

Forensik/International Arbitration | Mai 2007

Investitionen in China und ihre rechtliche Absicherung

China spielt eine wichtige Rolle bei deutschen Investitionen im Ausland. Mit dem neuen deutsch-chinesischen Investitionsförderungsabkommen hat China den rechtlichen Schutz der deutschen Investoren entscheidend verbessert.

Die Volksrepublik China ist das neben den Vereinigten Staaten weltweit attraktivste Zielland für Direktinvestitionen. Jedes Jahr investieren ausländische Unternehmen dort mehr als 50 Mrd. US-Dollar, Tendenz steigend. Das hat seinen Grund: China gilt als ein Zugpferd der Weltwirtschaft, ist die weltweit viertgrößte Volkswirtschaft und drittgrößte Handelsnation.

Gerade für die deutsche Wirtschaft ist die Bedeutung Chinas enorm: Die Volksrepublik ist der wichtigste asiatische Wirtschaftspartner Deutschlands, Deutschland umgekehrt der wichtigste Handelspartner Chinas in Europa. Angesichts dieser engen wirtschaftlichen Bindungen ist der rechtliche Schutz von Auslandsinvestitionen und seine Durchsetzung von erheblicher praktischer Bedeutung, deren sich deutsche Investoren nach wie vor nicht ausreichend bewusst sind.

Hintergrund der Investitionsförderungsabkommen (IFA)

Mit jeder Auslandsinvestition sind Risiken verbunden. Insbesondere die Risiken, dass Handlungen des ausländischen Staates eine Investition zum Nachteil des Investors beeinträchtigen, sind vielfältig. So ist denkbar, dass das Eigentum des Investors enteignet oder verstaatlicht wird, dass dem Investor verboten wird, die Investition als solche oder die Erträge daraus in sein Heimatland zu transferieren, dass staatliche Stellen bestimmte Zusagen gegenüber dem Investor nicht einhalten oder die rechtlichen Rahmenbedingungen der Investition zum Nachteil des Investors ändern. Um ein möglichst großes Volumen an ausländischen Investitionen ins Land zu holen, nehmen Staaten den Investoren

zunehmend einen Teil dieser Risiken ab, indem sie ihnen in Investitionsförderungsabkommen (IFA) mit ihren Herkunftsländern Rechte zum Schutz ihrer Investitionen gewähren. Das ist der materielle Investitionsschutz.

Rechtspositionen sind allerdings immer nur so gut wie ihre Durchsetzbarkeit. Wenn der Investor seine Rechte vor den Gerichten des Gaststaats nach dessen Recht einklagen und von seinen Vollstreckungsorganen gegen ihn durchsetzen muss, wird dies die Position des Investors in vielen Fällen beeinträchtigen oder sogar völlig entwerten. In manchen Ländern oder Regionen wird ein solches Vorgehen wegen des dortigen Protektionismus von vornherein sinnlos sein. Ebenso wichtig wie die materiellen Rechte des Investors ist daher der Mechanismus, den das IFA für ihre Durchsetzung gegen den Gaststaat vorsieht.

Das neue deutsch-chinesische IFA

Das neue IFA zwischen Deutschland und China aus dem Jahre 2003, im August 2005 in Kraft getreten (BGBl. II, 733), stärkt die Rechte der Investoren und erleichtert ihre Durchsetzung gegenüber dem Vorgängerabkommen aus dem Jahre 1983 (BGBl. 1985 II, 31) erheblich. Die Investorenrechte werden verstärkt und erweitert. Und während das alte Abkommen den Investoren keine besonderen Instrumente zur Durchsetzung ihrer Rechte in die Hand gab, sie also auf die staatliche chinesische Gerichtsbarkeit oder auf die Diplomatie zurückgreifen mussten, sieht das neue IFA hierfür ein abgestuftes Durchsetzungsinstrumentarium vor.

Materieller Investitionsschutz nach dem deutsch-chinesischen IFA

Wen schützt das IFA?

Den Schutz des deutsch-chinesischen IFA genießen nach Art. 1 IFA deutsche Staatsangehörige und Gesellschaften mit Sitz in Deutschland. Geschützt werden auch indirekte Kapitalanlagen solcher Investoren, also solche, die durch ein chinesisches Tochter- oder Gemeinschaftsunternehmen vermittelt werden.

