

Mitbegründer: Dr. Hans Flick, Dr. Wilfried Dann. Ständige Mitarbeiter: Dr. Klaus-Dieter Borchardt, Europäische Kommission, Brüssel; Dr. Roland Felkai, Steuerberater, Rödl & Partner, Budapest; Hans F. W. Flick, CPA, KPMG, Chicago; Hans Galavazi, Freshfields, Amsterdam; Dr. Pierre-Olivier Gehrig, KPMG, Zürich; Albrecht Hagert, KPMG Wideri, Helsinki; Dr. Hartmut Hahn, MinRat, Erfurt; Charles Kern, Expert comptable, FIBA, Straßburg; Andreas Kolb, Rechtsanwalt, eidg. Steuerverwaltung, Bern; Dr. Helmut Krabbe, MinRat, Bonn; Dr. Eduard Lobis, Dottore Commercialista, Revisore Contabile, Mailand; Prof. Dr. Helmut Loukota, MinRat, Wien; Prof. em. Leif Mutén, Stockholm; Manfred Naumann, RegDir, Berlin; Dr. Rosemarie Portner, LL.M., Rechtsanwältin, PricewaterhouseCoopers, Düsseldorf; Anno Rainer, Rechtsanwalt, Deloitte & Touche, Brüssel und München; Bart Rubbens, Loyens & Loeff, Frankfurt a. M.; Prof. DDr. Hans Georg Ruppe, Graz; Prof. Dr. Christian Schmidt, Steuerberater, Rödl & Partner, Georg-Simon-Ohm-FH Nürnberg; Dr. Peter Urbatsch, LL.M., MBA, Mülheim a. d. Ruhr; Lucie Vorlíčková, LL.M., Vorlíčková & Leitner, Prag; Michael Wichmann, RegDir, Berlin; Ulrich Wölff, LL.M., MinRat, Berlin

## STEUERRECHT

### AUFSÄTZE

Dr. Richard Happ, Rechtsanwalt, Hamburg\*

## Beilegung von Steuerstreitigkeiten zwischen Investoren und ausländischen Staaten durch Schiedsgerichte

Bei der Planung einer Auslandsinvestition ist die zu erwartende Besteuerung ein wesentlicher Faktor für die Strukturierung der Investition. Erhebliche Mühen werden z. B. darauf verwendet, durch Holding-Gesellschaften in Drittländern DBA auszunutzen und so eine möglichst niedrige Besteuerung zu erreichen. Ändert der Gaststaat dann die Besteuerungsgrundlagen oder die Handhabung steuerrechtlicher Regelungen, kann das schwerwiegende Auswirkungen auf die Finanzplanung des Investors haben oder den wirtschaftlichen Wert der Investition völlig vernichten. Der nachfolgende Beitrag erläutert, welcher Rechtsschutz deutschen Investoren außerhalb der staatlichen Gerichte gegen schädigende steuerliche Handlungen des ausländischen Staates zusteht. Deutschland hat gegenwärtig mit 115 ausländischen Staaten Investitionsschutzverträge abgeschlossen. Diese Verträge legen Pflichten der Vertragsstaaten gegenüber einem Investor aus dem jeweils anderen Vertragsstaat fest. Sofern nicht ausdrücklich ausgeschlossen, gelten diese Pflichten auch für steuerliches Handeln des ausländischen Staates. Verletzt der Staat diese Verhaltenspflichten, steht dem Investor ein Schadensersatzanspruch zu, den er direkt vor einem internationalen Schiedsgericht geltend machen kann. Diese Rechtsschutzmöglichkeiten sollten bereits bei der steuerlichen Strukturierung der geplanten Auslandsinvestition bedacht werden.

### 1. Themenaufriß

Der Begriff des politischen Risikos bezeichnet die Möglichkeit, dass eine Investition durch politisch motivierte, einseitige

Handlungen des ausländischen Staates (der „Gaststaat“) zum Nachteil des Investors beeinträchtigt wird. Ursache solcher Handlungen ist eine erhöhte politische, rechtliche oder institutionelle Instabilität des Gaststaates. Diese Beeinträchtigung kann sich in verschiedenen Formen zeigen. Zu den klassischen Formen des politischen Risikos bei Auslandsinvestitionen gehören die Enteignung bzw. Nationalisierung des Eigentums, Konvertierungs- und Transferverbote, Zerstörungen durch Krieg oder Unruhen sowie der Bruch von Zusagen staatlicher oder staatlich kontrollierter Stellen<sup>1</sup>. In der Praxis gewinnen seit mehreren Jahren Fälle an Bedeutung, bei denen der Staat die regulatorischen Rahmenbedingungen der Investition zum Nachteil des Investors verändert, diskriminierend oder widersprüchlich und nicht vorhersehbar handelt und damit die berechtigten Erwartungen, die das Unternehmen bei Vornahme seiner Investition hatte, enttäuscht.

Zu den politischen Risiken gehört auch die Änderung des Steuerrechts bzw. der Handhabung und Auslegung steuerlicher Regeln durch die zuständigen Behörden. Zwar kann ein Investor keine berechtigten Erwartungen haben, dass keine neuen Steuern eingeführt oder bestehende Steuergesetze nicht geändert

\*) Der Autor ist Mitarbeiter der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft. Dieser Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder.

1) Das sind die Formen politischen Risikos, die üblicherweise von politischen Risikoversicherungen oder den Investitions Garantien der Bundesrepublik Deutschland abgedeckt werden, vgl. [http://www.agaportal.de/pages/dia/grundlagen/gedeckte\\_risiken.html](http://www.agaportal.de/pages/dia/grundlagen/gedeckte_risiken.html).

## AUFsätze

werden: Wenn aber unerwartet speziell ausländischen Investoren versprochene Vergünstigungen über Nacht abgeschafft<sup>2</sup>, die Praxis der Finanzbehörden bei der Rückerstattung von Steuern zum Nachteil von Investoren geändert oder Unternehmen mit Steuernachforderungen konfrontiert werden, die ihren Umsatz für das entsprechende Jahr übersteigen<sup>3</sup>, kann das für den Investor genauso unerwartet und schwerwiegend wie eine Enteignung sein. In solchen Fällen Rechtsschutz vor den staatlichen Gerichten des ausländischen Staates zu suchen, ist nicht immer eine Option. Zum einen ist die in Deutschland als selbstverständlich angesehene Unabhängigkeit, Neutralität und Unbestechlichkeit der Justiz keineswegs in allen Ländern der Welt gesichert. Zum anderen wenden staatliche Gerichte staatliches Recht an, was dem Staat ermöglicht, durch vorherige Rechtsänderung sein eigenes Handeln zu legitimieren. Ebenfalls keine Option dürften spezifisch steuerrechtliche Mechanismen wie das zwischenstaatliche Verständigungsverfahren gemäß bestehender DBA oder die EU-Schiedskonvention sein. Die EU-Schiedskonvention bietet in den ‚Emerging Markets‘ Osteuropas und Asiens keinen Schutz. Zwar bestehen mit den meisten dieser Staaten DBA, jedoch ist das zwischenstaatliche Verständigungsverfahren ineffektiv, da ein Investor weder Anspruch auf Einleitung des Verfahrens<sup>4</sup> hat noch das Verfahren mit einer Entscheidung enden muss.

