

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einführung und Darstellung des Untersuchungsgegenstands	23
Teil I: Die Problematik der Schutzerschleichung	31
A. IITs als Aufgabe von Souveränität zur Förderung von Kapitalfluss und persönlichen Beziehungen	31
B. Zentrale Bedeutung des persönlichen Schutzbereichs von IITs	35
C. Gefahr der Schutzerschleichung und der Zweckvereitelung bei juristischen Personen	38
I. Geltendmachung von Schäden untergeordneter Investitionsgesellschaften durch Investoren	39
II. Möglichkeit der Schutzerschleichung im Rahmen der verschiedenen Anknüpfungsmethoden	41
1. Gründungsanknüpfung	42
a) Grundsätzliche Praxis	42
b) Ausnahme bei rechtsmissbräuchlichen nachträglichen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen	47
c) Ergebnis	53
2. Sitzanknüpfung	53
3. Kontrollanknüpfung	54
III. Ergebnis und Folgeüberlegungen zur Zweckvereitelung	55
D. Vermeidung von Schutzerschleichung durch spezielle Regelungen in IITs	56
I. DoB-Klauseln	56
II. Anknüpfungskombinationen	62
III. Exkurs: Ausblick auf Regelungen in zukünftigen EU-IITs	64

Teil II: Einzelne Probleme bei der Auslegung und Anwendung des Erschleichungstatbestands	65
A. Schiedsgerichtliches Überprüfungsrecht hinsichtlich der Voraussetzungen des Erschleichungstatbestands	65
B. Erste Tatbestandsvoraussetzung: Beherrschung durch bestimmte Personen	69
I. Bedeutung der Begriffe „Eigentum“ und „Kontrolle“ im Regelungsgefüge des Erschleichungstatbestands	70
II. Auslegung der Begriffe „Eigentum“ und „Kontrolle“	72
1. Rückgriff auf Begrifflichkeiten und Schiedspraxis außerhalb von DoB-Klauseln	72
2. Eigentum bei einer Einzelperson	75
a) Allgemeine Grundsätze	75
b) Sicherungsrechte	76
c) Auseinanderfallen von nominellem Eigentum am Anteil und Vorteilen aus dem Anteil	77
aa) Treuhand und trust	78
aa) Zuordnung des Eigentums bei Treuhand und trust	79
3. Kontrolle bei Einzelpersonen	81
a) Vermutung der Kontrolle bei Mehrheitsbeteiligungen	82
b) Widerlegung der Vermutung	86
c) Kriterien bei Nichteingreifen oder bei Widerlegung der Vermutung	90
d) Besonderheit bei Art. 17(1) ECT	92
4. Auseinanderfallen von Eigentum und Kontrolle	93
a) Konstellationen des Auseinanderfallens	93
b) Alternativität der Anknüpfung	94
c) Effektive Interpretation	95
5. Beherrschung durch mehr als eine Person	96
a) Bisherige Schiedspraxis	96
b) Eigene Lösung	98
aa) Wortlaut	99
bb) Sinn und Zweck	100
c) Ergebnis	100

III. Indirekte Beherrschung	101
1. Der Erschleichungstatbestand und indirekte Beherrschungssituationen in der Praxis von Investitionsschiedsgerichten	102
2. Piercing the corporate veil in der allgemeinen Praxis von Investitionsschiedsgerichten	106
3. Eigene Lösung	112
a) Abstrakter Lösungsansatz	113
b) Beispiele	113
aa) Keine wesentliche Geschäftstätigkeit der Zwischengesellschaft	114
bb) Wesentliche Geschäftstätigkeit der Zwischengesellschaft	116
c) Dogmatische Grundlagen	118
aa) Ausnahmecharakter der Beherrschungsanknüpfung	118
bb) Wortlaut der DoB-Klauseln	120
cc) Vorläufer in der Schiedspraxis	120
d) Ergebnis	121
4. Indirekte Beherrschung bei einer Mehrzahl von Personen auf einer oder mehreren Konzernebene	121
5. Besonderheit bei Art. 17(1) ECT und bestimmten anderen IITs	126
a) Art. 17(1) ECT	126
aa) Systematische Auslegung	127
bb) Folgen für die Anwendung des Art. 17(1) ECT	128
b) Bestimmte andere DoB-Klauseln	129
c) Vereinbarkeit mit dem Sinn und Zweck des Erschleichungstatbestands	129
IV. Sonderproblem: Eigentum oder Kontrolle durch Angehörige des Gaststaates	130
1. Problemlage	130
2. Analyse	134
a) Auslegung	134
b) Analogieschluss?	142
3. Ergebnis	151

