellungnahme	161
3.	Amco vs. Indonesia	163
a)	Entscheidung	163
b)	Stellungnahme	164
4.	Autopista Concesionada vs. Venezuela	164
a)	Entscheidung	164
b)	Stellungnahme	169
5.	Tokios Tokelés vs. Ukraine	169
a)	Mehrheitsentscheidung	169
b)	Minderheitsvotum	172
c)	Stellungnahme	173
6.	Saluka vs. Czech Republic	181
a)	Entscheidung	181
b)	Stellungnahme	184
7.	Rompetrol vs. Romania	186
a)	Entscheidung	186
b)	Stellungnahme	191
8.	ADC vs. Hungary	193
a)	Entscheidung	193
b)	Stellungnahme	195
9.	Aguas del Tunari vs. Bolivia	197
a)	Mehrheitsentscheidung	197
b)	Minderheitsvotum	201
c)	Stellungnahme	202
10.	Siag vs. Egypt	205
a)	Mehrheitsentscheidung	205
b)	Minderheitsvotum	206
c)	Stellungnahme	206
11.	TSA vs. Argentina	210
a)	Mehrheitsentscheidung	210
b)	Beipflichtendes Votum	213
c)	Minderheitsvotum	214
d)	Stellungnahme	215
12.	Inceysa vs. El Salvador	220
a)	Entscheidung	220
b)	Stellungnahme	223
13.	Phoenix Action vs. Czech Republic	228

a) Entscheidung	228
b) Stellungnahme	234
14. Mobil vs. Venezuela	236
a) Entscheidung	236
b) Stellungnahme	240
15. Cementownia vs. Turkey	244
a) Entscheidung	244
b) Stellungnahme	246
16. Fakes vs. Turkey	248
a) Entscheidung	248
b) Stellungnahme	250
17. Alps Finance and Trade AG vs. Slovak Republic	252
a) Entscheidung	252
b) Stellungnahme	254
III. Reduzierung auf Grundkonstellationen möglichen	
Abkommensmissbrauchs	257
1. Beherrschung von ausländischen juristischen Personen	257
a) Beherrschung durch Ausländer	258
b) Beherrschung durch Inländer	258
2. Beherrschung von inländischen juristischen Personen	258
a) Ausländer	258
b) Inländer	258
3. Umstrukturierung vor Aufkommen einer Streitigkeit	258
4. Umstrukturierungen zwischen Aufkommen einer Streitigkeit und Einleitung des Schiedsverfahrens	259
5. Umstrukturierung nach Abschluss der Schiedsabrede	259
6. Rechtswidriges Handeln seitens des Investors	260
7. Zusammenfassung	260
IV. Zusammenfassung und Bewertung der einzelnen Ansätze	261
1. Vorfrage: Notwendigkeit einer Korrektur?	261
2. Vorfrage: Rechtfertigung für Korrektur des völkerrechtlichen Vertrages?	262
3. Vorfrage: Verhältnis von BITs und ICSID-Konvention	262
a) Prüfungsreihenfolge	263
b) BITs als <i>lex specialis</i> ?	263
4. Konsequenz für Nicht-ICSID-Schiedsverfahren	266
5. Teleologische Auslegung des BIT	268
a) Fehlende Zustimmung des Staates	268
b) Kein Investor im Sinne des BIT	268
c) Zwischenergebnis	269
6. Teleologische Auslegung von Art. 25 ICSID	270
a) Keine Investition im Sinne von Art. 25 ICSID	270
aa) Fehlender grenzüberschreitender Kapitalfluss	270
bb) Fehlende bona fide Investition	270
b) Kein Investor im Sinne von Art. 25 ICSID	271

7. Offenkundig absurdes Auslegungsergebnis?	275
8. Rechtsmissbrauch	276
a) veil piercing	277
b) estoppel	282
c) genuine link	286
d) Treu und Glauben	292
9. Zwischenergebnis	293
10. Inhaltliche Ausgestaltung des Grundsatzes von Treu und Glauben	295
a) Offenlegung	295
b) Zeitpunkt	296
c) Wirtschaftliche Rolle der Holding	298
d) Gesamtumstände der streitgegenständlichen Investition	299
e) Abschließende Bewertung	299
V. Zwischenergebnis	305
VI. Missbrauchsverhinderung durch BIT-Klauseln	306
1. Definition des Investors	306
2. Definition der Investition	307
3. DOB-Klauseln	308
4. Zwischenergebnis	312
D. Ergebnis	313
5. Teil:	
Vergleich der Wertungen des Doppelbesteuerungs-	
und des Investitionsschutzrechts	317
A. Vergleichbarkeit der Rechtsgebiete?	317
B. Vergleich der einzelnen Lösungsansätze	320
I. Missbrauchsklauseln	320
1. Starre Klauseln	320
2. Flexible Klauseln	321
3. Mischformen	322
4. Zwischenergebnis	322
II. Missbrauchsbekämpfung in Ermangelung spezieller Klauseln	323
1. Teleologische Auslegung	324
2. Heranziehung von Treu und Glauben	324
3. Zwischenergebnis	326
C. Gesamtergebnis	326

Alphabetisches Verzeichnis der zitierten Schiedssprüche 329

Literaturverzeichnis 335

1. Teil:

Einführung in den Untersuchungsgegenstand

A. Problemstellung

Transnationale Unternehmen¹ müssen sich vor der Tätigkeit einer Direktinvestition² neben den relevanten volks- und betriebswirtschaftlichen Fragen selbstverständlich auch mit den die Investition berührenden Rechtsnormen befassen und letztere im Rahmen einer betriebswirtschaftlichen Entscheidung auf etwaige Risiken untersuchen.