Es ist wenig bekannt, dass solcher Missbrauch staatlicher Machtbefugnisse zum Schaden deutscher Investoren von den 115 Investitionsschutzverträgen erfasst wird, die Deutschland mit ausländischen Staaten abgeschlossen hat. Diese Verträge sind grundsätzlich auch auf steuerliches Handeln der Vertragsstaaten anwendbar und erlauben dem Investor, gegen den Staat ein Schiedsverfahren einzuleiten. Thema der nachfolgenden Erörterungen sind die Grundstrukturen dieses Rechtsschutzsystems (2.), der Anwendungsbereich der Investitionsschutzverträge (3.) sowie Präzedenzfälle und Gestaltungsmöglichkeiten in der Beratung (4.).

## 2. Das Rechtsschutzsystem der Investitionsschutzverträge

### 2.1 Überblick

Kapitalexportierende und -importierende Staaten haben weltweit ca. 2000 Investitionsschutz- und förderverträge („IFV“ oder „Investitionsschutzabkommen“) untereinander abgeschlossen. Diese IFV verpflichten die Vertragsstaaten, Investoren des jeweils anderen Vertragsstaates – sowie deren Investitionen – auf eine bestimmte Art und Weise zu behandeln. Hierzu gehören z. B. das Verbot der entschädigungslosen Enteignung sowie enteignungs-gleicher Maßnahmen, die Pflicht zur Gleichbehandlung mit Inländern und anderen Ausländern (Nichtdiskriminierung und Meistbegünstigung), die Pflicht zu „fairer und gerechter“ Behandlung sowie das Recht, Gewinne zurück in das jeweilige Heimatland des Investors zu transferieren. Investoren werden durch diese Verträge in der Regel unmittelbar im Sinne eines Vertrages zu Gunsten Dritter berechtigt<sup>5</sup>.

Kommt es zwischen einem ausländischen Investor und dem Gaststaat zu Meinungsverschiedenheiten darüber, ob der Staat seine Verpflichtungen aus dem Investitionsschutzvertrag eingehalten hat, ist der Investor grundsätzlich nicht auf den nationalen Rechtsweg angewiesen. Anders als bei einem DBA findet auch kein zwischenstaatliches Verständigungsverfahren<sup>6</sup> statt, auf das der im Ausland steuerpflichtige Investor keinen oder nur geringen Einfluss hat. Vielmehr kann der Investor in der Regel unmittelbar eine Schiedsklage vor einem internationalen Schiedsgericht erheben und die Verletzung des Vertrages rügen.

Die Verträge enthalten ein entsprechendes unwiderrufliches Angebot des Staates, das der Investor nur noch anzunehmen braucht<sup>7</sup>. Anders als bei staatlichen Gerichtsverfahren ist bei solchen Investitionsschiedsverfahren Maßstab für die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns der völkerrechtliche Investitionsschutzvertrag. Der Staat kann sich nicht auf entgegenstehendes nationales Recht berufen, das sein Handeln ansonsten legitimieren könnte. Ein ‚treaty override‘<sup>8</sup> durch abweichendes nationales Recht ist *nicht* möglich<sup>9</sup>. Somit können auch Gesetze, die den Investor schädigen, am Maßstab des Investitionsschutzvertrages gemessen werden.

Üblicherweise geben die Investitionsschutzverträge einem Investor die Auswahl zwischen mehreren Schiedsverfahren, darunter i. d. R. einem Schiedsverfahren nach den Regeln des *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID). Das ICSID ist eine internationale Organisation, deren Grundlage ein 1965 geschlossener multilateraler völkerrechtlicher Vertrag (die „ICSID-Konvention“) mit inzwischen 144 Mitgliedstaaten ist<sup>10</sup>. Das ICSID ist kein Schiedsgericht, sondern eine Schiedsinstitution: es verwaltet und betreut Schiedsverfahren, führt sie aber nicht selbst durch. Die Durchführung der Schiedsverfahren ist Aufgabe der Schiedsgerichte, die nach den Bestimmungen der ICSID-Konvention konstituiert werden.

2) Ein Beispiel hierfür ist die Ukraine, die im März 2005 nach dem erfolgten Regierungswechsel völlig unerwartet die „Sonderwirtschaftszonen“ und die damit verbundenen Zoll- und Steuervergünstigungen aufhob.

3) Exemplarisch hierfür ist die Yukos-Affäre. Zur Deckung der angeblichen Steuernachforderungen, die für bestimmte Jahre den Umsatz der Yukos-Gruppe überschritten, hat Russland dann wesentliche Konzernbestandteile versteigern lassen. Diese wurden letztlich vom staatseigenen Konzern Gasprom erworben. Ausführlich dazu *Michael Goldhaber*, Global Lawyer: Strategic Arbitration, American Lawyer (Juni 2005), <http://www.law.com/servlet/jsp/tal/PubArticleTAL.jsp?id=1117098312615>.

4) Grundsätzlich haben Staatsbürger keinen Anspruch darauf, dass ihr Staat sie gegen die völkerrechtswidrige Behandlung durch einen ausländischen Staat schützt. Nach innerstaatlichem Recht kann dies aber jeweils anders geregelt sein. Für das Verständigungsverfahren ist z. B. anerkannt, dass der Steuerpflichtige eine Klage auf Einleitung eines Verständigungsverfahrens erheben kann, vgl. dazu *Leising*, IStR 2002, 114 ff.

5) *Happ*, Schiedsverfahren zwischen Staaten und Investoren nach Art. 26 Energiechartavertrag, S. 138–163; Court of Appeals (UK), *Occidental Exploration & Production Company v. The Republic of Ecuador*, [2005] EWCA Civ. 1116, Abs. 18–20, [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com).

6) Dazu z. B. *Krabbe*, IStR 2002, 548, 550.

7) Diese Streitbeilegungsklauseln haben unterschiedliche Formulierungen. Während oftmals verlangt wird, dass sich der Streit zwischen Investor und Staat auf eine Verletzung des Vertrages bezieht, sehen viele deutsche Verträge nur das Bestehen einer „Meinungsverschiedenheit“ bezüglich einer Investition vor. Der Wortlaut einer solchen Klausel scheint es zu erlauben, dem Schiedsgericht auch ‚normale‘ Streitigkeiten, z. B. wegen der Verletzung eines Vertrages zwischen Investor und Staat oder der Verletzung des nationalen Steuerrechts, zu unterbreiten.

8) Dazu *Rust/Reimer*, IStR 2005, 843 ff.; *Vogel*, IStR 2005, 29.

9) Die Möglichkeit eines *treaty override* wird damit begründet, dass staatliche Gerichte nicht den völkerrechtlichen Vertrag (das DBA) als solchen anwenden, sondern nur das dem Vertrag entsprechende Bundesrecht (ob der Vertrag durch das parlamentarische Zustimmungsgesetz ‚transformiert‘, ‚inkorporiert‘ oder anwendbar gemacht wird, soll dahinstehen). Im innerstaatlichen Recht hat ein DBA daher nicht den Rang allgemeiner Regeln des Völkerrechts gemäß Art. 25 GG (d. h. über einfachem Bundesrecht), sondern nur einfachen Bundesrechts. Somit ist es zumindest möglich, durch nachträgliches Bundesrecht bestehende DBA für bestimmte Fälle für nicht anwendbar zu erklären (im Einzelnen *Rust/Reimer*, Fn. 8), obgleich dies einen klaren Bruch der völkerrechtlichen Verpflichtung darstellt. Schiedsgerichte, die auf der Basis eines IFV zustande kommen, wenden hingegen unmittelbar den völkerrechtlichen Vertrag (d. h. als solchen) als Maßstab für die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns an. Es ist eine anerkannte Regel des Völkerrechts, dass Staaten sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen können, um die Nichterfüllung völkerrechtlicher Verträge zu erfüllen. Somit ist ein *treaty override* nicht möglich.

