SHEARMAN & STERLING LLP

Client Publication

Forensik/International Arbitration | September 2006

Strukturierung von Auslandsinvestitionen im Hinblick auf Investitionsförderungsabkommen

Der Gang eines Unternehmens ins Ausland ist meist mit vielen wirtschaftlichen, steuerlichen und technischen Überlegungen verbunden. Dabei gilt es Investitionsförderungsabkommen von Anfang an in der Planung zu berücksichtigen.

Die Bedeutung von Investitionsförderungsabkommen bei der Strukturierung von Auslandsinvestitionen

Vor allem Investitionen in Entwicklungs- und Schwellenländern bergen nicht nur enorme Chancen, sondern auch Risiken, die der Auslandsinvestor berücksichtigen sollte. Diese Risiken können sich aus wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Gaststaats, Transformationsprozessen, Systemwechseln, Staatskrisen, diskriminierenden Gesetzesänderungen, kriegerischen Auseinandersetzungen, Enteignungen oder Verstaatlichungen ergeben und sind für den Investor oftmals weder absehbar noch beeinflussbar. Ein zunehmend wichtiger Aspekt bei der sorgfältigen Planung einer Auslandsinvestition ist daher die Absicherung der Investition gegen solche Risiken. Ziel eines jeden Auslandsinvestors sollte es sein, den größtmöglichen Schutz seiner Investition zu gewährleisten.

Um diesen Schutz zu bewerkstelligen und um damit Auslandsinvestitionen attraktiver zu machen, haben viele Staaten bilaterale Investitionsförderungsabkommen (nachfolgend IFA, englisch BIT für Bilateral Investment Treaties) abgeschlossen oder sind multilateralen Investitionsförderungsabkommen beigetreten. Weltweit gibt es mittlerweile mehr als 2.000 IFA, die Auslandsinvestoren und ihre Investitionen in unterschiedlichem Umfang schützen. In diesen IFA sichert jeder Vertragsstaat den Investoren des jeweils anderen Vertragsstaats gewissen Schutz zu. In aller Regel gewährleisten IFA faire und diskriminierungsfreie Behandlung von Investoren und Investitionen, freien Kapital- und Gewinntransfer und angemessene Entschädigung bei Enteignungen.

IFA jüngeren Datums sehen zudem meist die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investor und Gastsstaat durch ein internationales Schiedsgericht vor.

Solche Investitionsschiedsgerichte können entweder ad hoc gebildet werden oder institutionell administriert sein. Häufig sehen IFA Schiedsverfahren nach dem Weltbankübereinkommen von 1965 (BGBl. 1969 II, S. 369) vor (sog. ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit). Die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit hat für den Investor, der seine Rechte gegenüber einem Staat durchsetzen muss, wesentliche Vorteile:

- ICSID-Schiedssprüche sind unmittelbar in den Vertragsstaaten vollstreckbar, ohne dass es einer Anerkennung durch staatliche Gerichte bedarf.
- Es besteht für die Vertragsstaaten ein hoher Druck, die Entscheidungen eines ICSID-Schiedsgerichts auch tatsächlich anzuerkennen. Denn alle eingeleiteten ICSID-Verfahren werden veröffentlicht (<http://www.worldbank.org.icsid>) und außerdem bewegt die enge Anbindung der ICSID an die Weltbank die meisten staatlichen Parteien dazu, den Schiedsspruch zu befolgen, um die Beziehungen zur Weltbank nicht zu belasten.

- ICSID-Schiedssprüche können nur unter den engen Voraussetzungen des Artikels 52 ICSID-Schiedsregeln aufgehoben werden. Die Aufhebung liegt allein in der Hand eines dreiköpfigen ICSID-Annullierungskomitees und ist damit der staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen.

Wege des Investors in den Anwendungsbereich eines für ihn günstigen IFA

Nicht nur aus den oben genannten Gründen sollte der Auslandsinvestor bilaterale und multilaterale IFA bereits bei der Strukturierung seiner Auslandsinvestition berücksichtigen. Denn ob ein IFA vorhanden ist und inwieweit es Schutz gewährt, spielt häufig bereits bei der Finanzierung und bei der Gewährung von Bürgschaften eine wichtige Rolle, beispielsweise wenn Darlehensgeber bei Vorhandensein eines IFA niedrigere Zinssätze anbieten oder staatliche Investitionsgarantien ein IFA mit dem Gaststaat voraussetzen.

Bei alledem ist jedoch stets zu beachten, dass jedes IFA ein einzeln ausgehandelter völkerrechtlicher Vertrag ist, der je nach der Verhandlungsposition und den Interessen der Parteien und je nach Alter des Abkommens unterschiedlich intensiven Schutz gewähren kann. Der genaue Wortlaut des einzelnen IFA ist demnach entscheidend für die Bestimmung des Umfangs des gewährten Schutzes. Das bloße Vorhandensein eines IFA allein gewährt damit noch keinen ausreichenden Investitionsschutz.