Auch wenn dies letztlich nur eine Frage der Akzentuierung ist, so erscheint es im Zeitalter der Globalisierung³ und des Wettbewerbs verschiedener Wirtschaftsstandorte um Direktinvestitionen angebracht, auch auf die Chancen hinzuweisen, welche die Ausnutzung des rechtlichen Gestaltungsspielraums im Rahmen einer Auslandsinvestition dem Unternehmen bietet. Das grenzüberschreitend tätige Unternehmen besitzt eine Fülle an rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, welche es zu prüfen hat, um die beabsichtigte Investition bestmöglich abzusichern. Dies sei durch die folgenden Fragestellungen illustriert:

Soll die Europazentrale eines US-amerikanischen transnationalen Unternehmens in Hamburg, London oder in Rotterdam gegründet werden? Welcher der zur Auswahl stehenden einzelnen nationalen Gesellschaftstypen entspricht am ehesten

-
- 1 Der Verfasser macht sich die von *Nowrot*, (Normative Ordnungsstruktur und private Wirkungsmacht, S. 98) aufgestellte Arbeitsdefinition des transnationalen Unternehmens zu eigen: „Transnationale Unternehmen sind alle nicht einem maßgeblichen staatlichen Einfluss unterliegenden, primär auf Gewinnerzielung ausgerichteten Wirkungseinheiten, deren Aktivitäten sich grundsätzlich nicht auf illegale Weise vollziehen und die über mehrere Gesellschaften oder andere unselbständige betriebliche Einheiten mit Sitz in mindestens zwei Staaten verfügen, welche durch die Möglichkeit einer zentralisierten Kontrolle durch ein oder mehrere Entscheidungszentren miteinander verbunden sind.“
 - 2 Eine Direktinvestition liegt vor, wenn eine Investition mit der Absicht verbunden ist, einen unmittelbaren Einfluss auf die Geschäftsführung eines ausländischen Unternehmens zu erlangen oder aufrechtzuerhalten; vgl. OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment – 4th Edition 2008.
 - 3 Globalisierung kann allgemein verstanden werden als gesellschaftliche Denationalisierung und faktische sowie rechtliche Entstaatlichung; siehe: *Tietje*, Int. Verwaltungshandeln, S. 165; *Hobe*, AVR 37 (1999), S. 253, 256 f.

den unternehmerischen Bedürfnissen? Soll der geplante Kraftwerksbau in der Türkei durch die deutsche Muttergesellschaft oder durch eine britische Tochtergesellschaft getätigt werden? In einem Fall werden steuerliche Erwägungen⁴, im anderen Fall Fragen der Geschäftsführer- und/oder Gesellschafterhaftung, oder der Vermeidung der Mitbestimmung durch Arbeitnehmer⁵ entscheidend sein. Im Fall des beabsichtigten Kraftwerksbaus in der Türkei wird die Möglichkeit, zusätzlichen Schutz der Investition durch Zugang zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit⁶ zu erlangen⁷, eventuell (mit-) entscheidend sein⁸. Diese Fragen verdeutlichen aus unternehmerischer Sicht das Gestaltungspotential, welches das Regelungsgefälle im Bereich des internationalen Wirtschaftsrechts⁹ mit sich bringt. Während im Fall des ersten Beispiels (Standort für Konzernzentrale) zu der rechtlichen auch eine tatsächliche Bewegung (etwa des Managements und weiterer Angestellter) kommt, kann es im Fall des zweiten Beispiels (EU-Scheinauslandsgesellschaft) nach Maßgabe der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit allein bei einer Errichtung einer ausländischen Gesellschaft bei (Weiter-) Betrieb des operativen Geschäfts im Heimatstaat bleiben. Im Rahmen des dritten Beispiels genügt nach

4 Auf dieses Motiv weist der Internationale Gerichtshof (nachfolgend: „IGH“) bereits in dem später zu besprechenden Urteil *Barcelona Traction (Belgium vs. Spain)*, Urteil vom 5. Februar 1970, ICJ Reports 1970, Rn. 99, hin.

5 Der Unternehmensmitbestimmung deutschen Rechts unterfallen nur die gesetzlich genannten Unternehmensträger unter der Bedingung, dass bestimmte Schwellenwerte der Arbeitnehmerzahl überschritten werden (vgl. §§ 1 Abs. 1, 4 MitbestG); nach dem Gesetzeswortlaut sind die Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung rechtsformspezifisch, d.h. sie erfassen nur Unternehmen, die in einer der abschließend genannten Rechtsformen (AG, KGaA, GmbH oder Genossenschaft) betrieben werden. Eine nach dem Recht eines anderen Unionsstaates gegründete Gesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland behält aber aufgrund der europarechtlich gebotenen Anerkennung ihre ausländische Rechtsform (Gründungstheorie). Darum fällt sie nicht in den Anwendungsbereich der Mitbestimmungsgesetze. Nach herrschender Ansicht kann daher ein Unternehmen seine Aktivitäten auf eine niederländische oder englische Kapitalgesellschaft übertragen, um die Anwendung der deutschen Regeln zur Unternehmensmitbestimmung zu vermeiden; vgl. hierzu die Ausführungen bei *Altmeyden*, in: *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG, Band 9b, 5. Kapitel, II, Nr. 1, Rn. 20 ff. und *Oetker*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, § 1 MitbestG, Rn. 1 ff. m.w.N. auch hinsichtlich der Gegenansicht.

6 ICSID = International Center of Settlement of Investment Disputes; siehe *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, 18. März 1965, ILM 4 (1965), S. 532; BGBl. 1969 II, S. 371.

7 Der deutsch-türkische Bilaterale Investitionsschutzvertrag (BIT) vom 20. Juni 1962, BGBl. 1968 II, S. 449, bietet Investoren nicht die Möglichkeit, ein ICSID-Verfahren gegen den Gaststaat durchzuführen; der britisch-türkische BIT vom 15. März 1991 hingegen gewährt Investoren nach Art. 8 ein solches Recht; dieser, wie auch alle weiteren in dieser Arbeit zitierten BITs sind, soweit nicht anderweitig gekennzeichnet, abrufbar unter www.unctadxi.org/templates/DocSearch___779.aspx.