V. Sonderproblem bei Art. 17(1) ECT: Beherrschung durch Angehörige eines anderen ECT-Staats als des Gründungsstaats der Investorgesellschaft	151
1. Problemlage	151
2. Schiedspraxis	153
3. Stellungnahme	155
C. Zweite Tatbestandsvoraussetzung: Keine wesentliche Geschäftstätigkeit	156
I. Einführung	156
II. Schiedspraxis zu Erschleichungstatbeständen, Sitzanknüpfungen, Anknüpfungskombinationen sowie Gerichtspraxis zu ähnlichen Anknüpfungsfragen	159
1. Wortlaut von Erschleichungstatbeständen, Sitzanknüpfungen und Anknüpfungskombinationen	159
2. Schiedspraxis zum Erschleichungstatbestand	161
a) Tokios Tokelés v. Ukraine	161
b) Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic	161
c) Pan American Energy LLC et al. v. Argentina und BP America Production Company et al. v. Argentina	162
d) Amto v. Ukraine	164
e) Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador	165
f) Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia	166
g) Weitere Entscheidungen	167
3. Yaung Chi Oo v. Myanmar: Schiedspraxis zur Sitzanknüpfung	168
4.) <i>Alps Finance v. Slovak Republic</i> : Schiedspraxis zur Anknüpfungskombination	170
5. Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia	172
6. Bestimmung von Briefkastenfirmen in nationalen Gerichtsentscheidungen	173
7. Zusammenfassung	174
III. Abstrakte Beschreibung einer wesentlichen Geschäftstätigkeit	175
1. Einleitung	175
2. US-amerikanische letters of transmittal	176
3. Abgrenzung zur Sitzanknüpfung	179

4. Arten relevanter Tätigkeit: Wortlaut sowie Sinn und Zweck	180
5. Ausmaß relevanter Tätigkeit: Wortlaut sowie Sinn und Zweck	181
6. Abstraktes Ergebnis und konkret daraus abzuleitende Kriterien	184
IV. Sonderproblem: Berücksichtigung von Geschäftstätigkeit, die durch das Gründungsrecht der Gesellschaft zwingend vorgeschrieben ist	185
V. Sonderproblem: Berücksichtigung der Geschäftstätigkeit anderer Gesellschaften im Konzerngefüge	187
D. Weitere Tatbestandsvoraussetzungen	189
I. Notifikation und Konsultation des Heimatstaats	189
1. Verbreitung des Notifikations- und Konsultationserfordernisses	190
2. Inhalt des Notifikations- und Konsultationserfordernisses	191
3. Sinn und Zweck	193
II. DoB-Erklärung gegenüber der Investorgesellschaft	196
1. Erfordernis einer DoB-Erklärung gegenüber der Investorgesellschaft	196
a) Schiedspraxis und Literaturmeinungen	196
b) Stellungnahme und eigene Lösung	200
2. Zur Ausübung der DoB-Klausel befugte Staaten	204
3. Zur Ausübung der DoB-Klausel befugte Behörde	206
4. Form und Inhalt der DoB-Erklärung	208
E. Beweisfragen	209
I. Beweislast	210
II. Beweisstandard	212
1. Rückschlüsse aus dem streitgegenständlichen Sachverhalt	214
a) Die Unterscheidungen zwischen Vermutungen und Rückschlüssen	214
b) Vermutungen	215
c) Rückschlüsse	216
2. Rückschlüsse aus der Nichtvorlage von Dokumenten	219
a) Zulässigkeit negativer Rückschlüsse	220
b) Voraussetzungen negativer Rückschlüsse	222
c) Fazit	226