10) *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, Washington, 18. 3. 1965, I.L.M. 4 (1965), S. 524 ff.; in Kraft seit 14. 10. 1966 (nachfolgend die „ICSID-Konvention“).

## AUFsätze

ICSID-Schiedssprüche sind in den 144 Mitgliedstaaten der ICSID-Konvention wie letztinstanzliche Urteile vollstreckbar<sup>11</sup>. Eine Vollstreckung ist jedoch selten notwendig. Unterliegt ein Staat in einem Investitionsschiedsverfahren und wird zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtet, erfüllt er den Schiedsspruch in der Regel freiwillig. Beispielhaft hierfür sind die Fälle *CME v. Czech Republic*<sup>12</sup> und *CSOB v. Slovakia*<sup>13</sup> zu nennen, in denen die Staaten zu Schadensersatzleistungen i. H. von US-\$ 270 Mio. bzw. US-\$ 800 Mio. verurteilt wurden und dennoch angekündigt haben, die Schiedssprüche freiwillig zu erfüllen<sup>14</sup>. Verweigert ein Staat jedoch die freiwillige Erfüllung, kann eine Vollstreckung im Einzelfall schwierig werden, wenn der Staat versucht, sich auf die Einrede der staatlichen Immunität gegen Vollstreckung zu berufen<sup>15</sup>.

## 2.2 Anwendbarkeit auf Steuerstreitigkeiten zwischen Investor und Staat

Die Verpflichtungen der Investitionsschutzverträge sind grundsätzlich auf sämtliches staatliches Handeln und damit auch auf steuerliche Maßnahmen des ausländischen Staates anwendbar. Sofern Staaten die Anwendbarkeit auf steuerliche Maßnahmen begrenzen oder ausschließen wollten, haben sie dies ausdrücklich getan. Beispielhaft sind das nordamerikanische Freihandelsabkommen NAFTA<sup>16</sup>, der Energiechartavertrag<sup>17</sup> sowie der US-amerikanische Muster-Investitionsschutzvertrag<sup>18</sup> zu nennen, die auf die Erhebung direkter Steuern entweder überhaupt nicht oder nur eingeschränkt anwendbar sind. Die deutschen Investitionsschutzverträge schließen typischerweise nur die Anwendung der Meistbegünstigungsverpflichtung auf bestehende DBA aus<sup>19</sup>.

Kollisionen zwischen Investitionsschutzverträgen und DBA dürften selten vorkommen. Investitionsschutzverträge enthalten keine steuerlichen Begrenzungsnormen wie DBA, sondern regeln nur die Modalitäten staatlichen Handelns, das „wie“, nicht aber das „ob“ oder „wie viel“. Auch die verwendeten Begriffe und Verpflichtungen sind grundsätzlich nicht deckungsgleich<sup>20</sup>. Wo eine Überschneidung möglich erscheint, wie z. B. beim Gleichbehandlungsgebot eines DBA und der Meistbegünstigungsverpflichtung eines IFV, sehen die IFV in der Regel Kollisionsregeln vor (s. o.). Haben die Vertragsstaaten auf eine entsprechende Regel verzichtet, dürften daher grundsätzlich beide Verträge parallel anwendbar sein<sup>21</sup>.

## 2.3 Praktische Relevanz

Die Möglichkeit eines Investitionsschiedsverfahrens steht keineswegs nur auf dem Papier. Zur Zeit sind vor ICSID-Schiedsgerichten 104 Verfahren mit Streitwerten zwischen wenigen Millionen US-\$ und mehreren Milliarden US-\$ schiedshängig. Jedes Jahr werden ca. 25–30 neue Klagen erhoben, von denen ca. die Hälfte nach kurzer Zeit durch einen Vergleich wieder beigelegt werden<sup>22</sup>. Außerhalb des ICSID dürften es nochmal 30–50 Verfahren pro Jahr sein, die im Gegensatz zu ICSID-Verfahren nicht veröffentlicht werden und deren Zahl daher nur geschätzt werden kann<sup>23</sup>.

Die Bundesrepublik Deutschland schloss 1959 mit Pakistan den weltweit ersten Investitionsschutzvertrag. Bis heute hat sich die Zahl der Investitionsschutzverträge auf 135 erhöht, von denen bisher 115 in Kraft getreten sind<sup>24</sup>. Momentan sind Investitionsschutzverfahren vier deutscher Unternehmen vor dem ICSID anhängig: Fraport, Siemens, Wintershall sowie Daimler-Chrysler Services GmbH<sup>25</sup>. Weitere Klagen deutscher Unternehmen sind – vor anderen Schiedsgerichten – u. a. gegen Thailand und Polen anhängig.

## 3. Anwendungsbereich der Investitionsschutzverträge

### 3.1 „Investition“ eines „Investors“

Investitionsschutzverträge schützen Investoren aus einem Vertragsstaat, die in einem anderen Vertragsstaat investiert haben. Nur „Investoren“ i. S. des jeweiligen Vertrages, die eine durch den Vertrag geschützte „Investition“ getätigt haben, sind daher in einem Schiedsverfahren klagebefugt. Neuere Verträge erfassen als Investition alle Arten von Vermögenswerten und zählen nur beispielhaft einzelne Investitionsformen auf<sup>26</sup>. Auf Grund dieser

11) Art. 54 ICSID-Konvention.

12) *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, Schiedsspruch v. 14. 3. 2003 (Kühn, Schwebel, Handl), [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com).

13) *CSOB v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Schiedsspruch v. 29. 12. 2004 (van Houtte, Bernardini, Bucher).

14) Anfang März 2006 verzeichnete ICSID 99 erledigte Verfahren ([www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm)). Es sind nur 4 Fälle bekannt, in denen Vollstreckungsverfahren gegen Staaten eingeleitet werden mussten.

15) *Baldwin/Kantor/Nolan*, *Journal of International Arbitration* 2006, 1 ff.

16) North American Free Trade Agreement, 17. 12. 1992, <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/naftatce.asp>. Art. 2103 NAFTA sieht vor, dass eine Klage wegen fiskalischer Enteignung nicht erhoben werden kann, wenn die Steuerbehörden beider Staaten vorher übereinstimmend feststellen, dass keine Enteignung vorliegt.

17) Energy Charter Treaty, Final Act of the European Energy Charter Treaty Conference, Lissabon, 12. 12. 1994, BGBl II 1997, 4. Art. 21 Abs. 5 des Energiechartavertrages beschränkt die Anwendbarkeit der Investitionsschutzbestimmungen auf behauptete Enteignungen und setzt ebenfalls voraus, dass die Angelegenheit zunächst für 6 Monate den zuständigen Finanzbehörden unterbreitet wird.

18) US-Amerikanischer Mustervertrag (2004), <http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>. Art. 21 des Mustervertrages beschränkt die Anwendbarkeit auf behauptete Enteignungen.

19) Deutscher Mustervertrag, Stand Mitte 2004, Art. 3 Abs. 4.

20) Der Begriff der „Betriebsstätte“ und der Begriff der „Investition“ unterscheiden sich fundamental. Als „Investition“ kommen grundsätzlich alle Vermögenswerte in Betracht, die dem Investor im Ausland gehören oder von ihm kontrolliert werden.