8 Vgl. die Entscheidung *Aguas*, Rn. 330; im Anhang der Arbeit findet sich ein alphabetisches Verzeichnis aller in dieser Arbeit vorkommenden Schiedssprüche.

9 Zum Begriff des internationalen Wirtschaftsrechts eingehend *Hoffmann*, *Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts*, (nachfolgend: *Hoffmann*), S. 1 ff.; *Tietje*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, § 1, Rn. 1 ff.

dem Wortlaut des einschlägigen bilateralen Investitionsschutzabkommens zwischen Großbritannien und der Türkei die Errichtung einer funktionslosen Gesellschaft¹⁰, um die Abkommensberechtigung und damit auch den Zugang zur ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit zu erlangen.

Das Unternehmen bleibt also in den letztgenannten beiden Fällen mitsamt seiner Produktionsfaktoren am selben Ort. Es wählt eine *rechtliche* Gestaltung, um den Nutzen aus seiner Tätigkeit zu maximieren. Von besonderem Interesse sind in diesem Zusammenhang gesellschaftsrechtliche Konstruktionen, insbesondere Holdingstrukturen. Letztere dienen den Unternehmen als flexible Organisationsformen und ermöglichen eine Anpassung an das internationale Regelungsgefälle. Ausgangspunkt für diese Untersuchung müssen daher zunächst die üblichen Organisationsstrukturen transnational tätiger Unternehmen sein. Sie bilden das Tatsachenmaterial, welches Investitionsschiedsgerichten bei der Entscheidung über ihre Zuständigkeit regelmäßig vorliegt.

Die anwaltliche Beratungspraxis hat auf die sich durch bilaterale Investitionsschutzabkommen (nachfolgend: BIT) ergebende Vorteile reagiert. Immer häufiger werden Unternehmen auf die Vorteile hingewiesen, die Ihnen ein BIT bei entsprechender Strukturierung ihrer Auslandsinvestitionen bieten kann¹¹. Diesen Ratsschlag nehmen transnationale Unternehmen zunehmend an. So wird von zwei großen US-amerikanischen Unternehmen berichtet, die in Ermangelung eines BIT zwischen den USA und Indien die Verletzung von Rechten ihrer auf Mauritius inkorporierten Tochtergesellschaften aus dem BIT zwischen Mauritius und Indien geltend machen¹². Ebenfalls haben zahlreiche transnationale Unternehmen in Ermangelung eines BIT zwischen den USA und Venezuela Direktinvestitionen in Venezuela mittels niederländischer Holdinggesellschaften unter den Schutz des niederländisch-venezolanischen BIT gestellt¹³.

10 Art. 1 (d) (ii): „companies mean: [...] in respect of the United Kingdom: corporations, firms and business associations incorporated and constituted under the law in force in any part of the United Kingdom [...]“.

11 So legen beispielsweise folgende international tätige Sozietäten ihren Mandanten die Vorteile dar, die sich aus einer Restrukturierung mit Blick auf die Erlangung der Abkommensberechtigung unter einem BIT ergeben können: Allen & Overy LLP, <http://www.allenoverly.com/AOWeb/binaries/51290.pdf>; Freshfields LLP, <http://www.freshfields.de/publications/pdfs/2010/Oct10/28542a2.pdf>; Norton Rose LLP, <http://www.nortonrose.com/knowledge/publications/2011/pub33531.aspx?lang=engb&page=all>; SidleyAustin LLP, http://www.sidley.com/investment_treaty_arbitration/.

12 Wisner/Gallus, TJWIT, 2004, S. 917, 944; Mauritius ist darüber hinaus auch aus steuerrechtlichen Gründen ein äußerst populärer Holdingstandort, insbesondere mit Blick auf Direktinvestitionen in Indien, vgl. Arnold/Mangold, IStR-LB 2009, S. 94 f.

13 So etwa in dem Fall Mobil, Rn. 16 ff.; 186 ff.; siehe auch Van Harten, TLD 2 (2010), S. 23.

Die aufgezählten Szenarien rechtfertigen sich aus betriebswirtschaftlichen Gründen. Eine andere Frage ist es, ob und gegebenenfalls in welchem Maß die Ausübung der bestehenden Gestaltungsfreiheit im Interesse der einzelnen Staaten ist. Eine Untersuchung über die Grenzen der Gestaltungsfreiheit muss daher auch den Versuch unternehmen, die strukturellen Interessen der betroffenen Staaten herauszuarbeiten, um anschließend eine Aussage hinsichtlich der Grenzen der Gestaltungsfreiheit treffen zu können.

In Anbetracht deren überragender volkswirtschaftlicher Bedeutung müssen alle Staaten, welche sich grundsätzlich dem Außenhandel öffnen, um Direktinvestitionen werben. Investor und Gaststaat teilen also prinzipiell ein gemeinsames Interesse an Direktinvestitionen¹⁴. Letzteres ist jedoch mitunter von brüchiger Natur. Der Gaststaat muss die stetige Befürchtung haben, Unternehmen könnten das Regelungsgefälle missbräuchlich zu ihrem Vorteil ausnutzen¹⁵, so dass im Ergebnis die jeweilige nationale Volkswirtschaft zumindest kurzfristig Schaden davon trägt. Darüber hinaus steht dem oben erwähnten Interesse des Investors, seine Investition bestmöglich abzusichern, das Interesse des Gaststaates gegenüber, mit größtmöglicher Freiheit seinen Nutzen (Kapitalimport, Technologietransfer, Qualifizierung von Arbeitskräften) aus der Investition zu optimieren¹⁶.