Unter Umständen kann es sich deshalb für den Investor lohnen, gezielt in den Anwendungsbereich eines bestimmten IFA zu kommen. Das gilt insbesondere, wenn zwischen dem eigentlichen Heimatstaat des Investors und dem Aufnahmestaat kein IFA geschlossen wurde oder wenn ein IFA zwischen dem Gaststaat und einem Drittstaat weiterreichenden Schutz gewährleistet, indem es beispielsweise ein Schiedsverfahren zwischen Investor und Gaststaat vorsieht.

Zwar hat Deutschland mehr bilaterale IFA unterzeichnet als die meisten anderen Länder (Verträge mit 117 Staaten in Kraft getreten, zudem 20 bereits unterzeichnete, aber noch nicht in Kraft getretene Abkommen) und viele dieser IFA schützen den Investor umfassend. Gleichwohl kann es auch für den deutschen Investor unter Umständen interessant sein, in den Schutz eines anderen IFA zu gelangen. Dies wird vor allem bei älteren IFA der Fall sein, die regelmäßig keinen Streitschlichtungsmechanismus vorsehen: So räumt beispielsweise das deutsch-türkische IFA vom 20. Juni 1962 dem Investor überhaupt kein einklagbares Recht ein.

Auch für einen nichtdeutschen Investor kann es von Vorteil sein, in den Schutzbereich eines deutschen IFA zu gelangen. Bemerkenswert ist hier vor allem das neue IFA zwischen Deutschland und China aus dem Jahr 2005. Es gewährt deutschen Staatsbürgern und juristischen Personen, die ihren Sitz im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland haben, einen unter den chinesischen IFA ungewöhnlich weitreichenden Schutz.

Der Investor kann vor allem auf zwei Wegen in den Anwendungsbereich eines für ihn günstigeren IFA gelangen, nämlich

- durch eine Meistbegünstigungsklausel (MBK oder MFN vom englischen Most-Favoured-Nation Clause) im anwendbaren IFA oder
- indem er die Investition durch eine Tochtergesellschaft in dem Staat tätigt, der das jeweilige Abkommen mit dem Gaststaat abgeschlossen hat.

Bedeutung von Meistbegünstigungsklauseln

In vielen IFA verpflichten sich die Vertragsstaaten, Investoren und Investitionen aus dem jeweils anderen Vertragsstaat nicht schlechter zu behandeln als Investoren und Investitionen aus irgendeinem anderen Staat. Beispiel einer solchen Klausel enthält Artikel 3 Absatz 3 des neuen deutsch-chinesischen IFA:

> „Keine Vertragspartei behandelt Kapitalanlagen von Investoren der anderen Vertragspartei sowie Tätigkeiten im Zusammenhang mit diesen Kapi-

talanlagen weniger günstig als Kapitalanlagen von Investoren dritter Staaten sowie Tätigkeiten im Zusammenhang mit diesen Kapitalanlagen."

Enthält das anwendbare IFA eine solche MBK, so kommt der Investor in den Genuss der günstigeren Vorschriften anderer IFA des Gaststaates. Diese günstigeren Vorschriften werden durch die MBK Bestandteil des anwendbaren IFA.

Während dies uneingeschränkt für den materiell gewährten Schutz gilt (siehe z. B. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. ./. Chile, ICSID-ARB/01/7*), ist bislang nicht endgültig geklärt, inwiefern ein Investor über die MBK auf einen günstigeren Streitschlichtungsmechanismus eines anderen IFA des Gaststaats zurückgreifen kann, wenn etwa das eigentlich anwendbare IFA eine Wartefrist vor Klageerhebung oder überhaupt kein Investitionsschiedsverfahren vorsieht.

- In den Investitionsschiedsverfahren *Emilio Agustín Maffezini ./. Spanien (ICSID-ARB/97/7), Gas Natural SDG, S.A. ./. Argentinien (ICSID-ARB/03/10)* und *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. ./. Argentinien (ICSID. ARB/03/17)* entschieden die Schiedsgerichte, dass die jeweiligen Kläger aufgrund der sehr weit gefassten MBK des argentinisch-spanischen Abkommens in den Genuss der günstigeren Streitschlichtungsregelungen anderer argentinischer IFA kommen. Damit konnten die Kläger die Bedingung für die Einleitung eines Schiedsverfahrens umgehen, zuvor fristgebunden eine Streitschlichtung vor den staatlichen Gerichten versucht zu haben.
- In der Entscheidung *Siemens AG ./. Argentinien (ICSID-ARB/02/8)* wurde dem Kläger sogar trotz Fehlens einer vergleichbar weit gefassten MBK zugestanden, vom günstigeren Streitschlichtungsmechanismus aus dem chilenisch-argentinischen IFA Gebrauch machen zu können.
- Gegen diesen Trend stellten sich die Schiedsgerichte in den Verfahren *Salini Costruttori S.p.A. und Italstrade S.p.A. ./. Jordanien (ICSID-ARB/02/13)* und *Plama Consortium Limited ./. Bulgarien (ICSID-ARB/03/24):* Die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel komme nur dann in Betracht, wenn das Abkommen eine entsprechende Absicht der beteiligten Staaten erkennen lasse. Diese wurde in beiden Fällen verneint.