21) Die mit der gleichzeitigen Anwendung mehrerer völkerrechtlicher Verträge auf einen Sachverhalt verbundenen Probleme zeigen sich exemplarisch am Streit zwischen Mexiko und den USA über mexikanische Steuern auf importierte Süßmittel. Mexiko hatte eine 20%ige Zusatzsteuer auf den Import von Getränken, die andere Süßmittel als Rohrzucker verwenden, eingeführt. Diese Steuer wird parallel von den WTO-Abkommen und dem nordamerikanischen Freihandelsabkommen NAFTA erfasst. Die USA haben gegen Mexiko ein WTO-Verfahren eingeleitet und gewonnen (Appellate Body Report v. 6. 3. 2006, Doc.-no. WT/DS308/AB/R), obwohl auch das zwischenstaatliche Verfahren nach NAFTA Chapter 19 anwendbar gewesen wäre. Parallel sind gemäß NAFTA Chapter 11 Investitionsschiedsverfahren der amerikanischen Unternehmen *Corn Products International*, *Tate & Lyle*, und *Archer Daniels Midland* gegen Mexiko anhängig, vgl. <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>. Grundsätzlich zur Problematik Neumann, Die Koordination des WTO-Rechts mit anderen völkerrechtlichen Ordnungen: Konflikte des materiellen Rechts und Konkurrenzen der Streitbeilegung (2002).

22) Das ICSID veröffentlicht die Liste der aktuellen Verfahren unter <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>.

23) Nach einer von den UN veröffentlichten Übersicht waren Ende 2005 87 Verfahren außerhalb des ICSID anhängig gemacht worden, vgl. UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, IIA Monitor No. 4 (2005), [http://www.unctad.org/en/docs/webiteii20042\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteii20042_en.pdf).

24) Eine aktualisierte Liste dieser Verträge findet sich auf der Webseite des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit unter [www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/bilaterale-investitionsfoerderungs-und-schutzvertraege-IFV.property=pdf.pdf](http://www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/bilaterale-investitionsfoerderungs-und-schutzvertraege-IFV.property=pdf.pdf). Zuletzt ist am 11. 11. 2005 der neue Investitionsschutzvertrag mit China in Kraft getreten.

25) *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/03/25); *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/04/14); *DaimlerChrysler Services AG v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/05/1); *Siemens AG v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/8).

26) Hierzu und zum Begriff der Investition *Christoph Schreuer*, The ICSID-Convention, Art. 25 Rn. 80–124 sowie *Noah Rubins*, The Notion of Investment in International Investment Arbitration, in: Horn (Hrsg.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, 2004, 283–324.

## AUFsätze

weiten Formulierung wurden auch schon Verträge zum Bau von Infrastruktureinrichtungen wie z. B. Autobahnen oder Häfen als „Investition“ beurteilt<sup>27</sup>. Auch Minderheitsbeteiligungen an Gesellschaften können eine geschützte Investition darstellen, wenn der Wortlaut des jeweiligen Investitionsschutzvertrages dies hergibt<sup>28</sup>. Einige neuere Verträge schützen auch indirekt kontrollierte Investitionen und erfassen daher Fälle, in denen Investitionen über Holding-Gesellschaften in Drittstaaten in den Zielstaat geleitet werden<sup>29</sup>.

Als „Investor“ kommen grundsätzlich alle natürlichen und juristischen Personen in Betracht, die die Nationalität des jeweils anderen Vertragsstaates besitzen. Maßstab dafür ist das jeweilige innerstaatliche Recht. Briefkastenfirmen und Unternehmen ohne substantielle Geschäftsaktivität, die von Unternehmen aus Drittstaaten kontrolliert werden, fallen jedoch nur dann aus dem Anwendungsbereich eines Investitionsschutzvertrages heraus, wenn dies durch eine sog. „Denial-of-Benefits“-Klausel ausdrücklich vorgesehen ist<sup>30</sup>. Enthält ein Investitionsschutzvertrag keine solche Klausel, wären ausländische Investoren, die durch innerstaatliche Regelungen wie z. B. § 50d Abs. 3 EStG belastet werden, grundsätzlich dennoch durch den Investitionsschutzvertrag geschützt.

### 3.2 Materiell-rechtliche Schutzvorschriften

Die weltweit ca. 2000 Investitionsschutzverträge enthalten vergleichbare Schutzvorschriften, deren Formulierungen sich nur leicht unterscheiden<sup>31</sup>. Schiedsgerichtliche Entscheidungen zu diesen Schutzvorschriften, die auf der Grundlage eines Investitionsschutzvertrages ergehen, werden daher von anderen Schiedsgerichten, die auf der Grundlage anderer Verträge urteilen, als faktische Präzedenzfälle gewertet. Wertet man die Schiedssprüche der jüngsten Zeit aus<sup>32</sup>, zeigt sich, dass insbesondere vier Schutzvorschriften besondere Praxisrelevanz besitzen.

#### 3.2.1 Faire und gerechte Behandlung

Diese Vorschrift verpflichtet Vertragsstaaten, Investoren und/oder deren Investitionen billig und gerecht („*fair and equitable*“) zu behandeln. Zweck dieser Verpflichtung ist es, einen vom nationalen Recht des Gaststaates unabhängigen Standard der Behandlung ausländischer Investoren zu setzen<sup>33</sup>. Zahlreiche Schiedsgerichte haben in den letzten 3 Jahren entschieden, dass auch unklare und widersprüchliches staatliches Handeln eine unbillige oder ungerechte Behandlung darstellen kann: ein Staat sei verpflichtet, Investitionen eine Behandlung zu gewähren, die den grundlegenden Erwartungen des Investors bei der Vornahme der Investition nicht widerspreche. Der Investor könne erwarten, dass der Staat beständig und vor allem transparent handle, so dass der Investor von vorneherein wisse, welche Gesetze und Regeln zur Anwendung kommen und welche Ziele die Behörden verfolgen<sup>34</sup>. Diese Verpflichtung erfasst grundsätzlich auch steuerliches Handeln des Staates<sup>35</sup>. Verspricht der Staat z. B. ausländischen Investoren in einem Gesetz oder in einem Vertrag jahrelange Steuerfreiheit, und vertrauen Investoren darauf bei Planung und Vornahme ihrer Investition, könnte es als unfaire und ungerechte Behandlung zu werten sein, wenn diese Steuerfreiheit unerwartet vorzeitig abgeschafft wird. Auch die unerwartete Einführung einer Besteuerung von Finanzierungskosten („Substanzbesteuerung“) könnte im Einzelfall eine unfaire und ungerechte Behandlung darstellen, wenn ausländische Investoren bzw. deren deutsche Töchter im legitimen Vertrauen auf die Beibehaltung der bis dahin geltenden Rechtslage z. B. erhebliche Finanzierungsaufwendungen getätigt haben. Staaten sind ferner verpflichtet, Ausländern effektiven Rechtsschutz zu gewähren, und die Verweigerung des Rechtsschutzes kann als „*denial of justice*“ eine Verletzung der Pflicht zu fairer und gerechter Behandlung

darstellen<sup>36</sup>. Behandelt der Staat einen Investor entgegen bestehender völkerrechtlicher Verpflichtungen, kann das ein Anzeichen für eine unfaire und ungerechte Behandlung darstellen<sup>37</sup>. Ob allerdings ein bei Vornahme einer Investition bestehender „*treaty override*“ eine unfaire und ungerechte Behandlung eines ausländischen Investors darstellt, ist fraglich und lässt sich nur für den Einzelfall beantworten<sup>38</sup>.

