

International Arbitration & Litigation | Juli 2008

## Zunehmende Verunsicherung ausländischer Investoren im Hinblick auf den Schutz ihrer Investitionen in Lateinamerika

In letzter Zeit hat sich eine zunehmend ablehnende Stimmung in einigen lateinamerikanischen Ländern gegenüber Auslandsinvestitionen entwickelt. Diese Stimmung drückt sich insbesondere in angedrohten oder bereits erfolgten Kündigungen des aus dem Jahre 1965 stammenden internationalen Übereinkommens zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten („ICSID-Konvention“) aus. Weiterhin wird diese Entwicklung durch die Bestrebungen einiger lateinamerikanischer Länder verstärkt, entweder bilaterale Investitionsförderungsabkommen („IFAs“) zu kündigen oder aber Verfassungsänderungen zu verabschieden, die ein Verbot bzw. eine Einschränkung der Durchführung von Investitionsschiedsverfahren vorsehen. Diese Entwicklung hat zu einer zunehmenden Verunsicherung von ausländischen Investoren im Hinblick auf den Schutz ihrer Investitionen in Lateinamerika geführt.

Deutschland hat mit schätzungsweise 130 IFAs mehr Abkommen als jeder andere Staat zum Schutz seiner Investoren abgeschlossen. Durch die jüngsten Bestrebungen in Lateinamerika, den Anwendungsbereich der alternativen Streitbeilegungsverfahren, wie z.B. Investitionsschiedsverfahren, einzuschränken, wurde dieser durch die IFAs garantierte Rechtsschutz jedoch geschwächt. Im Folgenden werden daher die jeweiligen ablehnenden Maßnahmen einiger lateinamerikanischer Länder wie z.B. Kündigung oder Distanzierung von der ICSID-Konvention, Kündigung der IFAs und die Ankündigung von Verfassungsänderungen im Lichte der Bestimmungen der einschlägigen IFAs näher beleuchtet. Insbesondere wird untersucht, welche möglichen Folgen sich hieraus für den Schutz ausländischer Investoren in Lateinamerika ergeben. Schließlich wird am Ende aufgezeigt, welche möglichen Schutzmaßnahmen

Investoren ergreifen können und welche alternativen Streitbeilegungsverfahren in Frage kommen könnten.

### I. Investitionsschutz durch deutsch-lateinamerikanische IFAs

Die deutsch-lateinamerikanischen IFAs gewähren den Investoren sowohl materiellrechtlichen als auch verfahrensrechtlichen Schutz. Diese Schutzvorschriften gelten sowohl für deutsche Staatsbürger, die in einem anderen Vertragsstaat („Gaststaat“) investieren, als auch für Staatsbürger anderer Vertragsstaaten, die in Deutschland investieren. Daneben wird dieser Schutzbereich im Allgemeinen auch durch den fallweise individuell zwischen Investor und Gaststaat direkt ausgehandelten Investor-Staat-Vertrag erweitert.

## 1. Materielle Schutzbestimmungen

Im Folgenden werden die wichtigsten materiellrechtlichen Schutzvorschriften, die in den zwischen Deutschland und einer Vielzahl von lateinamerikanischen Ländern abgeschlossenen IFAs („deutsch-lateinamerikanische IFAs“) enthalten sind, dargestellt:

- Gerechte und billige Behandlung: Nach dieser Vorschrift muss der Gaststaat ausländische Investoren gerecht und nach Treu und Glauben behandeln.
- Voller Schutz und Sicherheit: Nach diesem Prinzip ist der Gaststaat verpflichtet, dem Investor vollen Schutz und Sicherheit zu gewähren.
- Inländergleichbehandlung: Deutsche Investoren und ihre Investitionen dürfen nicht schlechter gestellt werden als diejenigen des Gaststaates.
- Meistbegünstigungsprinzip („MFN“): Nach diesem Grundsatz darf der Gaststaat Investoren und deren Investitionen nicht schlechter behandeln als diejenigen aus Drittstaaten.
- Verbot der entschädigungslosen Enteignung: Dieses Prinzip ist das Herzstück eines jeden IFAs. Denn hiernach sind Enteignungen oder Maßnahmen mit enteignungsgleicher Wirkung nur zulässig, wenn diese dem Allgemeinwohl dienen und der Staat an den Investor zum Ausgleich eine sofortige, angemessene, frei transferierbare und verwertbare Entschädigung zahlt.
- Schirmklauseln: Diese in den meisten deutschen IFAs enthaltenen Bestimmungen regeln, dass individuell zwischen dem Investor und dem Gaststaat ausgehandelte Investor-Staat-Verträge grundsätzlich einzuhalten sind (*pacta sunt servanda*). Das heißt, grundsätzlich wirkt sich ein Verstoß gegen einen solchen Vertrag wie ein Verstoß gegen das IFA aus. Dies hat zur Folge, dass der Investor möglicherweise ein Investor-Staat-Schiedsverfahren einleiten kann.