Unproblematisch ist die Einbeziehung von Streitschlichtungsmechanismen über eine MBK, wenn dies ausdrücklich im IFA vorgesehen ist, wie es regelmäßig bei neueren IFA Großbritanniens der Fall ist (siehe z. B. IFA zwischen Großbritannien und Venezuela).

Investition über eine Projektgesellschaft

Besteht überhaupt kein oder nur ein für den Investor ungünstiges IFA ohne MBK zwischen dem Heimatstaat und dem Gaststaat, kann es unter Umständen sinnvoll sein, über eine ausländische Projekt- oder Tochtergesellschaft zu investieren.

Erst kürzlich hat ein Schiedsgericht unter Anwendung der UNCITRAL-Schiedsregeln in dem Ad-hoc-Schiedsverfahren *Saluka Investments BV (Niederlande) ./. Tschechische Republik* entschieden, dass ein Investor auch dann den Schutz des IFA genießt, wenn die Investition über ein reines „Investitionsvehikel" ohne wirkliche Verbindung zum Vertragsstaat getätigt wurde und die Muttergesellschaft selbst nicht in den Schutzbereich des IFA fällt (Teilschiedsspruch vom 17. März 2006, abrufbar unter <www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC>).

Nach Auffassung des Schiedsgerichts fällt die niederländische Holding-Tochtergesellschaft (Saluka) einer japanischen Finanzgruppe (Nomura) in den Schutzbereich des niederländisch-tschechischen IFA, obwohl die beklagte Tschechische Republik eingewandt hatte, Saluka sei lediglich eine „Hülle", die „vollumfänglich von Nomura kontrolliert werde" und deshalb keine „wirkliche Investorin aus einem Vertragsstaat" sei.

Das Schiedsgericht folgte der Position der Tschechischen Republik unter Hinweis auf den Wortlaut des niederländisch-tschechischen IFA nicht. Der Investorenbegriff des niederländisch-tschechischen IFA schließe Holding-Firmen wie Saluka vom Schutz des IFA nicht aus. Nach dem Wortlaut des niederländisch-tschechischen IFA genießt jedes Unternehmen, das in einem Vertragsstaat errichtet wurde, den Schutz des IFA.

Diese Entscheidung zeigt nicht zuletzt, wie wichtig der genaue Wortlaut des jeweiligen IFA ist. Vor allem die Begriffe des Investors und der geschützten Investition müssen sorgfältig bestimmt werden, um sicherzustellen, dass auch ein Investitionsvehikel, das im Übrigen keine Verbindungen zu einem der Vertragsstaaten aufweist, Investor im Sinne des in Frage kommenden IFA ist.

Grundsätzlich sind Investitionsschiedsgerichte nicht geneigt, zusätzliche Anforderungen an den „Investor" und die „Investition" zu stellen, wenn sich hierfür kein Anhaltspunkt im Wortlaut des Vertragstextes findet. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz könnte jedoch der Missbrauch eines IFA durch den Investor bilden. Ein solcher Missbrauch kann z. B. anzunehmen sein, wenn ein Staatsangehöriger eine Investition in seinem Heimatstaat über eine ausländische Projektgesellschaft tätigt, um so den Status eines „ausländischen Investors" im eigenen Heimatstaat zu erlangen. Ein solcher Fall wurde unlängst im Schiedsverfahren *Tokios Tokelès ./. Ukraine (ICSID-ARB/02/18)* entschieden. Die Klägerin, ein in Litauen eingetragenes Unternehmen, dessen Eigner und Entscheidungsträger ukrainische Staatsbürger waren, investierte in der Ukraine und berief sich auf das litauisch-ukrainische IFA. Während zwei der Schiedsrichter zugunsten der Klägerin entschieden mit der Begründung, dass das litauisch-ukrainische IFA allein auf den Sitz des investierenden Unternehmens abstellt, vertrat der Vorsitzende eine abweichende Meinung. Der Vorsitzende berief sich dabei auf den Begriff des „ausländischen Investors", der durch das Verhalten der Klägerin ausgehöhlt werde. Es solle bei der Bestimmung des Investors vielmehr darauf geachtet werden, woher das investierte Kapital stammt. Solche Konstellationen sind demnach mit Vorsicht zu genießen.