In diesem Zusammenhang werden immer wieder Befürchtungen hinsichtlich einer Gefährdung staatlicher Souveränität durch die Aktivitäten transnationaler Unternehmen laut. Man kann bereits an dieser frühen Stelle ein formales Argument gegen die Annahme einer potentiellen Gefährdung der Souveränität einzelner Staaten durch große transnationale Unternehmen entkräften. Das Argument lautet, jeder Staat habe gegenüber einem Investor einen strukturellen Vorteil, nämlich das Innehaben der Hoheitsgewalt, inne. Daraus kann aber bei rein tatsächlicher Betrachtung, insbesondere mit Blick auf wirtschaftlich schwache Staaten, nicht geschlossen werden, der Staat sei hinsichtlich in seinem Staatsgebiet tätiger ausländischer Unternehmen ein wenigstens ebenbürtiger Akteur¹⁷. Die Souveränität eines Staates, verstanden als Freiheit über seine Politik nach seinem Willen zu entschei-

14 *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, S. 23; *Sauvant/Sachs*, The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investments Flows, S. xxvii.

15 Beispielhaft seien aufgezählt: Verlegung von Produktionsstätten zur Vermeidung von (zu hohen) Lohnforderungen und Streiks, Abführung von Gewinnen in sog. Steueroasen oder die Repatriierung von Gewinnen ohne Reinvestition im Gaststaat, vgl. *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, nachfolgend: *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, § 23, S. 249 f.

16 Etwa durch legislative Maßnahmen; siehe auch *Metzger*, AJIL 65 (1971) S. 532.

17 Vgl. *Seidl-Hohenveldern*, International Economic Law, S. 12.

den¹⁸, ist jedenfalls faktisch beschränkt¹⁹. Damit ist, wenigstens im Ansatz, das bestehende Spannungsverhältnis zwischen grenzüberschreitenden unternehmerischen Aktivitäten auf der einen und der auf staatlicher Souveränität und volkswirtschaftlichen Erwägungen beruhenden Politik einzelner Nationalstaaten auf der anderen Seite deutlich geworden. Dieses Spannungsverhältnis wird im weiteren Verlauf der Untersuchung, insbesondere im Rahmen der Rechtsprechungsanalyse, vielfach sichtbar werden. Sein Verständnis erleichtert daher einen gedanklichen Zugang zu den jeweils vorgetragenen Argumentationen.

Eingangs ist bereits darauf hingewiesen worden, dass sich Investitionsschiedsgerichte regelmäßig mit grenzüberschreitenden unternehmerischen Organisationsformen befassen müssen. Dies rührt daher, dass ein Unternehmen eine Vielzahl von Tochtergesellschaften in verschiedenen Staaten gründen kann und dies mit Blick auf die Berechtigung zur Inanspruchnahme von BITs die Frage aufwirft, welchem Staat eine Gesellschaft im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung eines Investitionsschiedsgerichts zugeordnet werden kann. Die Existenzberechtigung solcher Holdingstrukturen wird gemeinhin in der betriebswirtschaftlichen wie juristischen Literatur nicht weiter hinterfragt. Im Gegenteil, „*die internationale Holding ist selbstverständliches Gestaltungs- und Strukturelement der grenzüberschreitenden Unternehmenstätigkeit*“²⁰. So hält auch die investitionsschutzrechtliche Judikatur die oben angedeuteten rechtlichen Gestaltungen im Recht der BITs zumindest im Grundsatz für zulässig²¹.

Dennoch sind grenzüberschreitende gesellschaftsrechtliche Konstruktionen im Investitionsschutzrecht häufig Grund für Kontroversen. Im Rahmen der Entscheidung eines ICSID-Schiedsgerichts über seine Zuständigkeit gemäß Art. 25 ICSID-Konvention, insbesondere bei der Bestimmung der Staatsangehörigkeit des klagenden Investors, rückt regelmäßig die gesellschaftsrechtliche Struktur des Investors in den Mittelpunkt des richterlichen Interesses. Die Bestimmung der Nationalität

18 *Dabm/Delbrück/Wolfrum*, § 23, S. 216.

19 Vgl. *Hoffmann*, S. 75 f.; hierzu näher auf S. 52 ff.

20 *Rosenbach*, in: *Lutter*, Holding-Handbuch, § 16, Rn. 1.

21 Siehe das Beispiel auf S. 1 f.; vgl. den Schiedsspruch *Soufraki*, Rn. 83: „had Mr. Soufraki contracted with the United Arab Emirates through a corporate vehicle incorporated in Italy, rather than contracting in his personal capacity, no problem of jurisdiction would now arise.“; siehe auch: *Aguas*, Rn. 330; *Phoenix*, Rn. 94; *Mobil*, Rn. 204; im Fall *Saluka* stellte ein UNCITRAL-Schiedsgericht zur Frage der missbräuchlichen Inanspruchnahme des niederländisch-tschechischen BIT durch eine hundertprozentige niederländische Tochtergesellschaft eines japanischen Finanzkonzerns fest: „The Tribunal accepts – and the parties have made no attempt to conceal, either from the Tribunal or, in the Claimant’s case, from the Czech authorities – the closeness of the relationship between Nomura Obergesellschaft] and Saluka [Tochtergesellschaft; beide deutschsprachigen Erläuterungen durch den Verfasser]. In that respect, the companies concerned have simply acted in a manner which is commonplace in the world of commerce.“, *Saluka*, Rn. 228.

des Investors und damit die Entscheidung über seine Abkommensberechtigung im Rahmen der ICSID-Konvention ist eine Entscheidung von weitreichender Bedeutung. Verneint ein Investitionsschiedsgericht seine Zuständigkeit, so hat dies zur Folge, dass der Investor den Streit nicht mehr einem internationalen Schiedsgericht vorlegen kann²². Im Sinne einer ersten groben Kategorisierung lassen sich zwei Konstellationen unterscheiden, die zum Teil als missbräuchlich angesehen werden. Zum einen kam es zu Fällen, in denen ein Staatsangehöriger des Zielstaates einer Investition formal (im Sinne eines BIT) als Investor eines anderen Staates anzusehen war und in Folge dessen seinen eigentlichen Heimatstaat vor einem Investitionsschiedsgericht verklagte. Zum anderen werden Fälle diskutiert, in denen eine Person das aus einem BIT fließende Klagerecht vor einem (ICSID-) Schiedsgerichtsbarkeit in Anspruch nimmt, welche bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht die Staatsangehörigkeit eines der BIT-Staaten und/oder eines Vertragsstaates der ICSID-Konvention besitzt, jedoch eine Gesellschaft als Investitionsvehikel benutzt, welche in den persönlichen Anwendungsbereich eines BIT fällt.