Das IFA sagt nichts darüber, ob es auch deutsche Gesellschaften schützt, die von ausländischen Unternehmen lediglich zu dem Zweck gegründet wurden, in den Genuss des deutsch-chinesischen IFA zu gelangen. In solchen Fällen besteht die Gefahr, dass internationale Schiedsgerichte den Schutz durch das IFA versagen, wenn die fragliche Gesellschaft lediglich als Vehikel dazwischengespannt wurde (s. das abweichende Votum des Vorsitzenden in *Tokios Tokelés ./ Ukraine* [ICSID-ARB/02/18]). Andere gewähren dagegen auch solchen Gesellschaften Schutz (*Tokios Tokelés ./ Ukraine* sowie *Saluka Investments B. V. ./ Tschechische Republik* [UNCITRAL-Schiedsregeln, Teilschiedsspruch vom 17. März 2006]).

Gerechte und billige Behandlung von Kapitalanlagen

Art. 3 Abs. 1 des deutsch-chinesischen IFA formuliert mit der Verpflichtung, Kapitalanlagen von Investoren gerecht und billig („fair and equitable“) zu behandeln, eine Hauptpflicht vieler moderner IFA. Bedeutsam ist diese Regelung vor allem, weil der Pflicht zur gerechten und billigen Behandlung häufig eine Auffangfunktion zukommt.

Um das richtige Verständnis von „gerecht und billig“ streiten sich im Wesentlichen zwei Schulen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit: Während die einen das Begriffspaar im Wortsinn verstehen wollen, lesen die anderen einen internationalen Mindeststandard hinein. Die erste, möglicherweise im Vordringen begriffene investorenfreundliche Lösung (s. *MTD Equity Sdn. Bhd. und MTD Chile S. A. ./ Chile* [ICSID-ARB/01/7], *Saluka Investments B. V. ./ Tschechische Republik* und *Azurix Corp. ./ Argentinien* [ICSID-ARB/01/12]) gibt dem entscheidenden Schiedsgericht einen sehr weiten

Spielraum. So könne eine fehlerhafte Entscheidung eines Instanzgerichts gegen das IFA verstoßen, obwohl der Investor nach internationalen Grundsätzen zunächst den Rechtsweg erschöpfen müsste.

Schutz vor Enteignung

Art. 4 Abs. 2 IFA hat den Schutz deutscher Investitionen vor Enteignung gegenüber dem Vorgängerabkommen deutlich ausgebaut: Nicht nur die (direkte oder indirekte) Enteignung, sondern auch die Verstaatlichung und beiden gleichstehende Maßnahmen sind nur zum allgemeinen Wohl und nur gegen Entschädigung zulässig. Wo das alte IFA lediglich vorsah, dass Entschädigung zu leisten ist, legt das neue ihren Umfang auf den Wert der Kapitalanlage fest.

Rückführung von Investitionen und Erträgen

Art. 6 IFA erweitert die bisherigen Rechte des Investors, die Auslandsinvestition und die Erträge daraus zu transferieren. Der Investor ist berechtigt, die Investition und sich daraus ergebende Erträge ohne Einschränkungen oder Verzögerungen und in einer frei konvertierbaren Währung zum marktüblichen Wechselkurs zurückzuführen.

Voller Schutz und volle Sicherheit

China garantiert deutschen Kapitalanlagen vollen Schutz und volle Sicherheit (Art. 4 Abs. 1 IFA). Diese Formulierung lässt offen, ob allein die Unversehrtheit der Kapitalanlagen als solche (so *Saluka Investments B. V. ./ Tschechische Republik*) oder auch die Verfügung über Erträge daraus (so *Azurix Corp. ./ Argentinien*) geschützt wird. Die ausdrückliche Einbeziehung der Erträge in den Schutz des Art. 6 IFA könnte ein Argument für ein engeres Verständnis des Art. 4 Abs. 1 IFA sein.

Keine Schlechterstellung gegenüber Inländern

In Art. 3 Abs. 2 IFA verpflichtet sich China, deutsche Investoren nicht schlechter als chinesische zu behandeln. Das Protokoll zum Abkommen (BGBl. 2005 II, 739), das nach Art. 14 IFA als dessen Bestandteil gilt, gesteht China insoweit einige Ausnahmen zu, verpflicht-

tet die Volksrepublik aber gleichzeitig, diese Ausnahmen schrittweise zu beseitigen.

Den Grundsatz der Inländerbehandlung erstreckt Art. 5 IFA auf Entschädigungen aufgrund kriegerischer und ähnlicher Auseinandersetzungen.

