

Alexander Hödemaker

**Marktzugang und Staatszugehörigkeit im
internationalen und europäischen
Investitionsrecht**



Herbert Utz Verlag · München

Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung

Herausgegeben von

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.
Universität München

Band 826



Zugl.: Diss., Universität Passau, 2018

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

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2018

ISBN 978-3-8316-4687-6

Printed in EU
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 von der Universität Passau als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Sommer 2018 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt Herrn Professor Dr. Christoph Herrmann, der diese Arbeit als Doktorvater betreut und mich mit wertvollen Anregungen unterstützt hat. Herrn Professor Dr. Hans-Georg Dederer danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinen Freunden sei gedankt für ihre Aufmunterungen und ihren Rückhalt.

Der größte Dank gilt meinen Eltern, Anna-Maria und Klaus Hödemaker, die mich immer vorbehaltlos unterstützt und mir das Jurastudium ermöglicht haben. Ihnen widme ich diese Arbeit.

München, im Oktober 2018

Alexander Hödemaker

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XI
Einführung	1
Kapitel 1: Marktzugang und Staatszugehörigkeit	3
§1. Einbettung in den Kontext.....	3
A. Der gemeinsame Ursprung des Handels- und Investitionsrecht.....	3
B. PTA + IIA = PTIA	5
C. Das GATS als Instrument für die Liberalisierung von Investitionen	6
D. Die übrigen Regelungsregime der WTO	7
E. Ein historischer Abriss der europäischen Investitionspolitik	8
§2. Herkunftsregeln als Unterkategorie des Marktzugangs im Welthandelsrecht..	11
A. Marktzugang und Ursprungsregeln im GATT.....	11
B. Der ökonomische Hintergrund der Herkunftsregeln.....	14
C. „Rules of Origin“ für Dienstleistungen.....	14
§3. Das Marktzugangsrecht im Investitionsrecht.....	16
A. Transnationale Unternehmen als Akteure des internationalen Wirtschaftslebens	17
B. Marktzugang für Investitionen in der Ausgangssituation.....	18
I. Begriffsklärung	20
II. Interessenlage.....	21
III. Investitionsbegriff	24
C. Marktzugangsbeschränkungen im nationalen Recht	28
I. Investitionsbeschränkungen	28
II. Investitionsförderung	31
D. Liberalisierung durch internationale Abkommen	32
I. Kontrollmodell: Zulassung gemäß nationalem Recht	35
II. Regionale Industrialisierung-Modell	36
III. Full Liberalization Model: Einschränkung durch negative Listen	37
IV. Selektive Liberalisierungs-Modell: Gewährung durch positive Listen	38
V. Gegenseitige Inländerbehandlung.....	39
E. Ergebnis.....	40

§4. Zusammenfassung und Bewertung	41
Kapitel 2: Staatszugehörigkeit und ihre Beschränkung im internationalen Investitionsrecht.....	43
§1. Problemaufriss.....	43
A. Einführung in die „Treaty Shopping“-Problematik	43
B. Motivationslage für „Treaty Shopping“	46
I. Defizite des Investorenschutzes nach klassischem Völkerrecht als Katalysator	46
II. Schwächen des diplomatischen Schutzes als einzige Durchsetzungs option	47
III. Exkurs: Verständnis der Staatszugehörigkeit im diplomatischen Schutz ..	49
IV. Zwischenergebnis.....	51
§2. Investorendefinition als Fixpunkt	52
A. Natürliche Personen	53
I. Grundfall: Staatsangehörigkeit bzw. dauerhafter Aufenthalt	53
II. Sonderfall: Doppelte Staatsangehörigkeit	54
B. Juristische Personen	55
I. Unmodifizierte Gründungstheorie als Ausgangspunkt.....	56
II. Sitztheorie	57
III. Gründungstheorie, eingeschränkt durch Kontrolltheorie	58
IV. Gründungstheorie, eingeschränkt durch wirtschaftliche Tätigkeit.....	58
V. Kontrolltheorie	60
VI. Sonderkonstellationen.....	61
VII.Zwischenergebnis	62
§3. Einwand des Rechtsmissbrauchs als Herkunftsregel eigener Art.....	62
A. Position 1: Investitionsabkommen als einziges und maßgebliches Kriterium	65
B. Position 2: (Re-)Strukturierung und Schiedsklage als Rechtsmissbrauch....	66
C. Rezeption in weiteren Schiedssprüchen.....	68
D. Beurteilung.....	70
§4. Die Denial of Benefits-Klauseln	71
A. Zweck und Hintergründe der DoB-Klauseln	71
I. Zweck.....	71