In derartigen Fällen wird von Beklagtenseite häufig argumentiert, eine gesellschaftsrechtliche Konstruktion sei nicht anzuerkennen, da es sich bei der jeweiligen Tochtergesellschaft allein um eine bloße *company of convenience* handle, die ausschließlich dem Zwecke der Erlangung des Schutzes eines bestimmten BIT diene und deren Einsatz, genau genommen die Geltendmachung völkervertraglicher Rechte in ihrer Person, missbräuchlich sei²³. In einem Fall kam das angerufene Schiedsgericht zu dem Ergebnis, es handle sich bei der zwischengeschalteten Gesellschaft um eine „*sham-entity*“, welche aufgrund der damit einhergehenden Treuwidrigkeit nicht abkommensberechtigt sein könne²⁴. In einem anderen Fall stellte das Gericht abweichend vom Wortlaut des einschlägigen BIT auf einen vermeintlich der ICSID-Konvention innewohnenden „Test“ zur Bestimmung der Nationalität des Investors ab und verneinte im Ergebnis seine Zuständigkeit, da am Ende der Beteiligungskette ein Bürger des Gaststaates der Investition stand²⁵. Auf der anderen Seite heißt es in dem an späterer Stelle eingehend behandelten Schiedsspruch *Aguas del Tunari vs. Bolivia*:

„[...] Although titled „bilateral“ investment treaties, this case makes clear that which has been clear for negotiating states for some time, namely that through the definition of „national“ or „investor“, such treaties serve in many cases more broadly as portals

22 Vgl. *Tietje*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 93 (2010), S. 16.

23 Siehe etwa *Mobil*, Rn. 27, 167; *Aguas*, Rn. 245, 330; *Phoenix*, Rn. 34; *Saluka*, Rn. 17; *Saluka Award*, Rn. 174, 183 f., 226 ff.

24 *Phoenix*, Rn. 135 ff.

25 *TSA*, Rn. 134 ff.

through which investments are structured, organized, and, most importantly, encouraged through the availability of a neutral forum. The language of the definition of „national“ in many BITS evidences that such national routing of investments is entirely in keeping with the purpose of the instruments and the motivations of the state parties²⁶.“

Das Schiedsgericht im Falle *Soufraki vs. United Arab Emirates* verneinte seine Zuständigkeit *ratione personae* hinsichtlich einer natürlichen Person, ließ aber erkennen, dass es die Zwischenschaltung eines Investitionsvehikels zum Zwecke der Erlangung des Schutzes eines BIT selbstverständlich für möglich hielt:

„[...] had Mr. Soufraki contracted with the United Arab Emirates through a corporate vehicle incorporated in Italy, rather than contracting in his personal capacity, no problem of jurisdiction would now arise²⁷.“

Diese Aussage des Schiedsgerichts mag in ihrer Selbstverständlichkeit und Grenzenlosigkeit erstaunen. Schließlich war Herr Soufraki kanadischer Staatsbürger und fiel als solcher nicht unter die ICSID-Konvention²⁸. Das Gericht schien aber kein Missbrauchsrisiko zu sehen, wenn Soufraki seine Investition über eine Gesellschaft abgewickelt hätte, die einzig und allein den Zweck gehabt hätte, sich Zugang zu dem BIT Italien-VAE zu verschaffen²⁹. Das in den zwei soeben skizzierten Entscheidungen sichtbar gewordene Verständnis der Funktion von BITs, welches anklingen lässt, dass jedenfalls faktisch das weltweite Geflecht von BITs Teil eines einheitlichen weltweiten Rahmens aus größtenteils übereinstimmenden Grundsätzen des Investitionsschutzrechts ist und sich im Ergebnis einem multilateralen Investitionsschutz annähert³⁰, bildet die Antithese zu den oben angedeuteten Positionen. Die Anhänger dieser Auffassung verweisen mit Nachdruck auf die Grenzen des Wortlautes sowohl des jeweiligen BIT als auch der ICSID-Konvention, die der Rechtsanwender zu beachten habe. Ein Abstellen auf den vermeintlich „wahren“ oder „wirtschaftlichen“ Investor sei weder angezeigt noch möglich³¹.

26 Aguas, Rn. 332.

27 Soufraki, Rn. 83.

28 Kanada ist nicht Vertragsstaat der ICSID-Konvention.

29 Anders aber etwa *Sloane*, HILJ 50 (2009), S. 47; der BIT Italien-VAE definiert die Nationalität einer Gesellschaft in Anknüpfung an deren wirksame Gründung im Gebiet eines Vertragsstaates; eine (bedeutende) wirtschaftliche Tätigkeit des Investors in dem Vertragsstaat ist nicht notwendig, um als Investor unter Art. 1 Nr. 4 des BIT anerkannt zu werden. Darüber hinaus erstreckt der BIT seinen persönlichen Anwendungsbereich unter anderem auf in Drittstaaten inkorporierte Gesellschaften, welche von Staatsangehörigen eines Vertragsstaates beherrscht werden.

30 *Schill*, TLD 2 (2010), S. 59 ff.; *Chalamish*, Brook. JTIL 34 (2009), S. 305, 317 ff.

31 Vgl. nur *Alexandrov*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4 (2005), S. 34 ff.; *Nacimiento/Burianski*, NZG 2010, S. 52 ff.; siehe auch der Klägervortrag in *Mobil*, Rn. 40.