Günstigkeitsklausel

Nach Art. 10 Abs. 1 IFA gehen günstigere Regelungen des chinesischen Rechts oder des Völkerrechts dem IFA vor. Das IFA führt also in keinem Fall zu einer Verschlechterung der Rechtsposition des Investors.

Meistbegünstigung

Auch in Sachen Meistbegünstigung ist das neue deutsch-chinesische IFA investorenfreundlicher als das alte: Die Pflicht, deutsche Kapitalanlagen nicht weniger günstig zu behandeln als Kapitalanlagen von Investoren dritter Staaten (Art. 3 Abs. 3 IFA), gilt jetzt unabhängig davon, ob mit diesen dritten Staaten gleichartige Abkommen geschlossen wurden. Der deutsche Investor kann sich deshalb beispielsweise auch auf eine Besserstellung von Investoren dritter Staaten berufen, die sich aus dem inländischen chinesischen Recht ergibt.

Gegenstand der Meistbegünstigung sind jedenfalls die materiellen Investorenrechte. Inwieweit dieser Grundsatz auch die Rechtsdurchsetzung erfasst, ist Gegenstand einer aktuellen Diskussion (s. unten).

Schirmklausel

Eine äußerlich unscheinbare, aber in ihrer Wirkung kaum zu unterschätzende und gegenüber der Vorgängervorschrift erweiterte Bestimmung sieht Art. 10 Abs. 2 IFA vor. Danach hält China jede Verpflichtung ein, die es in Bezug auf Kapitalanlagen von Investoren der anderen Vertragspartei in China eingegangen ist.

Diese sog. Schirmklausel („umbrella clause“) wird vielfach so gelesen, dass sie jede Vertragsverletzung im Verhältnis von Investor und Gaststaat gleichzeitig zu einer Verletzung des IFA macht, für deren Durchsetzung dann auch dessen Verfahrensgarantien bereitstehen (*Noble Ventures, Inc. ./ Rumänien* [ICSID-ARB/01/11], *MTD Equity Sdn. Bhd. und MTD Chile S. A. ./ Chile* sowie *CMS Gas Transmission Company*

./ Argentinien [ICSID-ARB/01/8]). Jüngst haben Schiedsgerichte allerdings auch gegenteilig entschieden und der Schirmklausel damit praktisch jeden Anwendungsbereich genommen (*Pan American Energy LLC und BP Argentina Exploration Company ./ Argentinien* [ICSID-ARB/03/13], *El Paso Energy International Company ./ Argentinien* [ICSID-ARB/03/15]).

Bejaht man die Transformationswirkung der Schirmklausel in Art. 10 Abs. 2 IFA, stellt sich die weitere Frage, ob auch Verträge mit Staatsunternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit vom Schutz der Klausel erfasst werden. Das wird meist bejaht (*Eureko B. V. ./ Polen* und *Noble Ventures, Inc. ./ Rumänien*), teilweise aber auch verneint (*Impregilo S. p. A. ./ Pakistan* [ICSID-ARB/03/3]).

Prozessuale Durchsetzung der Rechte des Investors

Das alte IFA aus dem Jahre 1983 regelte nur, wie Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragsteilen beigelegt werden sollten. Für Meinungsverschiedenheiten zwischen Investor und Gastland fehlten Regelungen, so dass der Investor auf die staatlichen chinesischen Gerichte oder die Diplomatie angewiesen war. Die materiellen Rechte des Investors waren damit wenig schneidig. Daher überrascht es nicht, dass es dank der alten chinesischen IFA bis heute kein Investitionsschiedsverfahren gegen China gab.

Das neue deutsch-chinesische IFA hat eine radikale Kehrtwende vollzogen: Art. 9 IFA sieht einen Streitbeilegungsmechanismus samt Schiedsverfahren vor, in dem der Investor unmittelbar seine Rechte durchsetzen kann.

Für welche Meinungsverschiedenheiten gilt der Streitbeilegungsmechanismus?

Art. 9 Abs. 1 IFA sieht den Streitbeilegungsmechanismus für alle „Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf Kapitalanlagen“ vor. Das ist eine im Vergleich zu anderen IFA sehr weitreichende Formulierung, die es vertretbar erscheinen lässt, auch die Verletzung von Vertragspflichten durch den Gaststaat einzubeziehen (so *Salini Costruttori S. p. A. und Italstrade S. p. A. ./ Ma-*

rokko [ICSID-ARB/00/4] sowie *SGS Société Générale de Surveillance S. A. ./ Philippinen* [ICSID-ARB/02/6], anders aber *SGS Société de Surveillance S. A. ./ Pakistan* [ICSID-ARB/01/13] sowie *Consortio Groupement L. E. S. I.-Dipenta ./ Algerien* [ICSID-ARB/03/08]). Wenn sich diese Position durchsetzen kann, wird die Frage nach dem Verständnis der Schirmklausel in Art. 10 Abs. 2 IFA bedeutungslos.