II. Herkunft und Verbreitung.....	74
III. Konstellationen der DoB-Klausel.....	75
IV. Fehlen einer DoB-Klausel.....	76
V. Einordnung in den Kontext.....	77
B. Auflistung bisher ergangener Schiedssprüche	77
C. Voraussetzungen der Denial of Benefits-Klausel	78
I. Im Eigentum oder unter Kontrolle	79
1. Begriff des Eigentums	80
a. Beurteilung in den Schiedssprüchen zur Denial of Benefits-Klausel	80
aa. Schiedssprüche	81
bb. Bewertung.....	82
b. Transfer verwandter Rechtsprechung auf die vorliegende Konstellation	82
aa. Erörterung des methodischen Ansatzes.....	82
bb. „Beneficial Ownership“	84
cc. Exkurs: „Piercing the Corporate Veil“	86
c. Ergebnis des Transfers und Rückschlüsse auf die DoB-Klausel.....	91
2. Begriff der Kontrolle	91
a. Beurteilung in den Schiedssprüchen zur Denial of Benefits-Klausel	92
b. Art. 25(2)(b) ICSID-Konvention als vergleichbare Konstellation	94
c. Verhältnis von Eigentum und Kontrolle in Investitionsabkommen	98
d. Verhältnis von Eigentum und Kontrolle in der Schiedspraxis	101
e. Ergebnis zu Kontrolle	103
3. Diskussion und Zusammenfassung	104
II. Angehörige einer Nicht-Vertragspartei bzw. eines Drittstaats	106
III. Fehlen von „Substantial Business Activities“	109
1. Beurteilung in der Schiedspraxis.....	110
2. Beurteilung in der Literatur	113
3. Bewertung.....	114
IV. Sonstige Erfordernisse	115
1. Vorausgehende Durchführung von Konsultationen	116
2. Erfordernis der Ausübung	117
D. Beweislast	118

E. Rechtliche Einordnung des Denial of Benefits	120
I. Relevanz der Unterscheidung	120
II. CAFTA-DR und US-BITs	122
III. Energiecharta	124
IV. Bewertung	125
F. Prospektive oder retrospektive Wirkung?.....	126
I. Energiecharta	126
II. CAFTA-DR und US-BITs	128
III. Bewertung	130
G. Kein Zusammenhang zwischen dem Zeitpunkt des Vorliegens der materiellen Voraussetzungen und der zeitlichen Wirkung	133
H. Zeitpunkt bzw. „Timeliness“ der Ausübung.....	134
§5. Zusammenfassung und Bewertung	136
Kapitel 3: Fallstudien.....	138
§1. Marktzugang für Investitionen im GATS	138
A. Marktzugangsrecht für Investitionen aus Art. XVI GATS.....	138
I. Begriff der Dienstleistung	139
II. System des Marktzugangsrechts aus Art. XVI GATS.....	140
1. System der Listen und Art. XVI:2(f) GATS als Bindeglied zum Investitionsrecht	142
2. Typische Regelungen in den „Schedules“ mit Bezug auf Investitionen.	145
3. Zwischenergebnis	147
III. Marktzugangsrecht als Nebenprodukt des MFN- und NT-Prinzips	148
1. Vergleich der Schutzmechanismen	148
2. Verhältnis von Inländerbehandlung und Marktzugangsrecht	149
3. Exkurs: „Treaty Shopping“ über das MFN-Prinzip des GATS	151
IV. Zwischenergebnis.....	151
B. Kommerzielle Präsenz als Schnittstelle zwischen Dienstleistungshandel und Investitionsrecht	152
I. Konzept der kommerziellen Präsenz	153
II. Voraussetzungen der kommerziellen Präsenz	154
1. Juristische Person	154
2. Juristische Person eines anderen Mitglieds.....	154