Jedoch konzedieren auch Vertreter dieser Strömung, ein Abkommensmissbrauch sei möglich und müsse bekämpft werden. Damit herrscht zumindest im Grundsatz Einigkeit über die Möglichkeit, in bestimmten Fällen Klägern den Zugang zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit unter Verweis auf deren rechtsmissbräuchliches Verhalten zu verwehren. Somit ist deutlich geworden, dass die Gestaltungsfreiheit grenzüberschreitend agierender Unternehmen im Rahmen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit keineswegs durchgehend anerkannt ist³², sondern fortwährend für Kontroversen sorgt³³. Die vorliegende Untersuchung soll einen Beitrag zu der soeben skizzierten Diskussion leisten. Dabei werden eingangs die Regelungsmechanismen des internationalen Steuerrechts zur Vermeidung der rechtsmissbräuchlichen Erschleichung der Anwendbarkeit von DBAs³⁴ gleichsam als Referenzrechtsgebiet dargestellt und analysiert. Dies bietet sich zunächst aufgrund der strukturellen Ähnlichkeit zum Investitionsschutzrecht (völkerrechtliche Verträge) an. Darüber hinaus können DBAs wie auch BITs als Instrumente der Investitionsförderung begriffen werden, da beide Barrieren für Handel und Dienstleistungen abbauen³⁵.

32 Vgl. nur *McLachlan/Weiniger/Shore*, International Investment Arbitration, S. 131 ff.

33 Siehe hierzu *Romanetti*, JIA 29 (2012), S. 231 ff.; *Blyschak*, JWELB 4 (2011), S. 32 ff.; *ders.* RJGLB 10 (2010/2011), S. 179 ff.; *Valasek/Dumberry*, FILJ 26 (2011), S. 55 ff.; *Muchlinski*, Oñati Legal Series 4 (2011), S. 1 ff.; *Tietje/Bering*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 105 (2011), S. 31 ff.; *Martin*, TDM 8 (2011), S. 1 ff.; *Sornarajah*, The International Law on Foreign Investment, S. 325 f.; *Schlemmer*, in: *Muchlinski/Ortino/Schreuer*, Oxford Handbook of International Investment Law, S. 69 ff.; *Skinner/Miles/Luttrell*, JWELB 3 (2010), S. 1 ff.; *Nacimiento/Burianski*, NZG 2010, S. 52 ff.; *Thorn/Doucleff*, in: *Waibel/Kausal/Chung/Balchin*, The Backlash against Investment Arbitration, S. 3 ff.; *Sloane*, HILJ 50 (2010), S. 1, 37 ff.; *Benedict/Fiedler/Happ* u.a., Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 2009, S. 9 ff.; *García-Bolívar*, TLD 2 (2010), S. 145 ff.; *ders.* TJWIT 2005, S. 751 ff.; *Schreuer*, ICSID FILJ 24 (2009), S. 521 ff.; *Rivera Meléndez*, Rev. Jur. UPR 78 (2009), S. 859 ff.; *Kirtley*, TJWIT 2009, S. 427 ff.; *Schokkaert/Heckscher*, International Investments Protection, S. 219, 236 ff.; *dieselb.* TJWIT 2009, S. 699 ff.; *Bjorklund*, Penn State Law Review 113 (2009), S. 1269 ff.; *Bering*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 81 (2008), S. 5 ff.; *Alexeyev/Voitovich*, TJWIT 2008, S. 519 ff.; *Castro de Figueiredo*, TDM 4 (2007), S. 1 ff.; *Lyons*, Syr. J.Int.L.&Commerce 33 (2006), S. 523 ff.; *Legum*, Arbitration International 22 (2006), S. 521 ff.; *Alexandrov*, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 4 (2005), S. 34 ff.; *Acconci*, TJWIT 2004, S. 139 ff.; *Burgstaller*, TJWIT 2004, S. 857 ff.; *Wisner/Gallus*, TJWIT 2004, S. 927 ff.; *Amerasinghe*, Jurisdiction of International Tribunals, S. 658 ff.

34 DBA=Doppelbesteuerungsabkommen; die nachfolgend zitierten DBA sind, soweit nicht anderweitig vermerkt, abrufbar unter: <http://www.bundesfinanzministerium.de>.

35 *Lampe*, Missbrauchsvorbehalte in völkerrechtlichen Abkommen am Beispiel der Doppelbesteuerungsabkommen (nachfolgend: *Lampe*), S. 133.

Zudem bestimmt sich im Recht der DBAs grundsätzlich³⁶ und im Recht der BITs häufig³⁷ der persönliche Anwendungsbereich des völkerrechtlichen Vertrags nach den jeweiligen Regeln nationalen Rechts. Insoweit stellt sich die Frage, wie ein Missbrauchsvorbehalt trotz der eindeutigen völkervertraglichen Verweisung auf das nationale Recht dogmatisch gerechtfertigt werden kann. Zugespitzt ließe sich die Frage stellen, ob nicht die völkervertragliche Verweisung auf die Vorschriften des nationalen Rechts mit all ihren (auch unerwünschten) Auslegungsergebnissen als abschließende Regelung zu respektieren sei. Gleiches gälte möglicherweise für solche Verträge, die zur Bestimmung der Staatsangehörigkeit nicht auf nationales Recht verweisen, sondern aus sich heraus eine Definition bereit stellen. Dem ließe sich entgegnen, dass alle völkerrechtlichen Verträge, also auch solche, welche teilweise auf nationales Recht verweisen, unter einem völkerrechtlichen Missbrauchsvorbehalt stehen.

B. Ansatz

Für die mit dieser Arbeit verfolgte Annäherung an das Problem der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Rechten aus völkerrechtlichen Verträgen ist es wichtig, sich zunächst zu vergegenwärtigen, worin die Gestaltungsfreiheit international tätiger Unternehmen wurzelt. In diesem Zusammenhang ist es notwendig, ein Verständnis für internationale gesellschaftsrechtliche Gestaltungen – aufgrund ihrer überragenden Bedeutung insbesondere bezogen auf Kapitalgesellschaften – im Zuge von Direktinvestitionen mitsamt deren betriebs- und volkswirtschaftlichen sowie rechtstheoretischen Zusammenhängen zu entwickeln.