F. Rechtsfolgen	226
I. Standort in der schiedsgerichtlichen Prüfung	226
1. Prüfungsorte	227
2. Relevanz der Einordnung	228
a) Prüfungszeitpunkt	228
b) Überprüfbarkeit der schiedsgerichtlichen Feststellungen	230
c) Res iudicata	232
d) Zeitliche Dimensionen der Vorteilsverweigerung	233
3. Kriterien der Einordnung	233
4. Schiedsgerichtliche Praxis	236
a) Art. 17(1) ECT	237
b) Andere Erschleichungstatbestände	239
5. Eigene Lösung: Einordnung bei der Zuständigkeit?	242
a) Bezug der DoB-Klausel auf die Schiedsvereinbarung zwischen Staat und Investor	242
aa) Art. 17(1) ECT	243
bb) Andere Erschleichungstatbestände	246
b) Möglichkeit der Aufhebung eines Schiedsangebots oder einer bereits abgeschlossenen Schiedsvereinbarung durch die Vorteilsverweigerung	248
aa) Mechanismus zur Aufhebung einer bereits abgeschlossenen Schiedsvereinbarung	248
(1) Verfahren außerhalb von ICSID	249
(2) ICSID-Verfahren	252
(3) Ergebnis	258
bb) Mechanismus zur Aufhebung des noch nicht angenommenen Schiedsangebots	258
cc) Ergebnis	259
c) Ergebnis	259
d) Kein anderes Ergebnis wegen fehlender Möglichkeit der Überprüfung der DoB-Voraussetzungen im Rahmen der Zuständigkeit	260
6. Eigene Lösung: Einordnung bei der Zulässigkeit oder der Begründetheit?	262
7. Die Vorteilsverweigerung als Gegenstand des Prima-facie-Tests?	263
a) Charakteristika des Prima-facie-Tests	264

b) Die Vorteilsverweigerung im Rahmen des Prima-facie-Tests	266
II. Zeitliche Dimension des Erschleichungstatbestands	270
1. Einführung in die Problematik	270
a) Zeitraum, der durch die Vorteilsverweigerung abgedeckt wird	270
b) Zeitpunkt, zu dem die Vorteilsverweigerung wirken muss	272
c) Weiterer Gang der Analyse	273
2. Bisherige Schiedspraxis	273
3. Ex-tunc-Wirkung oder ex-nunc-Wirkung?	279
4. Verknüpfung des Vorliegens der DoB-Voraussetzungen mit dem Eintreten der DoB-Wirkungen	291
5. Bestimmung des Zeitpunkts, zu dem die Vorteilsverweigerung wirken muss, und Zusammenspiel mit den gefundenen Ergebnissen	294
a) DoB-Voraussetzungen weder zur Zeit der gaststaatlichen Verletzungshandlungen noch zur Zeit des Schiedsverfahrens erfüllt	296
b) DoB-Voraussetzungen zur Zeit der gaststaatlichen Verletzungshandlungen und zur Zeit des Schiedsverfahrens erfüllt	296
c) DoB-Voraussetzungen nur zur Zeit des Schiedsverfahrens erfüllt, nicht aber zur Zeit der gaststaatlichen Verletzungshandlungen	296
d) DoB-Voraussetzungen nur zur Zeit der gaststaatlichen Verletzungshandlungen erfüllt, nicht aber zur Zeit des Schiedsverfahrens	300
6. Ergebnis	301
III. Sonderkonstellation: Gaststaat macht die Vorteilsverweigerung prozessual nicht rechtzeitig geltend	301
1. Präklusion der Vorteilsverweigerung als Einwendung gegen die Zuständigkeit	302
a) Präklusionsregelungen in IITs?	302
b) Präklusionsregeln in Schiedsgesetzen und Schiedsordnungen	304
aa) UNCITRAL Model Law, UNCITRAL Arbitration Rules und weitere Regelwerke	305
bb) ICSID Arbitration Rules	308