- Freier Devisentransfer: Nach dieser Regelung ist der Gaststaat verpflichtet, den Investoren freien Zahlungsverkehr im Bezug auf ihre Investitionen zu garantieren.

## 2. Verfahrensrechtliche Schutzbestimmungen

Die materiellrechtlichen Schutzbestimmungen werden durch verfahrensrechtliche Schutzbestimmungen ergänzt. Von Bedeutung ist hier insbesondere, dass die deutsch-lateinamerikanischen IFAs den Investoren die Möglichkeit eröffnen, mögliche Konflikte direkt in einem Investor-Staat-Verfahren beizulegen. Ob ein solches Verfahren zuerst vor den nationalen Gerichten durchgeführt werden muss oder direkt ein Schiedsverfahren eingeleitet werden kann, hängt vom einschlägigen IFA ab. Möglicherweise haben der Investor und der Gaststaat auch die Möglichkeit, zwischen mehreren Verfahrensarten zu wählen. Dies hängt von dem jeweiligen IFA mit dem lateinamerikanischen Gaststaat ab und muss im Einzelfall geprüft werden. Besteht die Möglichkeit, direkt ein Schiedsverfahren einzuleiten, so bestimmen die meisten lateinamerikanischen IFAs, dass ein solches Verfahren nach den ICSID-Regeln durchgeführt werden kann.

Ist ICSID als Schiedsgerichtsinstitution vereinbart, so kann dies für den Investor insbesondere in Lateinamerika von großem Vorteil sein. Denn ICSID wurde gerade vor dem Hintergrund gegründet, Investorenängste vor politischen Risiken dadurch zu mindern, dass eventuelle Streitfälle der nationalen Rechtsprechung entzogen werden und ein fachkundiges, von beiden Seiten gleichermaßen akzeptiertes, unabhängiges Schiedsgericht Recht spricht. Besonders vorteilhaft an einem ICSID-Verfahren ist darüber hinaus auch die Möglichkeit, dass die ICSID-Konvention auch regelt, dass ein Schiedsspruch in allen ICSID-Mitgliedstaaten wie das Endurteil eines nationalen Gerichtes zu vollstrecken ist. Dies verhilft dem Investor zu einem effektiven und vor allem auch am Ende durchsetzbaren Rechtsschutz. Manche lateinamerika-

nische IFAs regeln aber auch, dass entweder statt oder neben ICSID ein Verfahren nach den ICC- oder UNCITRAL-Regeln eingeleitet werden kann.

## II. Zunehmend ablehnende Stimmung in Lateinamerika gegenüber internationalem Investitionsschutz

In letzter Zeit wurde jedoch der Schutz ausländischer Investitionen, den deutsche und andere internationale IFAs gewähren, in einigen lateinamerikanischen Ländern, insbesondere von Regierungs- bzw. Oppositionspolitikern, Nicht-Regierungsorganisationen und Bürgerbewegungen zunehmend kritisiert. Die Unzufriedenheit der Menschen richtete sich vor allem gegen die in diesen Verträgen vorgesehenen Streitbeilegungsverfahren wie ICSID und weniger gegen den materiellen Investitionsschutz selbst. ICSID als Institution und die ICSID-Schiedsgerichte wurden vor allem dafür kritisiert, eine zu einseitig investorenfreundliche Haltung einzunehmen und die Staaten zur Zahlung von großen Schadensersatzsummen an die Investoren zu verurteilen. Dies kann wiederum negative Auswirkungen auf das jeweilige nationale Haushaltsbudget haben.

Jüngste Bestrebungen, den Schutz von Auslandsinvestitionen einzuschränken, beinhalteten u.a. die Drohung mit der Kündigung oder Distanzierung von der ICSID-Konvention oder die tatsächlich erfolgte Kündigung der ICSID-Konvention. Daneben ist jedoch auch teilweise die Verabschiedung von Verfassungsänderungen geplant, die darauf abzielen, alternative Streitbeilegungsverfahren wie internationale Schiedsverfahren zu verbieten. Im Folgenden werden daher diese Maßnahmen und die Folgen, die diese möglicherweise für ausländische Investoren in Lateinamerika haben können, untersucht.