Sollte das IFA den Investor als juristische Person, die von Staatsangehörigen des Vertragsstaats „kontrolliert" wird, definieren oder sogar ausdrücklich Investoren ausschließen, die vollständig oder mehrheitlich von einem Unternehmen beherrscht werden, das nicht in einem Vertragsstaat errichtet wurde, so genießt ein Investmentvehikel nicht mehr den Schutz des IFA. So schließt beispielsweise das IFA zwischen der Schweiz und Pakistan Investoren aus, die keinen „Betrieb" im Heimatland führen („companies which carry on no business in the home state").

Zusammenfassung

Aus den oben genannten Gründen sollten insbesondere folgende Gesichtspunkte bereits bei der Strukturierung einer Auslandsinvestition berücksichtigt werden:

- Besteht zwischen dem Heimatstaat und dem voraussichtlichen Gaststaat ein IFA?
- Wenn kein IFA mit dem voraussichtlichen Gaststaat besteht, so kann der Investor seine Investition unter Umständen gleichwohl durch die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit absichern, indem er über einen Staat investiert, der ein günstiges IFA mit dem Gaststaat abgeschlossen hat. Hierzu bedarf es aber einer genauen Analyse des jeweils in Betracht kommenden IFA.
- Auch wenn zwischen dem Heimatstaat und dem voraussichtlichen Gaststaat ein IFA besteht, sollte dieses IFA genau auf den Umfang des von ihm gewährten Schutzes hin untersucht werden. Dabei ist Folgendes zu beachten:
    - Wie sind die prozessualen Streitbeilegungsmechanismen ausgestaltet? Gibt es Wartefristen oder sog. „cooling-off periods", die einer unmittelbaren Klageerhebung entgegenstehen?

- Wird die Meistbegünstigung und Inländergleichbehandlung (also keine schlechtere Behandlung ausländischer als einheimischer Investoren) zugesichert?
- Welcher Schutz wird dem Investor und seiner Investition gewährt? Umfasst der Schutz faire und diskriminierungsfreie Behandlung von Investoren und Investitionen, Sicherheit des freien Kapital- und Gewinntransfers und angemessene Entschädigung bei Enteignungen?
- Enthält das IFA eine Klausel, in der sich der Gaststaat verpflichtet, die vertraglichen Vereinbarungen mit dem Investor einzuhalten (sog. „umbrella-clause“)? Eine solche Klausel transformiert eine Vertragsverletzung in eine Verletzung des IFA und eröffnet dem Investor ggf. ein zusätzliches internationales Forum zur Beilegung von Vertragsstreitigkeiten. Dies ist insbesondere dann interessant, wenn eine Streitschlichtungsvereinbarung fehlt und damit die staatlichen Gerichte des Gaststaats zuständig wären oder wenn die vereinbarte Streitschlichtung kein neutrales Forum bietet (vergleiche hierzu unseren Newsletter vom Dezember 2005).
- Sollte das bestehende IFA nach diesen Kriterien keinen ausreichenden Schutz gewähren, hat der Investor bei der Planung seiner Auslandsinvestition grundsätzlich zwei Möglichkeiten, den Schutz seiner Investition zu verbessern:
  - Enthält das maßgebliche IFA eine MBK, so kann der Investor anhand der anderen in Kraft getretenen IFA des Gaststaates überprüfen, ob diese IFA einen umfangreicheren Schutz gewähren, und ob sie auch für den Investor gelten würden, oder
  - der Investor kann die Investition über eine Projektgesellschaft in dem Staat tätigen, der ein günstigeres Abkommen mit dem Gaststaat abgeschlossen hat.

Diese Publikation dient lediglich als allgemeine Information zu dem Thema und Diskussionsgrundlage. Sie ersetzt keine rechtliche Beratung. Gerne stellen wir Ihnen weitere Informationen zur Verfügung oder beraten wir Sie in konkreten Situationen.

Dr. Richard H. Kreindler
Frankfurt am Main
+ 49.69.9711.1000
rkreindler@shearman.com

Dr. Jochem Reichert
Mannheim
+ 49.621.4257.0
jreichert@shearman.com

© 2006 Shearman & Sterling LLP. Shearman & Sterling LLP ist eine in den Vereinigten Staaten von Amerika nach dem Recht des Staates Delaware gegründete Limited Liability Partnership. Nach dem Recht des Staates Delaware ist die persönliche Haftung der einzelnen Partner beschränkt.