a. „Substantive Business Operations“	155
b. „Owned or Controlled“	156
3. Bedeutung von „Owned or Controlled“	157
a. Rückschlüsse aus den Definitionen	157
b. „Locus“ des Eigentums bzw. der Kontrolle im System des GATS	158
III. Zwischenergebnis.....	159
C. Denial of Benefits: Art. XXVII GATS	160
D. Zusammenfassung und Bewertung	161
§2. Ursprungsregeln und Marktzugang in präferentiellen Handelsabkommen	162
A. Hongkong-China CEPA und Agreement on Trade in Services.....	162
B. Neuseeland-Singapur CEPA, Japan-Singapur EPA und EFTA-Singapur FTA	164
C. NAFTA und CPTPP.....	167
D. TiSA	169
E. Zusammenfassung und Bewertung	170
§3. Die Europäische Union	171
A. Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte	172
I. Marktzugang für Waren	172
II. Dienstleistungsfreiheit	173
III. Niederlassungsfreiheit vs. Kapitalverkehrsfreiheit im Kontext des Marktzugangs.....	174
1. Kapitalverkehrsfreiheit im Kontext von Direktinvestitionen.....	174
2. Niederlassungsfreiheit im Kontext von Direktinvestitionen.....	176
3. Abgrenzung Kapitalverkehrsfreiheit und Niederlassungsfreiheit	176
a. Ausübung von sicheren Einfluss als Abgrenzungskriterium.....	178
b. Maßstäbe für den Kontrollbegriff in der Rechtsprechung des EuGH	179
c. Sekundärrechtliche Determinanten für den Kontrollbegriff.....	181
d. Zwischenergebnis	181
IV. Bewertung	182
B. Art. 54 AEUV als Ursprungsregel	183
I. Art. 54 Abs. 1 AEUV und die Gründungs- und Sitztheorie	184
II. Die tatsächliche und dauerhafte Verbindung mit der Union	185
III. Zwischenergebnis.....	187

C. Staatszugehörigkeit in der europäischen Investitionspolitik	187
I. Definition des geschützten Personenkreises	187
II. Bedeutung von „Substantive Business Operations“	189
III. Entwicklung der Investorendefinition in den TTIP-Verhandlungen	191
IV. DoB-Klauseln vs. „Anti-Circumvention“-Klauseln	194
D. Marktzugang in der europäischen Investitionspolitik	196
E. Bewertung	198
Kapitel 4: Zusammenführung der Ergebnisse und eigener Vorschlag	200
Annex	205
Literatur- und Quellenverzeichnis	207

Einführung

Der *Nukleus* heutiger Investitionsabkommen ist aus dem völkerrechtlichen Mindeststandard erwachsen. Dies sind die materiellen Schutzstandards „*fair and equitable treatment*“ und „*full protection and security*“, die im Laufe der Zeit um weitere Elemente, wie den Inländerbehandlungsgrundsatz und das Meistbegünstigungsprinzip, ergänzt wurden. Traditionell sind es diese Mechanismen, die einem Investor Schutz versprechen und somit Investitionen anregen sollen.

Im Gegensatz zu diesen Schutzstandards steht im Welthandelsrecht die Liberalisierung von Beschränkungen des Marktzugangs im Mittelpunkt. Was der Marktzugang für das Welthandelsrecht ist, ist die *pre establishment*-Phase für das internationale Investitionsrecht. Die Idee, die *pre establishment*-Phase für Investitionen zu liberalisieren, blieb eine Ausnahme. Somit wurde dieser Zeitraum in Investitionsabkommen weitgehend ausgeblendet.

Das Potential internationaler Investitionsabkommen, ausländische Investitionen zu fördern, wird jedoch ohne Einbeziehung der *pre establishment*-Phase nicht ausgereizt. Die ökonomische Integration verlangt nicht nur einen Abbau der Handelsbarrieren für den Güter- und Dienstleistungshandel, sondern auch die Liberalisierung von Investitionen. Einerseits sind Investitionen dort lukrativ, wo Ressourcen für die Produktion und neue Absatzmärkte für Güter erschlossen werden können. Andererseits sind im Dienstleistungshandel die Überschneidungen dort am größten, wo Dienstleistungen mittels einer sog. kommerziellen Präsenz erbracht werden. Denn in diesem Fall ist der Dienstleistungserbringer zugleich ein ausländischer Investor. Verdeutlicht wird dies durch die Regelungen des GATS, insbesondere die Inländerbehandlung und das Verbot gewisser Marktzugangsbeschränkungen, die mittelbar auch die *pre establishment*-Phase dieser Art von Investitionen liberalisieren.