### 1. Kündigung und/oder Distanzierung von der ICSID-Konvention

Im April 2007 erklärten Kuba, Venezuela, Nicaragua, Bolivien und die Dominikanische Republik, allesamt Mitgliedsstaaten der ALBA (*Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América* oder die Bolivianische Alternative für Amerika) ihre Absicht, die ICSID-Konvention zu kündigen. Die ICSID-Konvention ist der Vertrag, der die Rahmenbedingungen für die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit festlegt.

Am 2. Mai 2007 machte Bolivien als erster ALBA-Staat diese Ankündigung wahr und kündigte die ICSID-Konvention gemäß Artikel 71 ICSID-Konvention. Diese Kündigung wurde gemäß Art. 71 der ICSID-Konvention sechs Monate später am 3. November 2007 wirksam.

Ende 2007 distanzierte sich auch Ecuador als Nicht-ALBA-Mitglied von der ICSID-Konvention, ohne jedoch die ICSID-Konvention formell zu kündigen. Stattdessen informierte es andere Staaten gemäß Artikel 25 Abs. 4 der ICSID-Konvention über seine Absicht, bestimmte Arten von Streitigkeiten nicht mehr der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen. Hierbei nannte es insbesondere alle Streitigkeiten, die natürliche Ressourcen betreffen. Diese Einschränkung der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit wirkt sich direkt auf die Investoren aus, denn bisher ging es bei allen Ecuador betreffenden ICSID-Schiedsverfahren um natürliche Ressourcen. Da Ecuador erklärt hat, alle natürlichen Ressourcen nicht mehr der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen und sich explizit nicht auf Erdgas- und Mineralöl-Streitigkeiten beschränkt hat, muss davon ausgegangen werden, dass Ecuador darunter auch Streitigkeiten um erneuerbare Ressourcen wie z.B. aus der Forst- und Fischereiwirtschaft erfassen wollte.

a. Die Wirkung der Kündigung der ICSID-Konvention

Welche Auswirkungen haben nunmehr die Kündigung der ICSID-Konvention durch Bolivien und die Erklärung Ecuadors, bestimmte Streitigkeiten nicht mehr der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen, auf deutsche Investoren? Welche Streitbeilegungsverfahren bleiben unter den deutschen IFAs noch erhalten? Die Antworten auf diese Fragen sind möglicherweise auch für andere lateinamerikanische Länder von Relevanz. Denn momentan ist noch unklar, ob die beiden anderen ALBA-Staaten, Nicaragua und Venezuela, die ebenfalls Mitglied der ICSID-Konvention sind, ihre Ankündigung wahr machen und die ICSID-Konvention ebenfalls kündigen werden. Auch besteht die Möglichkeit, dass sich weitere lateinamerikanische Länder dieser Entwicklung anschließen.

Im Folgenden wird daher im Rahmen einer Untersuchung der einschlägigen Bestimmungen in den deutsch-lateinamerikanischen IFAs aufgezeigt, welche Folgen die Kündigung der ICSID-Konvention für deutsche Investoren haben könnte und auf welche anderen Streitbeilegungsverfahren die Investoren möglicherweise noch zurückgreifen können. Da sich die Streitbeilegungsvorschriften in den deutsch-lateinamerikanischen IFAs teilweise leicht unterscheiden, muss anhand des Wortlauts des jeweilig einschlägigen IFAs ermittelt werden, welche Auswirkungen die Kündigung der ICSID-Konvention auf den weiteren Rechtsschutz des Investors haben könnte. Insbesondere sollten deutsche Investoren diese daraufhin untersuchen, ob sie ein bindendes Angebot des Staates enthalten, sich der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen oder ob andere Streitbeilegungsverfahren vereinbart wurden. Denn hiervon hängt es ab, welche Wirkung die Kündigung der ICSID-Konvention entfalten könnte.

b. Zustimmung zur ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit in den einschlägigen IFAs

Je nachdem, um was für eine Art von Streitbeilegungsklausel es sich bei dem jeweiligen IFA handelt, gibt es zwei Möglichkeiten, eine nach allgemeinem Vertragsrecht und den ICSID-Regeln nötige Einigung über die Durchführung eines ICSID-Schiedsverfahrens herbeizuführen. Zum einen kann der Vertragsstaat sich schon im Rahmen des IFAs durch die Abgabe eines bindenden Angebots dazu verpflichten, im Falle eines Konfliktes ein ICSID-Schiedsverfahren durchzuführen. Die nach den ICSID-Regeln erforderliche Zustimmung des Vertragsstaates zur Durchführung eines ICSID-Schiedsverfahrens ist also bereits durch Vertragsschluss erteilt worden. Im Streitfall kommt daher die ICSID-Schiedsvereinbarung schlicht durch bloße Annahme des Angebots durch den Investor zustande. Eine solche Annahme kann z.B. auch dadurch erfolgen, dass der Investor eine Schiedsklage bei ICSID einreicht.