#### 3.2.2 Meistbegünstigungsklauseln

Nahezu alle Investitionsschutzabkommen enthalten eine Meistbegünstigungsklausel. Diese verpflichtet die Vertragsstaaten, ausländische Investoren bzw. deren Investition nicht schlechter zu behandeln als Investoren des Gaststaates oder dritter Staaten<sup>39</sup>. Eine Meistbegünstigungsklausel erlaubt es einem Investor somit, sich auf die Vorschriften von Investitionsschutzverträgen zu berufen, die der Gaststaat mit dritten Staaten geschlossen hat. Ob der Investor sich auf alle oder nur auf bestimmte Vorschriften

27) *Salini Costruttori SpA und Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Entscheidung über die Zuständigkeit v. 23. 7. 2001 (*Briner, Cremades, Fadlallah*); *Autopista Concesionada de Venezuela CA v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Entscheidung über die Zuständigkeit v. 27. 9. 2001 (*Böckstiegel, Kaufmann-Kohler, Cremades*).

28) Besonders illustrativ ist die Entscheidung in *GAMI Investments, Inc. v. Mexico*, Schiedsspruch v. 15.11. 2004 (*Reisman, Lacarte, Paulsson*), Abs. 37–42. Obgleich die Klägerin nur 14,18 % der Anteile an der mexikanischen Gesellschaft GAM hielt, und GAM auf Grund einer Entscheidung der Mehrheitsaktionäre vor mexikanischen Gerichten gegen die staatlichen Maßnahmen klagte, war die Klage von GAMI zulässig.

29) In *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/13, Entscheidung über die Zuständigkeit v. 14.1. 2004 (*Vicuna, Espiell, Tschanz*) wurde es als ausreichend erachtet, dass die Kläger über zwei Tochtergesellschaften nur 50 % einer argentinischen Gesellschaft hielten, die wiederum die Mehrheit an der eigentlichen, von den staatlichen Handlungen betroffenen Gasgesellschaft hielten.

30) Welche Substanzerfordernisse z. B. nach nationalem Steuerrecht bestehen (vgl. *Niedrig*, IStR 2003, 474), ist dafür unerheblich. Unklar ist jedoch, ob das auch für Briefkastenfirmen gilt, die nur zu dem Zweck gegründet wurden, den Schutz eines IFV zu erlangen.

31) Vgl. dazu die Studie von *Dolzer/Stevens*, *Bilateral Investment Treaties*, 1995.

32) Sämtliche hier zitierten Schiedssprüche sind entweder über die Webseite des ICSID ([www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid)) oder über die Webseite [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com) zu finden.

33) *Dolzer/Stevens* (Fn. 39), S. 58.

34) *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Schiedsspruch v. 29. 5. 2003 (*Naon, Rozas, Vereá*), Abs. 154; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile SA v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Schiedsspruch v. 25. 5. 2004 (*Rigo, Lalonde, Blanco*), Abs. 103–104; *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Teilschiedsspruch v. 19. 8. 2005 (*Fortier, Schwebel, Rajski*), Abs. 236; *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, Schiedsspruch v. 26. 1. 2006 (*Ariosa, Wälde, van den Berg*), Abs. 147.

35) *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Schiedsspruch v. 1. 7. 2004 (*Brower, Vicuna, Sweeney*), Abs. 180–192.

36) Ein *denial of justice* kann in verschiedenen Formen vorliegen: „A denial of justice could be pleaded if the relevant courts refuse to entertain a suit, if they subject it to undue delay, or if they administer justice in a seriously inadequate way. (...) There is a fourth type of denial of justice, namely the clear and malicious misinterpretation of the law.“ *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Schiedsspruch v. 1. 11. 1999 (*Civiletti, von Wobeser, Paulsson*), Abs. 102–103. Grundlegend dazu *Paulsson*, *Denial Of Justice* (2005).

37) *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Teilschiedsspruch v. 13. 11. 2000 (*Schwartz, Hunter, Chiasson*), Abs. 264.

38) Kannte der Investor bei Vornahme der Investition den „*treaty override*“ (z. B. § 50d Abs. 3 EStG) oder hätte ihn kennen müssen, ist berechtigtes Vertrauen des Investors in DBA-konforme Behandlung grundsätzlich schwierig zu begründen. Anders kann dies zu beurteilen sein, wenn der Investor auf Grund staatlichen Handelns davon ausgehen durfte, dass ein solcher „*treaty override*“ wie § 50d Abs. 3 EStG auf ihn keine Anwendung findet und die Finanzbehörden dann ihre Auffassung ändern.

39) Einen guten Überblick über Herkunft, Entwicklung und Rechtsprechung zu Meistbegünstigungsklauseln gibt die OECD in ihrem Arbeitspapier „*Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*“ (2004).

## AUFsätze

dieses weiteren Vertrages berufen kann, hängt von der durch die Formulierung bestimmten Reichweite der Meistbegünstigungsklausel ab.

### 3.2.3 Verbot der entschädigungslosen Enteignung

Herzstück eines jeden Investitionsschutzabkommens ist das Verbot, ausländische Investitionen zu enteignen oder Maßnahmen mit enteignungsgleicher Wirkung zu unterwerfen, ohne unverzüglich eine angemessene und effektive Entschädigung zu zahlen. Die klassische Form der Enteignung entzieht dem Investor seinen Eigentumstitel und überträgt diesen zum Staat. Für eine enteignungsgleiche Maßnahme reicht es aus, wenn dem Investor grundlegende Rechte, die ihm als Eigentümer zustehen, oder der wirtschaftliche Wert des Eigentums faktisch dauerhaft entzogen werden, ohne dass der Eigentumstitel berührt wird<sup>40</sup>.

Eines der zur Zeit umstrittensten und wohl wichtigsten Probleme im Investitionsschutzrecht betrifft die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen sog. regulatorisches Handeln des Staates, also z. B. Maßnahmen zum Schutz der Umwelt, der Verbraucher oder der Gesundheit, oder z. B. eine Änderung der Steuergesetze, entschädigungspflichtige Enteignungen darstellen können<sup>41</sup>. Die Rechtsprechung hierzu ist noch im Fluss. Einerseits sollen nicht-diskriminierende, allgemein wirkende Gesetze keine Enteignung darstellen können<sup>42</sup>, andererseits haben Schiedsgerichte entschieden, dass regulatorische Maßnahmen als enteignungsgleiche Maßnahmen zu werten sind, wenn sie den wirtschaftlichen Wert der Investition vernichten und unverhältnismäßig sind<sup>43</sup>. Entsprechend gilt als anerkannt, dass nicht jede Änderung des Steuerrechts, die den Investor belastet, eine Enteignung darstellt<sup>44</sup>, aber eine Besteuerung, die den wirtschaftlichen Wert der Investition vernichtet, als Enteignung gewertet werden kann<sup>45</sup>.

### 3.2.4 „Pacta sunt servanda“

Erfüllt der Staat einen zwischen ihm und dem Investor geschlossenen Vertrag nicht, so stellt dies keine Enteignung dar, wenn dem Investor der Rechtsweg offensteht<sup>46</sup>. Eine Vielzahl völkerrechtlicher Investitionsschutzabkommen enthält daher – mit unterschiedlichen Formulierungen – eine Klausel, die den Staat verpflichtet, auch „sonstige Verpflichtungen“ gegenüber Investoren zu beachten. Inhalt und Wirkung dieser Klauseln, die auch als *umbrella clause* bezeichnet werden, sind umstritten und in der völkerrechtlicher Rechtsprechung und Literatur noch nicht abschließend geklärt<sup>47</sup>. Als Stand der Rechtsprechung kann aber gelten, dass eine Verletzung eines zwischen Staat und Investor geschlossenen Vertrages auch eine Verletzung der *umbrella clause* darstellt. Hat ein Staat daher gegenüber einem ausländischen Investor, z. B. durch eine Stabilisierungsklausel, für einen bestimmten Zeitraum eine bestimmte steuerliche Behandlung der Investition versprochen, würde eine abweichende Besteuerung eine anwendbare *umbrella clause* verletzen. Grundsätzlich können auch andere völkerrechtliche Abkommen, die auf den Streit anwendbar sind, „sonstige Verpflichtungen“ darstellen, deren Verletzung über die *umbrella clause* in einem Schiedsverfahren gerügt werden kann<sup>48</sup>. Ob die Verletzung eines DBA in einem Schiedsverfahren geltend gemacht werden kann, ist, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden worden und wirft Fragen auf, die hier nicht abschließend diskutiert werden können<sup>49</sup>.