Gestufte Streitschlichtungsmechanismus

Die Beilegung von Meinungsverschiedenheiten folgt einem abgestuften Verfahren: Zunächst muss eine gütliche Beilegung versucht werden (Art. 9 Abs. 1 IFA), und zwar sechs Monate lang. Danach steht dem Investor jedenfalls grundsätzlich der Weg vor ein Schiedsgericht offen (Art. 9 Abs. 2 IFA). Anders als in der gewöhnlichen Handelsschiedsgerichtsbarkeit braucht der Investor für ein solches Schiedsverfahren nicht vorab eine Schiedsvereinbarung mit dem Gaststaat zu verhandeln. Dieses Schiedsverfahren ist ein ICSID-Verfahren, wenn die Parteien sich nicht stattdessen auf ein Ad-hoc-Verfahren verständigen (Art. 9 Abs. 3 IFA).

Die Protokollvereinbarung zu Art. 9 IFA baut allerdings zusätzliche Hürden für ein Schiedsverfahren gegen die Volksrepublik auf. Nach dieser Regelung muss der Investor vor Beginn eines Schiedsverfahrens die Angelegenheit einem Verwaltungsprüfverfahren nach chinesischem Recht unterziehen, die Angelegenheit muss drei Monate nach Beginn des Prüfverfahrens fortbestehen und ein etwa anhängig gemachtes Verfahren vor einem chinesischen Gericht muss vom Investor nach chinesischem Recht noch zurückgezogen werden können. Diese zusätzlichen Voraussetzungen erschweren den Zugang zum Schiedsgericht und verzögern seinen Beginn um wenigstens drei Monate.

ICSID-Schiedsverfahren

Regelfall des von Art. 9 Abs. 3 IFA vorgesehenen Schiedsverfahrens ist ein ICSID-Schiedsverfahren nach den Regeln des Weltbankübereinkommens und des Übereinkommens zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten (ICSID-Übereinkommen). Dieses Verfahren bietet dem Investor einige Vorteile. Es stellt beispielsweise Öffentlichkeit her, indem anhängige Verfahren

und teilweise auch gefällte Schiedssprüche im Internet veröffentlicht werden, und verstärkt auf diese Weise den Druck auf den Gaststaat. Der Schiedsspruch in einem ICSID-Verfahren ist außerdem noch weniger angreifbar als ein gewöhnlicher Schiedsspruch, weil er ohne Anerkennung in jedem Vertragsstaat des Weltbankübereinkommens vollstreckbar ist. Vor den nationalen Gerichten des Schiedsorts oder des Vollstreckungsorts kann der Schiedsspruch nicht angefochten werden. Ein ICSID-Schiedsspruch kann nur vor einem Ad-hoc-Annullierungskomitee und nur in sehr beschränktem Umfang angegriffen werden. Art. 9 Abs. 4 IFA bestätigt diese hohe Bestandskraft des Schiedsspruchs noch einmal.

Zweifel können allerdings entstehen, wie weit die Zuständigkeit eines solchen ICSID-Schiedsgerichts geht. Denn die Volksrepublik hat unter dem ICSID-Übereinkommen den Vorbehalt erklärt, nur Streitigkeiten über Entschädigung aufgrund von Enteignung oder Verstaatlichung dem ICSID zu unterwerfen.

Diese Zuständigkeitszweifel sind allerdings nicht unausräumbar. Denn ein ICSID-Schiedsgericht könnte seine Zuständigkeit auch für andere Streitigkeiten durchaus mit der Erwägung annehmen, das IFA schaffe eine neue, unbeschränkte Unterwerfung unter das ICSID-Übereinkommen. In diesem Sinne hat ein ICSID-Schiedsgericht in der Sache *PSEG Global Inc. und Konya Ilgien Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi ./ Türkei* (ICSID-ARB/02/5) entschieden, wo das IFA den zuvor erklärten Vorbehalt gegenüber dem ICSID-Übereinkommen nicht noch einmal wiederholt hatte.