NAFTA war das erste übergreifende Abkommen, das die Liberalisierung des Handels mit der Liberalisierung und dem Schutz von Investitionen verband. Diese Art von Abkommen nennt man „*Preferential Trade and Investment Agreement*“ (PTIA). Die Verbindung und Liberalisierung dieser beiden Bereiche schafft Wechselwirkungen und fördert die wirtschaftliche Effizienz und Integration der Märkte.

Dieser Brückenschlag von Welthandelsrecht zum Investitionsrecht bildet den größeren Kontext dieser Arbeit. Dazu soll ein gemeinsames Phänomen in unterschiedlichen Rechtsregimen betrachtet werden. Es handelt sich um die Herkunft der Akteure des internationalen Wirtschaftslebens, die im Kontext dieser Untersuchung meist juristische Personen sind (Staatszugehörigkeit). Die Herkunft einer Ware oder Dienstleistung („*Rules of Origin*“) ist im Welthandelsrecht eine Unterkategorie des Marktzugangs. Im Investitionsrecht bestimmt die Herkunft eines Investors über die Anwendbarkeit eines Investitionsabkommens. In beiden Rechtsgebieten gibt es Taktiken, in den Anwendungsbereich eines präferentiellen Handelsabkommens bzw. Investitionsabkommens zu gelangen und von dessen Vorteilen zu profitieren („*trade deflection*“ bzw. „*trans-shipping*“ respektive „*treaty*

shopping“). Die staatlichen Abwehrstrategien dagegen sind strenge Herkunftsregeln und im Investitionsrecht der Einwand des Rechtsmissbrauchs und die sog. *Denial of Benefits*-Klausel. Durch letztere können die Vorteile eines Abkommens gegenüber einem Investor versagt werden, der im Eigentum oder unter Kontrolle von Angehörigen eines Drittstaats steht und in seinem formalen Herkunftsland keine „*substantial business activities*“ ausübt. Hintergrund ist der Gedanke der Reziprozität, wonach die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten der Abkommensparteien gewahrt werden muss. Wie auch die Investorendefinition ist die *Denial of Benefits*-Klausel eine Norm, die sich mit der Herkunft einer wirtschaftlich tätigen Einheit befasst. Sie ist somit – auf das Welthandelsrecht zurückübertragen – eine spezielle „*Rule of Origin*“.

Während in Kapitel 1 die Grundzüge des Marktzugangs im Handelsrecht und die Liberalisierung der *pre establishment*-Phase im Investitionsrecht dargestellt werden, steht in Kapitel 2 die *Denial of Benefits*-Klausel als besondere Ursprungsregel des Investitionsrechts im Vordergrund. Die Fallstudien in Kapitel 3 exemplifizieren die unterschiedlichen Ansätze für das Zusammenspiel von Ursprungsregeln und Staatszugehörigkeit im Dienstleistungshandel und Investitionsrecht. Die Arbeit schließt in Kapitel 4 mit einer Zusammenführung der Ergebnisse und einem eigenen Vorschlag.

Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung

Herausgegeben von

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.
Universität München

- Band 830: Charlotte Lauser: **Die Bindung der Verfassungsorgane an den Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit**
2018 · 284 Seiten · ISBN 978-3-8316-4739-2
- Band 829: Fabian Patrick Philipp Roth: **Die Haftung der Vorstände der Krankenkassen, der Krankenkassenverbände und der Kassenärztlichen Vereinigungen**
2018 · 270 Seiten · ISBN 978-3-8316-4712-5
- Band 828: Vincent Burgert: **Die genetische Beratung im Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmung und Drittinteressen** · Zugleich eine aktuelle Untersuchung zur ärztlichen Schweigepflicht im Bereich der Humangenetik
2018 · 262 Seiten · ISBN 978-3-8316-4693-7
- Band 827: Zhuomin Wu: **Der Schutz biotechnologischer Erfindungen in der V. R. China unter Berücksichtigung internationaler Entwicklungen**
2018 · 220 Seiten · ISBN 978-3-8316-4710-1
- Band 826: Alexander Hödemaker: **Marktzugang und Staatszugehörigkeit im internationalen und europäischen Investitionsrecht**
2018 · 262 Seiten · ISBN 978-3-8316-4687-6
- Band 825: Sebastian Eberz: **Konkurrenz direktionsrechtlicher Normen und ihre Systemfolge für die Weisungserteilung Dritter**
2018 · 208 Seiten · ISBN 978-3-8316-4707-1
- Band 824: Anna Pötzl: **Demografischer Wandel und Verwaltungsorganisation**
2018 · 408 Seiten · ISBN 978-3-8316-4711-8
- Band 823: Luping Duan: **Gleichnamigkeit im Kennzeichenrecht** · Eine vergleichende Untersuchung zwischen Deutschland und China
2017 · 282 Seiten · ISBN 978-3-8316-4665-4
- Band 822: Maximilian Reinartz: **Öffentlichkeitsarbeit seitens des Verletzten einer Straftat** · Belastung der Verfahrensstruktur oder legitime Verwirklichung von Opferinteressen?
2017 · 200 Seiten · ISBN 978-3-8316-4659-3
- Band 821: Christina Lang: **Die Einstellung nach § 154 StPO in der Revisionsinstanz** · Eine kritische Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
2018 · 250 Seiten · ISBN 978-3-8316-4651-7
- Band 820: Nazanin Sporer: **Die Auswirkungen der Täuschung im Rahmen der §§ 331, 332 StGB**
2017 · 222 Seiten · ISBN 978-3-8316-4644-9
- Band 819: Bertram Kloss: **The Exercise of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court** · Towards a more Principled Approach
2017 · 270 Seiten · ISBN 978-3-8316-4633-3