Die zuletzt dargestellten Ausführungen betreffen insbesondere die deutsch-lateinamerikanischen IFAs. Denn diese enthalten grundsätzlich alle ein bindendes Angebot des jeweiligen Vertragsstaates, mögliche Streitigkeiten nach den ICSID-Regeln beizulegen, soweit denn ICSID überhaupt als Streitbeilegungsverfahren vereinbart wurde. Im deutsch-venezolanischen IFA heißt es z.B. in Art. 10 Abs. 2 „...[D]ie Meinungsverschiedenheit wird ... auf Verlangen des Staatsangehörigen oder der Gesellschaft einem Schiedsverfahren unterworfen. Sofern die Streitparteien keine abweichende Vereinbarung treffen, wird die Meinungsverschiedenheit einem Schiedsverfahren im Rahmen des Übereinkommens vom 18. März 1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten unterworfen [„ICSID-Konvention“)].“

Zum anderen besteht jedoch auch die Möglichkeit, dass der Vertragsstaat kein bindendes Angebot in dem IFA abgibt, sondern nur erklärt, dass er zu einem spä-

teren Zeitpunkt der Durchführung eines ICSID-Schiedsverfahrens zustimmen wird. Ist eine solche Klausel in dem Vertrag enthalten, hat dies vermutlich zur Folge, dass der Investor nicht einfach wie in der oben geschilderten ersten Alternative das Angebot des Gaststaates, ein ICSID-Schiedsverfahren durchzuführen, annehmen kann. Vielmehr muss der Investor sich diesbezüglich erst noch mit dem Gaststaat einigen.

Hat der Gaststaat wie in dem letzteren Fall lediglich erklärt, sich später mit dem Investor über die Durchführung eines ICSID-Schiedsverfahrens zu einigen, wirkt sich seine wirksame Kündigung für den Investor unmittelbar aus. Denn mit seiner ICSID-Kündigung hat der Gaststaat seinen Willen geäußert, dass er einer ICSID-Schiedsvereinbarung mit dem Investor nicht mehr zustimmen wird. Dies hätte zur Folge, dass ein ICSID-Verfahren mangels Einigung auf die ICSID-Zuständigkeit nicht mehr als Streitbeilegungsalternative in Betracht kommt.

Aber selbst wenn ein Gaststaat, wie im ersten Fall erläutert, seine Zustimmung erklärt hat, und der Investor dieses Angebot annimmt, stellt sich die Frage, ob ein ICSID-Schiedsverfahren trotz der erklärten Kündigung der ICSID-Konvention noch durchgeführt werden kann. Denn Voraussetzung für die Durchführung eines ICSID-Schiedsverfahrens ist gemäß Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention, dass der Heimatstaat des Investors und der Gaststaat ICSID-Mitglied sind. Genau diese Voraussetzung scheint aber mit Wirksamkeit der erfolgten Kündigung nicht mehr erfüllt. Insofern wäre nicht auszuschließen, dass aufgrund des Wortlauts von Art. 25 ICSID-Konvention ein Schiedsverfahren mangels Mitgliedschaft des Gaststaates nicht mehr eingeleitet werden kann.

Eine Antwort auf diese Frage ergibt sich jedoch möglicherweise aus Art. 72 ICSID-Konvention. Art. 72 ICSID-Konvention regelt nämlich, dass eine Kündigung des Vertragsstaates nicht die vor Kündigungseingang begründeten Rechte und Pflichten nach der ICSID-Konvention berührt, die sich aus einer vor Kündigungseingang erteilten Zustimmung zur ICSID-

Zuständigkeit ergeben. Für eine bessere Beurteilung dieser Frage ist es sinnvoll zu differenzieren, wann eine ICSID-Schiedsvereinbarung zustande gekommen ist.

#### (1) Schiedsvereinbarung vor Eingang der ICSID-Kündigung

Aus Art. 72 ICSID-Konvention ergibt sich, dass ein Investor, wenn er schon vor Eingang der Kündigung bei dem ICSID-Sekretariat das Angebot des Gaststaates angenommen hat und dadurch eine ICSID-Schiedsvereinbarung herbeigeführt hat, auch nach Eingang der Kündigung noch ein ICSID-Schiedsverfahren einleiten kann. Entscheidend für die Begründung der Zuständigkeit von ICSID ist also, dass eine Schiedsvereinbarung zwischen Gaststaat und Investor schon vor Kündigungseingang zustande gekommen ist.