## 4. Investitionsschutz bei steuerbezogenen Rechtsstreitigkeiten

### 4.1 Präzedenzfälle

#### 4.1.1 Feldman Karpa v. Mexico

Eine der ersten Entscheidungen zu steuerlichen Sachverhalten erging im Verfahren *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican*

*States*<sup>50</sup>. Grundlage war das nordamerikanische Freihandelsabkommen NAFTA. Der US-amerikanische Kläger war alleiniger Gesellschafter eines mexikanischen Unternehmens, dessen Geschäft u. a. im Export von Zigaretten bestand. Um beim Export der Zigaretten eine bestimmte mexikanische Steuer zurückerstattet zu bekommen, musste diese separat auf den Rechnungen ausgewiesen sein. Obwohl das Unternehmen diese Voraussetzungen nicht erfüllen konnte, wurde über mehrere Jahre trotzdem die Steuer zurückerstattet, bis die Möglichkeit der Rückerstattung gestrichen und die Steuerbehörden die Rückzahlung von US-\$ 25 Mio. an bereits zurückerstatteten Zahlungen verlangten. Noch während die Verfahren vor den mexikanischen

40) Zur indirekten Enteignung im Völkerrecht ausführlich *Christie*, BYIL 45, 1962, 307–338; *Higgins*, RdC 176 (1982 III) 1982, 263–389; auch *Paulsson/Douglas*, Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitration, in: Horn (Hrsg.) (Fn. 26), S. 145–158. Instruktiv sind auch die Erörterungen des Schiedsgerichts in *GAMI Investments, Inc. v. Mexico*, Schiedsspruch v. 15. 11. 2004 (*Reisman, Lacarte, Paulsson*), Abs. 116–133, [www.naftaclaims.com](http://www.naftaclaims.com).

41) Den Konflikt zwischen dem Schutz ausländischer Investitionen und dem notwendigen Spielraum der Regierungen zur Regelung öffentlicher Angelegenheiten hat das Tribunal in *Feldman v. Mexico* wie folgt zusammengefasst: „103. The Tribunal notes that the ways in which governmental authorities may force a company out of business, or significantly reduce the economic benefits of its business, are many. In the past, confiscatory taxation, denial of access to infrastructure or necessary raw materials, imposition of unreasonable regulatory regimes, among others, have been considered to be expropriatory actions. At the same time, governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this (see infra para. 105).“ *Marvin Feldman v. Mexico*, Case No. ARB(AF)/99/1, Schiedsspruch v. 16. 12. 2002 (*Kerameus, Bravo, Gantz*), Abs. 103.

42) *Methanex Corporation v. United States of America*, Schiedsspruch v. 3. 8. 2005 (*Rowley, Reisman, Veeder*), Part IV, Chapter D, S. 4; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Teilschiedsspruch v. 17. 3. 2006 (*Watts, Fortier, Behrens*), Abs. 225.

43) *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/00/2, Schiedsspruch v. 29. 5. 2003 (*Naon, Rozas, Vereá*), Abs. 115–122; *Azurix Corp. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, Schiedsspruch v. 14. 7. 2006 (*Rigo Sureda, Lalonde, Mantius*), Abs. 331–332.

44) *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, Schiedsspruch v. 3. 2. 2006 (*Crawford, Grigera Naón, Thomas*), Abs. 177.

45) *Jennings/Watts*, *Oppenheim's International Law*, Bd. I/2–4, 916; *Sornarajah*, *The International Law on Foreign Investment*, S. 393; *Feldman v. Mexico* (Fn. 41).

46) *Waste Management, Inc v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, Schiedsspruch v. 30. 4. 2004 (*Crawford, Civiletti, Gómez*), Abs. 161–174; vgl. auch *SGS v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Entscheidung über die Zuständigkeit v. 29. 1. 2004 (*El-Koshery, Crawford, Crivellaro*), Abs. 163; *Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, ICSID Case No. ARB/00/6, Schiedsspruch v. 22. 12. 2003 (*Briner, Cremades, Fadlallah*), Abs. 65: „Pour qu'il y ait droit à compensation il faut que la personne de l'exproprié prouve qu'il a été l'objet de mesures prises par l'Etat agissant non comme cocontractant mais comme autorité publique“.

47) Zum Hintergrund und der Entstehungsgeschichte dieses Vorschrift *Sinclair*, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, *Arbitration International* 4 (2004), sowie *Walde*, *The Umbrella (or Sanctity of Contract/Pacta sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases*, *TDM* vol 1/4 (2004).

48) *SGS v. Philippines* (Fn. 33), Abs. 114 ff. In diesem Verfahren war die Auslegung der *umbrella clause* streitentscheidend. Selbst die Philippinen bestritten nicht, dass die Verletzung sonstiger völkerrechtlicher Verpflichtungen eine Verletzung der *umbrella clause* darstellen kann.

49) Einerseits haben die Vertragsstaaten eines DBA die Streitbeilegung ausdrücklich dem Verständigungsverfahren zugewiesen. Andererseits hätten sie die Möglichkeit gehabt, die Anwendbarkeit eines Investitionsschutzvertrages auf steuerliche Sachverhalte auszuschließen (s. o.). Zur grundsätzlichen Problematik ausführlich *Finke*, *Die Parallelität internationaler Streitbeilegungsmechanismen* (2004).

50) *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Schiedsspruch v. 16. 12. 2002 (*Kerameus, Bravo, Gantz*).

## AUFsätze

Finanzgerichten andauerten, erhob der Kläger auf der Grundlage des NAFTA Schiedsklage mit dem Argument, dass – unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Rückerstattung – mexikanische Zigarettenexporteure weiterhin die Steuerrückerstattung gewährt bekämen und er somit diskriminiert würde. Das Schiedsgericht gab ihm Recht und sprach ihm 1,7 Mio. US-\$ Schadensersatz zu.

#### 4.1.2 Occidental v. Ecuador

Ebenfalls auf einem Steuerstreit beruhte das Verfahren *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*<sup>51</sup>, das auf der Grundlage des Investitionsschutzvertrages zwischen den USA und Ecuador stattfand. Die Klägerin („Occidental“) hatte 1999 mit der staatlichen Ölgesellschaft *Petroecuador* einen Vertrag über die Suche nach und Förderung von Öl geschlossen. Da Occidental einen Teil des geförderten Öls (das „Exportöl“) behalten und exportieren durfte, bekam sie auf Antrag stets die Umsatzsteuer für alle vertragsbezogenen Geschäfte, z. B. Kauf von Materialien, erstattet. Anfang 2001 änderten die Steuerbehörden jedoch ihre Praxis und begründeten die Änderung damit, dass die Umsatzsteuererstattung bereits in der vertraglichen Berechnungsformel für das Occidental zustehende Exportöl enthalten sei. Die Rückerstattung wurde verweigert und die bisher gezahlten Beträge zurückverlangt. Die Klägerin erhob hiergegen Klage vor den innerstaatlichen Gerichten und – parallel – Schiedsklage auf der Grundlage des Investitionsschutzvertrages. Das Schiedsgericht gab der Klägerin Recht: Ecuador habe u. a. die Verpflichtung zur fairen und gerechten Behandlung verletzt. Es entschied, dass Occidental ein Recht auf Rückerstattung der Umsatzsteuer habe und dass der Klägerin Schadensersatz i. H. von US-\$ 71 Mio. zu zahlen sei.