Alternativen zum ICSID-Schiedsverfahren

Als Alternative zum ICSID-Verfahren sieht Art. 9 Abs. 3 IFA vor, dass sich die Parteien auf die Einsetzung eines Ad-hoc-Schiedsgerichts verständigen. Für dieses Schiedsverfahren bietet sich die Wahl der UNCITRAL-Schiedsregeln, die Art. 9 Abs. 3 IFA ausdrücklich nennt, an. Denn damit können die Parteien auf eine bewährte und akzeptierte Verfahrensordnung für internationale Ad-hoc-Schiedsverfahren zurückgreifen. Ein Ad-hoc-Schiedsverfahren nach anderen Schiedsverfahrensregeln zu vereinbaren, wie es Art. 9 Abs. 3 IFA als weitere Alternative vorsieht, wird demgegenüber nur selten zweckmäßig sein.

Mit der Zustimmung zu einem Ad-hoc-Schiedsverfahren verliert der Investor in jedem Fall die Vorteile eines ICSID-Verfahrens. Schiedsverfahren und Schiedsspruch gehorchen vielmehr den allgemeinen Regeln, müssen also im Falle eines Schiedsorts außerhalb Chinas zunächst in der Volksrepublik für vollstreckbar erklärt werden. Dies ist nach dem UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche zwar grundsätzlich möglich, stößt praktisch aber schnell an seine Grenzen. Vor allem hat die Volksrepublik beim Beitritt zum UN-Übereinkommen den Vorbehalt erklärt, dass es nur auf Handelssachen nach chinesischem Recht Anwendung findet. Dazu gehören Streitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und der chinesischen Regierung nicht. Ob das UN-Übereinkommen für die Vollstreckung eines solchen Ad-hoc-Schiedsspruchs in China Hilfe gewährt, ist deshalb zumindest fraglich.

Anwendbarkeit der Meistbegünstigungsklausel auf Streitschlichtungsregeln

Angesichts der sehr investorenfreundlichen Regelung des Art. 9 IFA wird sich die Frage, ob sich die Meistbegünstigungsklausel des Art. 3 Abs. 3 IFA auch auf den Streitschlichtungsmechanismus erstreckt, für deutsche Investoren kaum stellen.

Von großer praktischer Bedeutung ist dies aber für die Investoren aus dritten Ländern, für die ein IFA der ersten Generation gilt, das zwar eine Meistbegünstigungsklausel, aber keinen Streitbeilegungsmechanismus vorsieht. Dann stellt sich die Frage, ob auch dieser gesamte Mechanismus aus dem deutsch-chinesischen IFA, insbesondere die Unterwerfung unter die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, über diese Meistbegünstigungsklausel in ein IFA der ersten Generation übertragen werden kann. Eine gefestigte Einschätzung zu dieser

Frage fehlt bislang, selbst für die Überbrückung einzelner Verfahrenshindernisse wie langer Verhandlungsdauern oder gerichtlicher Vorschaltverfahren. Dass die Meistbegünstigungsklausel hier helfen kann, wird von manchen Schiedsgerichten angenommen (*Maffezini* ././ *Spanien* [ICSID-ARB/97/7], *Siemens AG* ././ *Argentinien* [ICSID-ARB/02/8], *Gas Natural SDG, S. A.* ././ *Argentinien* [ICSID-ARB/03/10], *National Grid PLC* ././ *Argentinien* [UNCITRAL-Schiedsregeln, Entscheidung über die Zuständigkeit vom 20. Juni 2006], *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. und Interagua Servicios Integrales de Agua S. A.* ././ *Argentinien* [ICSID-ARB/03/17]), von anderen dagegen abgelehnt (*Salini Costruttori S. p. A. und Italstrade S. p. A.* ././ *Marokko* [ICSID-ARB/00/4], *Plama Consortium Limited* ././ *Bulgarien* [ICSID-ARB/03/24], *Telenor Mobile Communications A. S.* ././ *Ungarn* [ICSID-ARB/04/15]).

Fazit

Das neue deutsch-chinesische IFA hat die Position des Investors deutlich verbessert, indem es seine materielle Rechtsposition gestärkt und vor allem ihre prozessuale Durchsetzung erleichtert hat. Investitionen in der Volksrepublik sind so für deutsche Unternehmen erheblich sicherer und damit deutlich attraktiver geworden. Freilich wird diese neuen Rechte erfolgreich nur geltend machen können, wer über die Untiefen im Bereich der Investitionsförderungsabkommen und der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit vollständig im Bilde ist und sein Investment bereits im Vorfeld entsprechend strukturiert und durchgeführt hat. Dies gilt insbesondere auch für Investoren aus dritten Ländern.

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

WWW.SHEARMAN.COM