#### (2) Schiedsvereinbarung nach Eingang aber vor Wirksamkeit der ICSID-Kündigung

Leicht anders gelagert ist der Fall, wenn der Investor das Angebot des Gaststaates nach Eingang der Kündigung aber vor deren Wirksamwerden annimmt und dadurch eine Schiedsvereinbarung herbeiführt. Denn nach Art. 71 ICSID-Konvention wird die Kündigung erst sechs Monate nach Eingang wirksam. Das könnte bedeuten, dass, solange die Kündigung noch nicht wirksam geworden ist, der Gaststaat trotz seiner Kündigung noch als ICSID-Mitglied angesehen werden könnte. Dies könnte zur Folge haben, dass der Investor weiterhin das Angebot des Gaststaates annehmen und ein Schiedsverfahren gegen ihn einleiten könnte. Zwar wird dieser Argumentation entgegengesetzt, dass nach dem Wortlaut des Art. 72 nur die vor Eingang der Kündigung zustande gekommene Schiedsvereinbarung noch die Rechte und Pflichten unter der ICSID-Konvention wahrt. Gegen diese Ansicht spricht jedoch der eindeutige Wortlaut des Art. 71 ICSID-Konvention, der gerade besagt, dass die Kündigung erst sechs Monate später wirksam wird. Hieraus kann man daher folgern, dass der kündigende Staat solange noch als ICSID-Vertrags-

staat im Sinne des Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention angesehen werden kann. Damit könnte weiterhin ein ICSID-Schiedsverfahren gegen ihn eingeleitet werden.

### (3) Schiedsvereinbarung nach Wirksamkeit der ICSID-Kündigung

Wiederum anders gelagert ist der Fall, dass der Investor das Angebot des Gaststaates, sich der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen, erst nach wirksam gewordener Kündigung annimmt. Ob der Investor auch in diesem Fall unter Berufung auf Art. 72 ICSID-Konvention ein Schiedsverfahren durchführen kann, hängt davon ab, wie man den Begriff „erteilte Zustimmung“ in Art. 72 auslegt.

Zwar wird hier argumentiert, dass damit nur die bereits vor Kündigungseingang zustande gekommene Schiedsvereinbarung gemeint ist. Wenn dies der Fall wäre, dann hätte die Kündigung der ICSID-Konvention zur Folge, dass der Investor nicht mehr ein ICSID-Schiedsverfahren gegen den Gaststaat einleiten kann. Denn die Schiedsvereinbarung ist ja erst nach Kündigungseingang zustande gekommen. Überzeugender ist es jedoch, mit dem Wortlaut des Art. 72 ICSID-Konvention zu argumentieren, dass damit die vor Kündigungseingang erteilte Zustimmung des Gaststaates gemeint ist, sich der ICSID-Konvention zu unterwerfen. Dies hätte also zur Folge, dass der Gaststaat an seine vor Kündigungseingang erteilte Zustimmung und damit auch an seine daraus resultierenden Rechte und Pflichten aus der ICSID-Konvention gebunden ist. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck des Art. 72 ICSID-Konvention. Denn ansonsten könnte der Gaststaat sich einfach durch Kündigung der ICSID-Konvention von seiner bindenden ICSID-Zustimmung frei machen, was nach dem Wortlaut von Art. 72 ICSID-Konvention gerade verhindert werden soll. Dies könnte also bedeuten, dass der Investor trotz der wirksam gewordenen Kündigung noch ein Schiedsverfahren gegen den Gaststaat einleiten kann, indem er das Angebot des Gaststaates annimmt und damit eine wirksame ICSID-Schiedsvereinbarung herbeiführt.

Allerdings gilt dies nur, soweit in dem einschlägigen IFA nichts anderes vereinbart worden ist. So regelt z.B. Art. 10 Abs. 4 deutsch-argentinischer IFA, dass das Angebot des Vertragsstaates, sich der ICSID-Zuständigkeit zu unterwerfen, nur für den Fall gilt, dass beide Vertragsparteien auch Mitglied der ICSID-Konvention sind. Das bedeutet also, dass, wenn ein Vertragsstaat seine ICSID-Mitgliedschaft wirksam gekündigt hat, damit auch möglicherweise sein Angebot, sich der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen, nicht mehr besteht. Folglich könnte der Investor dies auch nicht mehr annehmen. In diesem Fall könnte also eine Kündigung der ICSID-Mitgliedschaft zur Folge haben, dass der Investor nicht mehr ein ICSID-Schiedsverfahren gegen einen solchen Gaststaat einleiten kann.