Bezüglich des letztgenannten Aspekts soll eine Einordnung des Phänomens auf Grundlage des evolutionären Rechtsverständnisses *Hayeks* versucht werden. Zunächst soll vergleichsweise kurz der betriebs- und volkswirtschaftliche Hinter-

-
- 36 Vgl. Art. 3 Abs. 1 g) ii) OECD-MA „[...] bedeutet der Ausdruck ‚Staatsangehöriger‘ in Bezug auf einen Vertragsstaat i) jede natürliche Person, die die Staatsangehörigkeit oder Staatsbürgerschaft dieses Vertragsstaats besitzt; ii) jede juristische Person, Personengesellschaft und andere Personenvereinigung, die nach dem in diesem Vertragsstaat geltenden Recht errichtet worden ist;“ und Art. 4 OECD-MA, „Ansässigkeit einer Person: Im Sinne dieses Abkommens bedeutet der Ausdruck „eine in einem Vertragsstaat ansässige Person“ eine Person, die nach dem Recht dieses Staates dort auf Grund ihres Wohnsitzes, ihres ständigen Aufenthalts, des Ortes ihrer Geschäftsleitung oder eines anderen ähnlichen Merkmals steuerpflichtig ist, [...].“ (Unterstreichung durch den Verfasser).
- 37 Wie später zu sehen sein wird, stellen viele, aber bei weitem nicht alle BITs zum Zwecke der Bestimmung der Staatsangehörigkeit einer Gesellschaft an deren Gründungsstatut an. Andere BITs knüpfen an den Sitz und/oder die Kontrolle bzw. das Vorliegen einer substantiellen wirtschaftlichen Tätigkeit an. Diese Begriffe wiederum sind autonom, d.h. ohne Rückgriff auf nationales Recht aus dem völkerrechtlichen Vertrag heraus zu interpretieren, siehe näher hierzu unten S. 142 f.

grund für die Strukturierung von Auslandsinvestitionen aufgezeigt werden. Anschließend soll erörtert werden, ob und gegebenenfalls warum die rechtliche Gestaltungsfreiheit wünschenswert ist. Dabei wird deutlich werden, dass rechtliche Normen immer mehr zu Standortfaktoren³⁸ geworden sind, die im Rahmen einer unternehmerischen Entscheidung berücksichtigt und genutzt werden können. Die Vielzahl von nationalen Regelungsregimes führt gleichsam zu einem Systemwettbewerb. Einzelne Staaten stehen miteinander in einem Wettbewerb um die Ansiedlung von Investitionsvorhaben und laden mit vielfältigen an rechtlichen Handlungsoptionen Unternehmen zu rechtlichen Gestaltungen ein. Anschließend sollen die Regelungsmechanismen des internationalen Steuerrechts zur Vermeidung der rechtsmissbräuchlichen Erschleichung der Anwendbarkeit von DBAs gleichsam als Referenzrechtsgebiet dargestellt und analysiert werden.

Eine vergleichende Betrachtung des Doppelbesteuerungs- und Investitionsschutzrecht bietet sich auch deshalb an, da bereits eine Fülle von Klauselmaterial, Rechtsprechung und Literatur zur Frage der missbräuchlichen Inanspruchnahme von DBAs durch transnational tätige Unternehmen vorliegt. Um den Untersuchungsgegenstand zu begrenzen, soll diese Frage allein aus der Perspektive der deutschen Steuerrechtsordnung behandelt werden. Aus der Vielzahl der steuerrechtlichen Normen, welche missbräuchliche Gestaltungen verhindern sollen (z.B. §§ 42 AO, 7 ff. AStG) soll § 50d Abs. 3 EStG besondere Beachtung erfahren. Diese Regelung dient der Bekämpfung der missbräuchlichen Inanspruchnahme von DBAs durch ausländische Gesellschaften und ist in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung völkervertraglichen Missbrauchsbekämpfungsklauseln ähnlich, so dass sie als Exemplar einer – auch völkervertraglichen – Missbrauchsbekämpfungsnorm dienen kann.

Anschließend soll die Möglichkeit der (missbräuchlichen) Inanspruchnahme von Investitionsgarantien auf nationalrechtlicher wie auf völkervertraglicher Grundlage untersucht werden. Auch in diesem Bereich existieren vielfältige gesetzgeberische Ansätze, welche sicherstellen sollen, dass der angebotene Garantieschutz tatsächlich nur solchen Investoren zu Gute kommt, die nach der Zielsetzung des jeweiligen Garantieprogramms als förderungswürdig angesehen werden. Aufgrund der im Grundsatz übereinstimmenden Zielsetzung von Investitionsversicherungen und Investitionsschutzabkommen bietet eine Untersuchung dieser Materie den Zugriff auf wertvolle Erkenntnisse für die eingangs gestellte Fragestellung. Wie bereits soeben für den steuerrechtlichen Teil dieser Untersuchung festgestellt wurde, werden – in Abweichung von der grundsätzlich völkerrechtlichen Ausrich-

38 Hoffmann, S. 64 m.w.N.

tung dieser Arbeit – ebenfalls im Bereich der Investitions Garantien nationalrechtliche Regelungen aufgrund ihrer strukturellen Ähnlichkeit zu völkervertraglichen Garantieprogrammen als exemplarische Normen zur Missbrauchsverhinderung untersucht.