cc) Ergebnis	312
2. Präklusion der Vorteilsverweigerung als Einwendung im Rahmen der Begründetheit	312
a) Präklusionsregeln in IITs?	313
b) Präklusionsregeln in Schiedsgesetzen und Schiedsordnungen	313
aa) UNCITRAL Model Law, UNCITRAL Arbitration Rules und weitere Regelwerke	313
bb) ICSID Arbitration Rules	316
c) Ergebnis	318
3. Ergebnis und Folgeüberlegungen	319
G. Klage gegen die DoB-Erklärung vor innerstaatlichen Gerichten?	321
I. Einleitung und Problemlage	321
II. Zulässigkeit einer Klage	322
1. Vorteilsverweigerung vor Erhebung der Schiedsklage	323
a) Rechtsweg	323
b) Statthafte Klageart	324
c) Klagebefugnis	324
aa) Grundsätze nach deutschem Recht	324
bb) Problem der Verleihung subjektiver innerstaatlicher Rechte durch völkerrechtliche Verträge	325
(1) Innerstaatliche Geltung	325
(2) Unmittelbare Anwendbarkeit	326
(3) Verleihung subjektiver innerstaatlicher Rechte	327
cc) Nationale und internationale Gerichts- und Schiedsgerichtspraxis zur unmittelbaren Anwendung von IIT-Vorschriften im innerstaatlichen Recht und zur Verleihung subjektiver Rechte durch diese	329
dd) Lösung für den konkreten Fall	334
d) Widerspruchsverfahren und Klagegegner	339
e) Rechtsschutzbedürfnis	339
f) Schiedseinrede?	340
g) Ergebnis	340
2. Vorteilsverweigerung nach Erhebung der Schiedsklage	340
III. Begründetheit	343



IV. Bindungswirkung eines verwaltungsgerichtlichen Urteils für ein IIT-Schiedsgericht	343
V. Ergebnis	346
H. Fazit	346
I. Eignung zur Verhinderung von Schutzerschleichung und Problematik der Rechtssicherheit	346
II. Notwendige Veränderungen zur Sicherung der Eignung des Erschleichungstatbestands und zur Schaffung von Rechtssicherheit	349
1. Lösung der Probleme in neuen IITs	351
2. Lösung der Probleme für bestehende IITs	353
III. Alternativen zur Verwendung des Erschleichungstatbestands	355
Teil III: Einzelne Probleme bei der Auslegung und Anwendung von Außenpolitikklauseln	359
A. Einführung	359
B. Tatbestandsvoraussetzungen	363
I. Schiedsgerichtliches Überprüfungsrecht hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen der Außenpolitikklauseln	363
II. Erste Tatbestandsvoraussetzung: Beherrschung durch Drittstaater	363
III. Zweite Tatbestandsvoraussetzung: Außenpolitikrelevanter Sachverhalt	366
1. Keine diplomatischen Beziehungen zwischen Gaststaat und Drittstaat	366
2. Keine normalen wirtschaftlichen Beziehungen zwischen Gaststaat und Drittstaat	368
3. Besondere Maßnahmen des Gaststaats gegenüber dem Drittstaat	370
IV. Weitere Tatbestandsvoraussetzungen	373
V. Beweisfragen	374
C. Rechtsfolgen	375
D. Klage gegen die DoB-Erklärung vor innerstaatlichen Gerichten?	375
E. Fazit	376
Literaturverzeichnis	379