Im Hinblick auf diese Problematik ist daher in jedem Einzelfall anhand des einschlägigen IFA zu prüfen, ob der Investor noch gegen den Gaststaat ein Schiedsverfahren einleiten kann. Auch wenn sich die Parteien wirksam auf die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit geeinigt haben, steht es ihnen selbstverständlich frei, dennoch die ICSID-Zuständigkeit zu rügen. Darüber hinaus ist es auch sehr schwer vorherzusagen, welcher der oben aufgezeigten Argumentationslinien ein Schiedsgericht folgen wird. Je nach Entscheidung des Schiedsgerichts zu seiner Zuständigkeit kann es zu Verzögerungen kommen.

## 2. Weitere mögliche Gefahr: Die Kündigung von IFAs

Die wichtigsten Pfeiler des Investitionsschutzes sind gegenwärtig nicht eine ICSID-Mitgliedschaft, sondern vielmehr die Streitbeilegungsverfahren und anderen Bestimmungen, die der jeweilige IFA garantiert. Denn erst der einschlägige IFA ermöglicht in den meisten Fällen einen Zugang zur ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit. Dieser Schutz könnte durch die jüngsten Entwicklungen in Lateinamerika gefährdet sein. Denn einige lateinamerikanische Länder haben ihrer Skepsis gegenüber Auslandsinvestitionen dadurch Ausdruck verliehen, dass sie angekündigt haben, ihre IFAs zu kündi-

gen. Sollte es tatsächlich zu Kündigungen der deutsch-lateinamerikanischen IFAs kommen, würden gegenwärtige deutsche Investitionen allerdings für weitere 15 bis 20 Jahre Schutz genießen. Diese Restlaufzeit ergibt sich aus den in den deutsch-lateinamerikanischen IFAs enthaltenen Nachwirkungsklauseln.

Venezuela hat diese Kündigungsbewegung angeführt, indem es am 30. April 2008 die niederländische Regierung davon in Kenntnis gesetzt hat, den venezolanisch-niederländischen IFA zu kündigen. Ecuador hat im Mai 2007 explizit damit gedroht, den IFA mit den USA und allgemein auch die anderen IFAs zu kündigen. Darüber hinaus hat Bolivien im Mai 2007 seine Absicht erklärt, seine 19 in Kraft befindlichen IFAs neu zu verhandeln. Diese Ankündigungen fallen zusammen mit dem Einreichen von Klagen durch Investoren oder Schiedssprüchen zugunsten von Investoren.

- a. Die Auswirkungen von IFA-Kündigungen auf den Schutz gegenwärtiger und zukünftiger Investitionen

Investitionen, die nach der Kündigung eines IFAs vorgenommen werden, sind nicht mehr von dem IFA geschützt, selbst wenn das IFA noch für solche Investitionen weiter gilt, die schon zum Zeitpunkt der Kündigung vorgenommen worden waren. Folglich sollten Unternehmen, die gegenwärtig erwägen, Investitionen in Ländern zu tätigen, die entweder IFAs bereits gekündigt haben oder gedroht haben, dies zu tun, diese Entwicklungen genau verfolgen.

- b. Möglichkeiten nach der Kündigung eines IFAs

Selbst wenn der Gaststaat ein IFA mit Deutschland kündigen sollte, stehen deutsche Investoren aller Voraussicht nach nicht ganz schutzlos dar. Denn sie könnten möglicherweise durch ausländische Tochtergesellschaften von einem noch in Kraft befindlichen IFA zwischen einem dieser Staaten und dem lateinamerikanischen Gaststaat profitieren. Bei der Planung der Struktur einer zukünftigen Investition sollte ein Investor den Investorenschutz, inklusive der Streitbeilegungsvor-

schriften, vergleichen, der in den verschiedenen IFAs des Landes enthalten ist und seine geplante Investition so strukturieren, dass er den größtmöglichen Vorteil hieraus zieht. Dies kann beinhalten, die Investition durch eine Tochtergesellschaft in einem Land zu tätigen, das ein investorenfreundliches IFA mit dem Gaststaat abgeschlossen hat. Für weitere Informationen verweisen wir auf den Shearman & Sterling LLP Client Newsletter „Strukturierung von Auslandsinvestitionen im Hinblick auf Investitionsförderungsabkommen“, November 2006.