In einem nächsten Schritt wird das Phänomen der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Rechten aus BITs behandelt. Ziel der Arbeit ist es, zunächst die bisher ergangene Rechtsprechung im Rahmen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in diesem Bereich zu ordnen und zu analysieren. Im Rahmen dessen sollen die vorgebrachten Kernargumente destilliert und analysiert werden. In diesem Zusammenhang sei vorab einschränkend festgestellt, dass eine allgemeingültige Definition des Rechtsmissbrauchs durch private Akteure weder im Recht der DBAs noch im völkervertraglichen Investitionsschutzrecht angesichts der Vielfältigkeit der möglichen Fallkonstellationen möglich erscheint³⁹. In Anbetracht dessen kann die Zielsetzung einer Untersuchung über die Grenzen der Gestaltungsfreiheit nur sein, die dogmatischen Grundlagen für ein Missbrauchsverbot herauszuarbeiten, sowie auf Grundlage der Rechtspraxis den Versuch zu wagen, zum einen praktikable Kriterien für die schiedsgerichtliche Praxis und zum anderen völkervertragliche Regelungsmechanismen für die Entscheidung über das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs zu entwickeln⁴⁰. Dies schließt eine Bestandsaufnahme der Missbrauchs bekämpfungsklauseln aus dem Recht der DBAs und deren mögliche Adaption im Bereich des Investitionsschutzrechts mit ein.

Missbrauch soll in diesem Zusammenhang als Sammelbegriff für im Detail unterschiedlichste Konstellationen verstanden werden, die als gemeinsames Element eine rechtliche Konstruktion aufweisen, die zur Erlangung der Rechte aus einem völkerrechtlichen Vertrag gewählt wurde und als unzulässig empfunden wird. Als Faustregel lässt sich anführen, dass die Gefahr eines Rechtsmissbrauchs umso höher ist, je ungewöhnlicher, komplizierter und artifizierter die gewählte Gestaltung ist⁴¹. Dies kann in einzelnen Fällen, vor allem wegen der durch die Schiedsgerichte benutzten Rechtsbegriffe und der damit einhergehenden Notwen-

39 Vgl. für das DBA-Recht *Lampe*, S. 6; *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, Rn. 240; hiervon ist der völkerrechtliche Missbrauchs begriff aus dem Bereich der Staatenhaftung zu unterscheiden. Dieser lautet wie folgt: „[A] State exercising a right either in a way which impedes the enjoyment by other States of their own rights or for an end different from that for which the right was created, to the injury of another State.“; *Kiss*, in: *Bernhardt*, EPIL I, S. 4 ff. m.w.N., siehe auch unten, S. 107 ff.

40 Siehe auch die parallelen Ausführungen *Eidenmüllers* zur Bestimmung der Grenzen der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften innerhalb der EU, in: *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 3, Rn. 73 ff.

41 *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, Rn. 240.

digkeit der Abgrenzung der Fallgruppen, die hier nur am Rande interessierende Frage der Korruption oder des Betrugs im Rahmen von Auslandsinvestitionen streifen⁴².

Der vorrangige Erkenntnisgegenstand dieser Arbeit ist aber nicht etwa das (strafrechtlich relevante) Fehlverhalten des Investors im Gaststaat seiner Investition, sondern die aus der rechtlichen Gestaltungsfreiheit resultierende Beweglichkeit transnationaler Unternehmen, welche ihnen ermöglicht, Rechte aus völkervertraglichen Verträgen – seien es DBAs oder BITs – in Anspruch zu nehmen.

Da sich transnationale Unternehmen mittels gesellschafts- und schuldrechtlicher Gestaltungen grenzüberschreitend organisieren, wird vertieft auf die Frage der Bestimmung der Nationalität des *corporate investors* einzugehen sein. Letzteres Phänomen lässt sich aber nicht verstehen, wenn nicht auch kurz die Rolle der natürlichen Person im Investitionsschutzrecht beleuchtet wird. Gestreift wird ebenfalls die mittlerweile in der Literatur eingehend behandelte Frage der Auslegung von Meistbegünstigungsklauseln in BITs⁴³, insbesondere hinsichtlich deren Erstreckung auf prozessuale Rechte. In rechtstatsächlicher Hinsicht konzentriert sich die Untersuchung auf einzelne BITs sowie die ICSID-Konvention, bezieht sich zum Teil aber auch auf Investitions-/Konzessionsverträge zwischen Staat und Investor. Andere multilaterale Regelwerke wie etwa der ECT⁴⁴, NAFTA⁴⁵ oder ASEAN⁴⁶ werden nur am Rande behandelt. Im Bereich des Rechts der DBAs konzentriert sich die Arbeit unter Berücksichtigung der rechtsvereinheitlichenden Arbeiten der OECD auf die Vertrags-, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungspraxis der Bundesrepublik Deutschland. Aufgrund ihres großen tatsächlichen wie auch rechtlichen Einflusses wird auch die US-amerikanische DBA-Praxis, insbesondere die als fester Teil US-amerikanischer Abkommenspolitik anzusehende Implementierung sog. *limitation on benefits* (LOB) Klauseln in DBAs⁴⁷, beleuchtet. Gleichfalls werden, wie bereits erwähnt, auch nationale und multilaterale Investitions Garantien behandelt. Dabei ist anzumerken, dass in diesem Bereich Konflikte für gewöhnlich im

42 So etwa in den Schiedssprüchen Fraport und Inceysa; weniger von Interesse ist etwa der Schiedsspruch WDF, der einen durch Bestechung des damaligen kenianischen Präsidenten erhaltenen Investitionsvertrag zum Inhalt hatte.

43 Etwa Schmidt, Prozessuale Meistbegünstigung im völkerrechtlichen Investitionsschutz; *Acconci*, in: *Muchlinski/Ortino/Schreuer*, Oxford Handbook of International Investment Law, S. 387 ff.

44 ECT = European Energy Charter Treaty.

45 NAFTA = North American Free Trade Agreement.

46 ASEAN = Association of South-East Asian Nations.

47 Stevens, IStR 2011, S. 335.

Verhandlungswege gelöst werden⁴⁸, und daher – soweit ersichtlich – kein Rechtssprechungsmaterial vorliegt.

48 *García-Bolívar*, TJWIT 2005, S. 187 f.