

*Dr. Constantin Frank-Fahle, LL.M., Rechtsanwalt/Legal Consultant, Dubai,
Andrés Ring, Rechtsanwalt/Legal Consultant, Dubai, und
Christoph Keimer, Rechtsanwalt/Legal Consultant, Dortmund/Dubai (v.l.n.r.)*

Don't buy German?



Die Autoren

sind Rechtsanwälte der Kanzlei SCHLÜTER GRAF Legal Consultants

Außenpolitische Verwerfungen können erhebliche Konsequenzen auf bi- und multilaterale Handelsbeziehungen haben. Dies lässt sich in Bezug auf den Nahen und Mittleren Osten gleich an mehreren politischen Krisen ablesen: Die Katarikrise, die im Juni 2017 ausgebrochen ist, zwingt Investoren, die ihr Katargeschäft bisher aus dem Emirat Dubai strukturiert haben, andere Wege einzuschlagen, um ihr Geschäfte abzuwickeln (bspw. über den Oman – SPIEGEL ONLINE v. 5. 6. 2018: „Ein Jahr Trotz, was nun?“). Während der Türkei-Krise (Sommer 2017) wurden deutsche Investoren aufgrund von Terrorverdacht auf eine sog. „Blacklist“ gesetzt (Juli 2017 – Zeit v. 19. 7. 2017: „Türkei sieht Daimler und BASF als Terrorunterstützer“). Zuletzt ist darüber berichtet worden, dass deutsche Bieter bei Vergabeverfahren infolge des angespannten Verhältnisses zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich Saudi-Arabien mitunter nicht berücksichtigt wurden (DER SPIEGEL v. 27. 5. 2018: „Die Rache des Prinzen“; Handelsblatt Global v. 28. 5. 2018: „Saudi Arabia freezes out German companies“).

So unterschiedlich die Beweggründe der vorgenannten politischen Auseinandersetzungen sein mögen, so einheitlich ist die Folge für ausländische Investoren: Volatiler werdende außenpolitische Beziehungen machen es erforderlich, dass sich Investoren um einen effektiven Investitionsschutz bemühen müssen. Dies gilt sowohl für das Bestandsgeschäft als auch für zukünftige Investitionen.

Mit Blick auf Bestandsinvestitionen sollte überprüft werden, inwieweit der Investitionsschutz adäquat ist. Während deutsche Investitionsschutz- und -fördervertrag (IFV) vom 29. 10. 1996 sowie Art. 6 ff. des Saudi Foreign Investment Law No. M/1 vom 10. 4. 2000 i.V.m. Art. 5 der Ausführungsbestim-

mungen geschützt sind, ist dies mit Blick auf Investitionen in der Türkei, die in den Anwendungsbereich des deutsch-türkischen IFV vom 20. 6. 1962 fallen, bspw. nicht der Fall. Dies liegt daran, dass der deutsch-türkische IFV lediglich ein sog. Staat-Staat-Investitionsschiedsverfahren vorsieht (Art. 11). Demgegenüber eröffnet der deutsch-saudische IFV im Falle der Verletzung materieller Investitionsschutzrechte die Möglichkeit, dass sich Investoren im Rahmen eines sog. Investor-Staat-Investitionsschiedsverfahrens direkt an den Gaststaat wenden können (Art. 11). Der Vorteil eines Investor-Staat-Verfahrens liegt darin, dass der Investor nicht (mehr) darauf angewiesen ist, seine Rechte über seinen Heimatstaat geltend zu machen. Vielmehr wird ihm ein aus dem Völkervertrag abgeleitetes Recht eröffnet, aufgrund dessen der Investor direkt gegen den Gaststaat Ansprüche geltend machen kann.

Soweit ein (veraltetes) IFV kein Investor-Staat-Verfahren vorsieht, bietet sich ggf. die Möglichkeit, eine Investition so zu restrukturieren, dass der persönliche Anwendungsbereich eines günstigeren (moderner) IFV eröffnet wird. Dieser Vorgang wird auch als „Treaty-Shopping“ bezeichnet. Hierbei überträgt der Investor bspw. Anteile einer Tochtergesellschaft in dem Gaststaat an eine Tochtergesellschaft in einem Drittstaat, der über ein günstigeres IFV mit dem Gaststaat verfügt. Ob und unter welchen Bedingungen eine investitionsrechtliche Restrukturierung zulässig ist, hängt zum einen davon ab, ob der präferierte IFV eine sog. Anti-Treaty-Shopping-Klausel enthält. Zum anderen muss mit Blick auf die Rechtsprechung der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit beachtet werden, dass die Restrukturierung zu einem Zeitpunkt erfolgt, in welchem nicht absehbar war, dass es zu einer investitionsschutzrechtlichen Auseinandersetzung kommt (vgl. u. a.

Philip Morris Asia Ltd. v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012–12). Im Übrigen müssen die (außen-)steuerlichen Auswirkungen einer solchen Restrukturierung bedacht werden.

Im Hinblick auf zukünftige Investitionen ist die Vertragsausgestaltung Ausgangspunkt der Überlegungen. Force Majeure- und Hardship-Klauseln sind häufig genutzte Instrumente, um negative Konsequenzen, die

Investitionsschutz in stürmischen außenpolitischen Zeiten

aus politischen Risiken herrühren, abzusichern. Solche Klauseln können den Investor zwar nicht vor dem Eintritt einer politischen Krise bewahren; allerdings knüpfen sie in der Regel vordefinierte Rechtsfolgen an Force Majeure- bzw. Hardship-Tatbestände, sodass die (rechtliche) Handhabung des Vertragsverhältnisses zumindest vorhersehbar und steuerbar wird.

Force Majeure-Klauseln regeln den Eintritt von Ereignissen, die bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbar waren und die Erfüllung der vertraglichen Pflichten zumindest temporär unmöglich machen. Definiert werden in der Regel außergewöhnliche Ereignisse, die außerhalb der Kontrolle einer Partei liegen. Ob und inwieweit politische Einflussnahmen hierunterfallen, ist anhand des konkreten Wortlautes zu ermitteln. Dieser sollte aus Sicht des ausländischen Investors breit gefasst sein, um möglichst alle Fälle abzudecken. Auf Rechtsfolgenseite sollten klare Regelungen in Bezug auf die Beendigung des Vertrages enthalten sein.

Hardship-Klauseln befassen sich mit einer Änderung bzw. Störung der Geschäftsgrundlage. Hierbei handelt es sich im Allgemeinen um bei Vertragsabschluss nicht berücksichtigte oder vorhersehbare Ereignisse, die das Vertragsgleichgewicht nachhaltig stören. Idealerweise eröffnen Hardship-Klauseln Modifikations- und Beendigungsmöglichkeiten.

Unbeständige außenwirtschaftliche Beziehungen zwischen Deutschland und diversen Staaten im Nahen und Mittleren Osten machen es erforderlich, dass Investoren u. a. eine vorausschauende Investitionsstrukturierung und Vertragsgestaltung vornehmen. Investitionsschutzrechtlich bedingte (Re-) Strukturierungsmaßnahmen müssen frühzeitig, d. h. vor dem beeinträchtigenden Ereignis, vorgenommen werden. Im Rahmen der Vertragsgestaltung sind umfassende Force Majeure- und Hardship-Klauseln unverzichtbar, um adäquat auf politische Ereignisse reagieren zu können.