### 3. Jüngste Bestrebungen, die Verfassungen von Bolivien und Ecuador zu ändern

Zusätzlich zu ihrer Distanzierung von der ICSID-Konvention und der Drohung, die IFAs zu kündigen, haben einige lateinamerikanische Staaten erste Schritte unternommen, ihre Verfassungen dahingehend zu modifizieren, dass sie die Durchführung von Investitionsschiedsverfahren verbieten. Ecuador z.B. berät derzeit einen Verfassungszusatz, der den Abschluss weiterer Verträge, die die Möglichkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren vorsehen, verbieten würde. Die in Bolivien vorgeschlagene Verfassungsänderung würde Schiedsvereinbarungen zwischen Bolivien und ausländischen Investoren in der Ölindustrie für unwirksam erklären.

### III. Mögliche Schutzmaßnahmen oder Alternativen zur ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit

Um jedoch den negativen Folgen einer wirksamen Kündigung der ICSID-Konvention vorzubeugen, kann der Investor möglicherweise Schutzmaßnahmen wie die frühzeitige Herbeiführung einer ICSID-Schiedsvereinbarung ergreifen. Daneben stehen ihm neben ICSID möglicherweise auch andere alternative Streitbeilegungsverfahren zur Verfügung.

## 1. Schutzmaßnahmen gegen eine Kündigung: Frühzeitiger Abschluss einer ICSID- Schiedsvereinbarung („*Perfecting Consent*“)

Möglicherweise kann der Investor schon vor dem Entstehen einer Streitigkeit Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass eine Kündigung der ICSID-Konvention in der Zukunft seinen Zugang zu einem ICSID-Schiedsverfahren nicht untergräbt. Dies wird unter dem Schlagwort „Herbeiführung der Zustimmung“ des Gaststaates („*Perfecting Consent*“) zur ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit verstanden. Danach könnte der Investor also schon vor Entstehen der Streitigkeit in einem Brief an den Gaststaat erklären, dass er das in dem einschlägigen IFA enthaltene Angebot des Gaststaates, sich der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen, annimmt. Damit könnte, soweit nicht die Zustimmung des Gaststaates zur ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit an weitere Bedingungen geknüpft ist, eine wirksame Schiedsvereinbarung zustande kommen. Diese könnte gemäß Art. 72 ICSID-Konvention die Wirkung entfalten, dass der Investor trotz anschließend erfolgter Kündigung der ICSID-Konvention durch den Gaststaat noch ein ICSID-Schiedsverfahren gegen diesen einleiten kann.

Ob ein frühzeitiger Abschluss einer ICSID-Schiedsvereinbarung jedoch im Einzelfall möglich und ratsam ist, sollte der Investor zuerst unter Berücksichtigung der relevanten Bestimmungen des einschlägigen IFAs und der sonstigen politischen und wirtschaftlichen Umstände prüfen lassen, bevor er weitere Schritte einleitet.

## 2. Alternative Streitbeilegungsverfahren neben der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit

Wenn der Investor die Möglichkeit hat, ein ICSID-Schiedsverfahren einzuleiten, besteht für ihn kein Bedarf, auf andere Streitbeilegungsverfahren zu rekurrieren. Darüber hinaus sind andere Streitbeilegungsverfahren gegenüber einem ICSID-Verfahren nachrangig, d.h. wenn die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit vereinbart

wurde und durchführbar ist, dann darf der Investor nicht ein Streitbeilegungsverfahren nach einer anderen Schiedsgerichtsordnung wie z.B. UNCITRAL einleiten. Wenn ein Schiedsgericht aber zu dem Schluss kommt, dass ein Vertragsstaat der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit nicht bindend zugestimmt hat oder die ICSID-Konvention wie oben beschrieben wirksam gekündigt wurde, lebt das nachrangig im IFA vereinbarte Streitbeilegungsverfahren wieder auf. Möglicherweise kann der Investor auch über die MFN-Klausel in dem einschlägigen IFA sich auf für ihn vorteilhaftere Streitbeilegungsverfahren aus anderen IFAs berufen.