#### 4.1.3 Yukos Universal Ltd. u. a./Russland

Das bekannteste, politisch sensibelste und größte steuerbezogene Verfahren dürfte das der drei Yukos-Aktionäre *Hulley Enterprises Ltd.* (Zypern), *Veteran Petroleum Ltd.* (Zypern) und *Yukos Universal Ltd.* (Isle of Man) gegen Russland sein<sup>52</sup>. Die Kläger behaupten, dass durch das Handeln des russischen Staates ihre Anteile an Yukos wertlos und damit faktisch enteignet wurden, und verlangen Berichten zufolge ca. 28,3 Mrd. US-\$ Schadensersatz. Sie berufen sich auf den 1994 abgeschlossenen und 1998 in Kraft getretenen Energiechartavertrag,<sup>53</sup> den auch Russland unterzeichnet, aber bisher nicht ratifiziert hat und daher nur vorläufig anwendet<sup>54</sup>.

## 4.2 Berücksichtigung bei der steuerlichen Strukturierung von Auslandsinvestitionen

### 4.2.1 Unterschiedlicher Anwendungsbereich verschiedener Investitionsschutzverträge

Bereits bei der Gestaltung und Strukturierung der Auslandsinvestition können und sollten Gesichtspunkte des Investitionsschutzes mit berücksichtigt werden. Die 115 deutschen Investitionsschutzverträge bieten – je nach Land und Zeitpunkt ihres Inkrafttretens – unterschiedlichen Schutz für Investitionen. Verträge vor 1980 sehen z. B. nur selten die Möglichkeit direkter Schiedsverfahren zwischen Staat und Investor vor. Ist der deutsche Investitionsschutzvertrag veraltet oder umfasst keine Steuerstreitigkeiten, kann es sich – sofern keine steuerlichen Nachteile anfallen – anbieten, die Investition durch eine Tochtergesellschaft in einem Staat durchlaufen zu lassen, der mit dem Zielstaat einen Investitionsschutzvertrag geschlossen hat, der auch bei steuerlichen Streitigkeiten eingreift. Diese Notwendigkeit zeigt sich beispielhaft am Verfahren *EnCana Corporation v. Ecuador*<sup>55</sup>. Obwohl der Sachverhalt vergleichbar dem *Occidental*-Verfahren war, wies das Schiedsgericht die Klage ab: der Investitionsschutzver-

trag war auf steuerliche Sachverhalte nur im Fall einer fiskalischen Enteignung anwendbar, die das Schiedsgericht nicht als gegeben ansah.

### 4.2.2 Mehrfache Absicherung über Holding-Gesellschaften

Wie dargelegt, schützen einige Verträge, insbesondere die Verträge der USA, auch indirekt über Gesellschaften in einem Drittstaat gehaltene Investitionen. Somit kann es im Streitfall möglich sein, sich gleichzeitig auf zwei verschiedene Investitionsschutzverträge zu berufen. Anschaulich zeigen das die beiden Verfahren *Lauder/Czech Republic* und *CME/Czech Republic*. *Lauder*, ein amerikanischer Staatsbürger, hatte durch die niederländische Gesellschaft *CME* indirekt in den tschechischen TV-Markt investiert. Nachdem es zum Streit mit der tschechischen Republik kam, weil die tschechische Tochtergesellschaft *CNTS* die Kontrolle über den von ihr gegründeten Fernsehsender TV Nova verlor, erhoben sowohl *Lauder* – unter dem US-tschechischen Investitionsschutzvertrag – und *CME* – unter dem niederländisch-tschechischen Investitionsschutzvertrag – Schiedsklage. Die Schiedsgerichte kamen zu unterschiedlichen Ergebnissen: das *Lauder*-Schiedsgericht wies die Klage ab, während das *CME*-Schiedsgericht der Klage stattgab und der Klägerin US-\$ 269 Mio. Schadensersatz zusprach. Weitere Gestaltungsmöglichkeiten ergeben sich daraus, dass u. U. auch die Finanzierung einer Auslandsinvestition eine geschützte Kapitalanlage darstellen kann<sup>56</sup>. Bei richtiger Strukturierung kann daher ein mehrfacher Schutz für die Auslandsinvestition erreicht werden.

### 4.2.3 Verlegung des Gesellschaftssitzes

Unter Umständen kann es auch noch nach Vornahme einer Investition möglich sein, den Schutz eines Investitionsschutzvertrages zu erlangen. Dies zeigt das vor kurzem durch einen Vergleich beendete Verfahren *Aguas de Tunari v. Republic of Bolivia*<sup>57</sup>. *Aguas de Tunari* („AdT“) war eine bolivianische Gesellschaft, die von einem internationalen Konsortium gegründet worden war, um für eine Konzession zur Wasserversorgung mitbieten zu können. 55 % der Anteile von AdT gehörten durch eine Holding-Gesellschaft auf den Cayman Islands dem US-Konzern *Bechtel*. Nachdem AdT die Konzession erhalten hatte, strukturierte *Bechtel* aus verschiedenen Gründen seine Beteiligung um. Die Holding-Gesellschaft wurde von den Cayman-Islands aus steuer-

51) *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Schiedsspruch v. 1. 7. 2004 (Brower, Vicuna, Sweeney). Ecuador versucht zur Zeit, den Schiedsspruch von den dafür zuständigen britischen Gerichten aufheben zu lassen (es handelt sich um kein ICSID-Verfahren), jedoch bisher ohne Erfolg. Die Urteile des Court of Appeals und des Queen's Bench finden sich unter [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com).

52) Zum Hintergrund *Michael Goldhaber*, Global Lawyer: Strategic Arbitration, American Lawyer (Juni 2005), [www.law.com/servlet/jsp/tal/PubArticleTAL.jsp?id=1117098312615](http://www.law.com/servlet/jsp/tal/PubArticleTAL.jsp?id=1117098312615), sowie ein Gespräch zwischen *Emmanuel Gaillard*, dem Anwalt der Kläger, mit Interfax, [www.interfax.ru/e/B/politics/29.html?id\\_issue=10749912](http://www.interfax.ru/e/B/politics/29.html?id_issue=10749912).

53) Dabei handelt es sich um einen multilateralen Vertrag mit 46 Vertragsparteien, der Investitionen im Energiesektor schützt. Durch den Vertrag wurde eine internationale Organisation, die Energiecharta-Konferenz, mit Sitz in Brüssel geschaffen ([www.encharter.org](http://www.encharter.org)). Auf der Grundlage des Energiechartavertrages sind ferner bereits Schiedsverfahren gegen Ungarn, Lettland, Bulgarien, die Mongolei und Slowenien initiiert worden.

54) Art. 45 Energiechartavertrag verpflichtet alle Unterzeichner, bis zur Ratifizierung den Vertrag vorläufig anzuwenden. Dazu ausführlich *Ulrich Klaus*, Yukos, ECT and Provisional Application, Transnational Dispute Management, Vol. 2 Iss. 3/2005, [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com).