- Band 818: Stephan Hillenbrand: **Der Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses** · Eine vergleichende Untersuchung mit dem Begriff des trade secret in den USA und dem englischen common law
2017 · 292 Seiten · ISBN 978-3-8316-4607-4
- Band 816: Martin Pusch: **Der automatisierte Abruf von Kontoinformationen durch Finanz- und Sozialbehörden** · Ein Instrument heimlicher Ermittlungstätigkeit im Spannungsfeld zwischen Steuergerechtigkeit, Leistungsmissbrauch, effektiver Strafverfolgung und dem rechtsstaatlich gebotenen Schutz des Steuerpflichtigen/Leistungsempfängers
2016 · 346 Seiten · ISBN 978-3-8316-4591-6
- Band 815: Christian Szczeny: **Die Abtreibung als Pflichtteilsentziehungsgrund** · Ein Beitrag zur Strukturierung und Auslegung des §2333 Abs. 1 BGB
2017 · 208 Seiten · ISBN 978-3-8316-4590-9
- Band 814: Jan-Philipp Günther: **Roboter und rechtliche Verantwortung** · Eine Untersuchung der Benutzer- und Herstellerhaftung
2016 · 280 Seiten · ISBN 978-3-8316-4553-4
- Band 813: Chih-Wei Chang: **Migration und Integration** · Der Integrationsprozess der Migranten unter dem Blickwinkel des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland und der Verfassung der Republik China auf Taiwan
2016 · 350 Seiten · ISBN 978-3-8316-4543-5
- Band 812: Radadiana Alexandra Taric-Koch: **Genetische Ressourcen und die Angabe ihrer Herkunft als Problem des modernen Patentrechts**
2016 · 410 Seiten · ISBN 978-3-8316-4539-8
- Band 811: Robin Haas: **Multiple Damages – Mehrfacher Schadensersatz**
2015 · 232 Seiten · ISBN 978-3-8316-4518-3
- Band 810: Alban Barrón: **Der Europäische Verwaltungsverbund und die Außenbeziehungen der Europäischen Union** · Verwaltungskooperation mit auswärtigen Partnern
2015 · 386 Seiten · ISBN 978-3-8316-4515-2
- Band 809: Varadanu Vigaranan: **Die Genehmigungsfiktion im Allgemeinen Verwaltungsrecht** · Fortbestehender Umsetzungsbedarf im Hinblick auf die Europäische Dienstleistungsrichtlinie
2015 · 218 Seiten · ISBN 978-3-8316-4512-1
- Band 808: Markus Kaulartz: **Cloud Computing und Vertragsrecht: Eine rechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung von PaaS-Clouds**
2015 · 334 Seiten · ISBN 978-3-8316-4508-4
- Band 807: Wenzel Richter: **Rechtsbehelfe Privater gegenüber der Hoheitsgewalt in der Russischen Föderation** · Eingaben im Versicherungsaufsichtsrecht
2017 · 232 Seiten · ISBN 978-3-8316-4473-5

Erhältlich im Buchhandel oder direkt beim Verlag:

Herbert Utz Verlag GmbH, München

089-277791-00 · info@utzverlag.de

Gesamtverzeichnis mit mehr als 3000 lieferbaren Titeln: www.utzverlag.de