Alternative Streitbeilegungsverfahren wie z.B. die Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit haben in Lateinamerika schon jetzt eine lange Tradition. Denn die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit stand auch bisher nicht in allen lateinamerikanischen Ländern als Streitbeilegungsverfahren zur Verfügung oder zumindest nicht gleich am Anfang eines Streitfalles. So müssen sich Investoren z.B. gemäß dem deutsch-chilenischen und dem deutsch-argentinischen IFA im Streitfall zuerst an die nationalen Gerichte des Gaststaates wenden. Gemäß dem deutsch-argentinischen IFA kann eine Partei ein Schiedsverfahren erst dann einleiten, wenn das nationale Gericht innerhalb von 18 Monaten keine Sachentscheidung gefällt hat oder aber die Streitigkeit zwischen den Parteien weiter fortbesteht, vgl. Art. 10 Abs. 3 deutsch-argentinischer IFA. Daneben bleibt es hiernach den Parteien natürlich unbenommen, sich darauf zu einigen, sofort ein Schiedsverfahren einzuleiten. Möglicherweise können Investoren auch Klagen erheben, mit denen sie versuchen, mit Hilfe der MFN-Klauseln einige für sie vorteilhaftere Streitbeilegungsvorschriften wie z.B. kürzere Fristenregelungen zur Anwendung zu bringen. Daneben sind einige lateinamerikanische Länder, wie z.B. Mexiko, Brasilien und Kuba niemals der ICSID-Konvention beigetreten. Dies bedeutet selbstverständlich, dass die ICSID-Konvention in diesen Ländern niemals anwendbar war. Insbesondere hat Brasilien überhaupt keine IFAs ratifiziert, so dass weder die materiellen noch die prozessualen Schutzvorschriften eines IFAs jemals vorhanden waren.



## IV. Schlussfolgerungen

Die jüngsten Ankündigungen und eingeleiteten Maßnahmen einiger lateinamerikanischer Staaten belegen eine zunehmend negative Einstellung gegenüber Auslandsinvestitionen. Diese Maßnahmen beinhalten u.a.:

- Drohen mit oder Erklärung der Kündigung der ICSID-Konvention;
- Notifizierung, dass der Staat bestimmte Streitigkeiten zukünftig nicht mehr der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit unterwerfen wird;
- Drohen mit oder Kündigung von IFAs; und
- Die Einleitung von Schritten hin zur Verfassungsänderung, um Investitionsschiedsverfahren zu verbieten.

Im Lichte dieser Unsicherheiten sollten Investoren den ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsschutz neu bewerten. Dieser Rechtsschutz hängt von vielen verschiedenen Faktoren ab und muss daher in jedem Fall individuell neu bewertet werden.

Auch wenn die Kündigung und der Zeitpunkt der Kündigung der ICSID-Konvention durch den Gaststaat für den Rechtsschutz eine große Rolle spielen, so ist für den Investor von größerer Bedeutung, welchen Schutz er unter dem IFA genießt. Investoren sollten daher den einschlägigen IFA unter anderem nach folgenden Gesichtspunkten überprüfen:

- Die anwendbaren materiellen Schutzbestimmungen;
- Die vorgesehenen Streitbeilegungsvorschriften;
- Die Art der Unterwerfung unter die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit (ist sie bindend oder z.B. möglicherweise an die Bedingung einer ICSID-Mitgliedschaft geknüpft?); und
- Die in der Nachwirkungsklausel vorgesehene Restlaufzeit des IFAs.

In Anbetracht des gegenwärtigen investitionsablehnenden Klimas in lateinamerikanischen Ländern sollten Investoren, die Investitionen für die Zukunft planen, die weiteren Entwicklungen genau verfolgen. Dies gilt insbesondere für einige lateinamerikanische Länder, in denen über die Verabschiedung von Verfassungsänderungen nachgedacht wird, die darauf abzielen, die Durchführung eines Schiedsverfahrens zu verbieten.

Möglicherweise ist es für den Investor daher empfehlenswert, entsprechende Vorkehrungen wie z.B. ein vorzeitiges Herbeiführen einer Schiedsvereinbarung zu treffen, um sich weiterhin den Schutz der ICSID-Konvention und des IFAs zu sichern. Möglicherweise ist es auch ratsam, diese Entwicklungen im Rahmen der Strukturierung von Auslandsinvestitionen zu berücksichtigen. Dies muss jedoch im Einzelfall unter Berücksichtigung der einschlägigen Bestimmungen des IFAs und der sonstigen politischen und wirtschaftlichen Umstände geprüft werden.

Diese Publikation dient lediglich der allgemeinen Information und ersetzt keine rechtliche Beratung. Gerne stellen wir Ihnen weitere Informationen zur Verfügung oder beraten Sie bei konkreten Fragen.

Als Ansprechpartner stehen Ihnen zur Verfügung:

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

Amy F. Cohen  
Frankfurt  
+49.69.9711.1000  
amy.cohen@shearman.com

Dr. Marie Louise Seelig, LL.M.  
Frankfurt  
+49.69.9711.1000  
marielouise.seelig@shearman.com

Christina Schuetz  
Frankfurt  
+49.69.9711.1000  
christina.schuetz@shearman.com

Anna Tevini  
Frankfurt  
+49.69.9711.1000  
anna.tevini@shearman.com

WWW.SHEARMAN.COM