55) *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, Schiedsspruch v. 3. 2. 2006 (Crauford, Grigera Naón, Thomas).

56) *Fedax N.V. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Entscheidung über die Zuständigkeit v. 11. 7. 1997 (Orrego Vicuna, Owen, Heith), Abs. 24.

57) *Aguas de Tunari v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Entscheidung des Schiedsgerichts über die Zuständigkeit v. 21. 10. 2005 (Caron, Alberro-Semerena, Alvarez).

lichen Gründen nach Luxemburg verlegt und durch zwei weitere niederländische Gesellschaften von *Bechtel* gehalten. Dies führte dazu, dass der Investitionsschutzvertrag zwischen den Niederlanden und Bolivien anwendbar wurde. *AdT* galt auf Grund der indirekten Kontrolle durch niederländische Gesellschaften als niederländischer Investor und konnte nach Entstehen von Streitigkeiten ein ICSID-Schiedsverfahren gegen Bolivien einleiten.

#### 4.2.4 Gestaltungsmöglichkeiten für Inbound- wie für Outbound-Investitionen

Investitionsschutzverträge wirken immer in beide Richtungen: deutsche Verträge schützen daher nicht nur deutsche Investitionen im Ausland, sondern auch ausländische Investitionen in Deutschland. Erwirbt z. B. ein indisches Unternehmen eine deutsche Gesellschaft, genießt das indisches Unternehmen alle Rechte eines Investors nach dem deutsch-indischen Investitionsschutzvertrag. Zwar ist in Deutschland das politische Risiko eines direkten staatlichen Eingriffs wie z. B. einer Enteignung gering. Unklares und widersprüchliches behördliches Handeln, regulatorische Eingriffe und Konflikte zwischen den verschiedenen staatlichen Ebenen (Bund, Land, Gemeinde) lassen es aber nicht ausgeschlossen erscheinen, dass staatliches Handeln deutscher Behörden im Einzelfall gegen Verpflichtungen aus den bestehenden Investitionsschutzverträgen verstößt.

Alexander Reichl und Anas Wittkowski, beide München\*

## § 2a EStG im Fadenkreuz des EuGH? – Die Schlussanträge in der Rechtssache „REWE Zentralfinanz“

Mit der Rs. *REWE Zentralfinanz* wurde dem EuGH erneut ein Sachverhalt vorgelegt, bei dem die Problematik der grenzüberschreitenden Verlustverrechnung im Mittelpunkt steht. Am 31. 5. 2006 wurden die Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* veröffentlicht. Neben einer zusammenfassenden Darstellung der Schlussanträge werden nachfolgend die Auswirkungen auf § 2a Abs. 1 und 2 EStG für den Fall kommentiert, dass der EuGH den Anträgen des Generalanwalts folgt. Auch wenn die Schlussanträge hinter den geäußerten Erwartungen zurückbleiben, zeigen sie dennoch, dass die Verlustausgleichsbeschränkungen nach § 2a Abs. 1 EStG unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit mit den europäischen Grundfreiheiten zunehmend „auf tönernen Füßen“ stehen.

### 1. Einleitung

Der Einfluss des EuGH auf das internationale Steuerrecht der Mitgliedstaaten nimmt in den letzten Jahren in verstärktem Maße zu. Die nationalen steuerlichen Vorgaben der Mitgliedstaaten dürfen den im EG-Vertrag<sup>1</sup> (EGV) verankerten Grundfreiheiten nicht entgegenstehen. Dabei spielt das Recht der Teilnehmer am europäischen Binnenmarkt auf Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit eine herausragende Rolle. Von der Öffentlichkeit wurden besonders die vor kurzem ergangenen EuGH-Urteile in den Rechtssachen *Marks & Spencer*<sup>2</sup> und *Ritter Coulais*<sup>3</sup> aufmerksam verfolgt. Die Brisanz beider Verfahren lag darin, dass die klagenden Parteien im Ausland erzielte Verluste in ihren Ansässigkeitsstaaten geltend machen wollten, obwohl nationale Vor-

### 5. Zusammenfassung

Investitionsschutzverträge bieten deutschen Unternehmen, die im Ausland investieren, effektiven Rechtsschutz bei Streitigkeiten mit dem Gaststaat. Verletzt der Staat seine Verpflichtungen aus dem Investitionsschutzvertrag, können Unternehmen in der Regel unmittelbar auf Schadensersatz vor einem internationalen Schiedsgericht klagen. Dies gilt grundsätzlich auch für investitionsbezogene Streitigkeiten, wenn die Art und Weise der Besteuerung gegen den Investitionsschutzvertrag verstößt. Diese Rechtsschutzmöglichkeit geht sowohl hinsichtlich des Schutzes (alle Arten von Steuern, jegliches steuerliches Handeln) als auch der Durchsetzungsmöglichkeit (direkte Streitbeilegung unter Kontrolle des Investors) über das Verständigungsverfahren eines DBA und die Vorschläge zu dessen Verbesserung weit hinaus<sup>58</sup>. Bei richtiger Planung und Strukturierung der Investition kann der Schutz durch Investitionsschutzverträge optimiert und sichergestellt werden, dass im Streitfall neutraler und effektiver Rechtsschutz zur Verfügung steht.

58) OECD, Proposals für Improving Mechanisms for the Resolution of Tax Treaty Disputes, Februar 2006, [www.oecd.org/dataoecd/5/20/36054823.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/5/20/36054823.pdf).

schriften eine Nutzung ausländischer Verluste im Inland nicht vorsahen<sup>4</sup>. In beiden Fällen gab der EuGH den Klägern Recht und gestattete bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen eine grenzüberschreitende Verlustnutzung.

Das Finanzgericht Köln hatte mit Vorlagebeschluss vom 15. 7. 2004<sup>5</sup> dem EuGH mit der Rs. *REWE Zentralfinanz* erneut einen Sachverhalt zur Vorabentscheidung vorgelegt<sup>6</sup>, bei dem das oberste europäische Gericht über nationale Verlustverrechnungsbeschränkungen bei Auslandssachverhalten entscheiden muss. Wie bei der Rs. *Ritter Coulais* steht dabei der § 2a EStG im Mittelpunkt des Verfahrens. Am 31. 5. 2006 legte Generalanwalt *Maduro*<sup>7</sup> seine Schlussanträge in der o. g. Rechtssache vor<sup>8</sup>. Im Folgenden werden die Schlussanträge dargelegt und, sollte der EuGH den Ausführungen des Generalanwaltes folgen, mögliche Auswirkungen auf das deutsche Steuerrecht aufgezeigt.

\*) Alexander Reichl und Anas Wittkowski sind Mitarbeiter der Kanzlei Peters, Schönberger & Partner GbR in München.

1) In der konsolidierten Fassung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABIEU 2002, Nr. C 325, S. 1 ff.

2) EuGH v. 13. 12. 2005, C-446/03, IStR 2006, 19 ff.

3) EuGH v. 21. 2. 2006, C-152/03, IStR 2006, 196 ff.

4) Ausführlich zu den Urteilen *Graf/Reichl/Wittkowski*, Stbg 2006, 209 ff., m. a. N.

5) FG Köln v. 15. 7. 2004, 13 K 1908/00, EFG 2004, 1609 ff.

6) ABIEU 2004, Nr. C 273, S. 10.

7) *M. Poiares Maduro* formulierte bereits in der Rs. *Marks & Spencer* als Generalanwalt die Schlussanträge.

8) Schlussanträge v. 31. 5. 2006, C-347/04.