

Policy Papers on Transnational Economic Law

No. 15

**Contract *v.* Treaty Claims:
Die Entscheidung in
Impregilo S.p.A. *v.* Islamic
Republic of Pakistan
Bernhardt Kluttig**

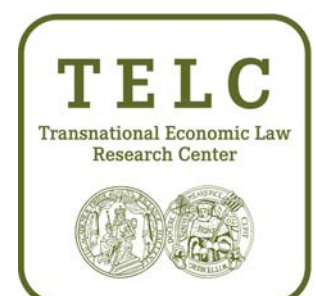
TRANSNATIONAL
ECONOMIC LAW
RESEARCH CENTER

Faculty of Law
Martin-Luther-University
Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 5
06099 Halle (Saale)
Germany

Tel.: +49 345 / 55 23149
/ 55 23180
Fax: +49 345 / 55 27201

E-Mail: telc@jura.uni-halle.de
www.telc.uni-halle.de

June 2005



Contract *v.* Treaty Claims: Die Entscheidung in Impregilo S.p.A. *v.* Islamic Republic of Pakistan

A. Einleitung

Am 22. April 2005 entschied ein ICSID-Schiedsgericht (Gilbert Guillaume, Bernardo Cremades, Toby Landau) über seine Zuständigkeit im Verfahren Impregilo S.p.A. *v.* The Islamic Republic of Pakistan (Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22. April 2005, veröffentlicht im Internet: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/impregilo-decision.pdf>). Das Schiedsgericht wertete im Ergebnis bestimmte von Impregilo behauptete Verletzungen des italienisch-pakistanischen bilateralen Investitionsschutzvertrages (BIT) als zulässige treaty claims und bejahte diesbezüglich seine Zuständigkeit.

Die im folgenden dargestellte Entscheidung betrifft im weiteren Sinne Fragen der Zulässigkeit von contract claims (Klagen, bei denen sich der Investor auf eine Verletzung des zwischen ihm und dem Gaststaat geschlossenen Investitionsvertrages beruft) und die davon zu unterscheidenden treaty claims (Klagen, bei denen sich der Investor auf die Verletzung des zwischen Gast- und Heimatstaat geschlossenen BIT beruft). Im Einzelnen werden u.a. Fragen zur Prozessstandschaft, zur Behandlung von contract claims in Abwesenheit einer umbrella clause, zur Bedeutung von weit formulier-

ten Schiedsklauseln des BIT für contract claims, zu Auswirkungen einer Schiedsklausel im contract und zur Zurechnung von juristischen Personen zum Staat aufgeworfen. Bedauerlicherweise werden diese Fragen nicht vollumfänglich erörtert.

B. Sachverhalt

Die Klägerin Impregilo ist ein italienisches Unternehmen. In ihrer Klage gegen Pakistan stützt sie sich auf die Verletzung zweier Verträge, welche die GBC – eine nichteingetragene Gesellschaft nach schweizerischem Recht, an der die Klägerin 57,8 % Anteile hält – mit der Pakistan Water and Power Development Authority (WAPDA) geschlossen hat. Darüber hinaus sieht sie auch den italienisch-pakistanischen BIT verletzt. Neben Impregilo waren im Zeitpunkt der Klageerhebung vier weitere Unternehmen an GBC beteiligt, nämlich die Züblin AG (deutsch), ein französisches und zwei pakistanische Unternehmen. Die Verträge, die Impregilo im Namen von GBC abgeschlossen hatte, standen im Zusammenhang mit dem Bau des Tarbela Dammes am Indus River und hatten einen Wert von ca. 500 Mill. US-Dollar. Die Ausführung der Verträge unterlag der Kontrolle eines von WAPDA beauftragten Ingenieurs. Die vertragliche Streitbeilegungsregelung sah vor, dass Streitigkeiten vom Ingenieur innerhalb von 28 Tagen zu entscheiden sind. Die Entscheidung konnte auf Antrag einer Partei von einem durch die Vertragsparteien zu

bildenden Dispute Review Board (DRB) überprüft werden. Entscheidungen des DRB konnten wiederum mit einem Schiedsgerichtsverfahren in Lahore angefochten werden.

Die Ausführung der Arbeiten verzögerte sich. Klagen der GBC auf Verlängerung des Erfüllungszeitraumes sowie auf Erstattung zusätzlicher, durch die Verzögerung entstandener Kosten wurden vom Ingenieur abgewiesen. Die Bildung des DRB sei nach Auffassung von Impregilo durch die WAPDA behindert worden. Da die Durchführung des Verfahrens vor dem DRB Voraussetzung für ein Schiedsverfahren in Lahore sei, wäre auch dieser Rechtsweg versperrt gewesen. Impregilo ist der Auffassung, dass die vermeintlich durch WAPDA zu vertretenden Verzögerungen, die Nichtgewährung von Verlängerungen sowie Kostenerstattung durch den Ingenieur, die Behinderung der Streitbeilegung sowie die Forderung der WAPDA, die Arbeiten trotz der angespannten Sicherheitslage Ende 2001 weiter auszuführen, Verletzungen der Investitionsverträge (contracts) sowie des BIT (treaty) darstellten, die Schadensersatzforderungen i.H.v. US\$ 450 Mill. begründeten.

C. Entscheidung

I. Zuständigkeit *ratione personae*

Das Schiedsgericht prüfte zunächst die Zuständigkeit *ratione personae*. Impregilo machte die Ansprüche zuerst in Prozessstandschaft für die

GBC geltend. Dies wurde durch das Schiedsgericht für unzulässig erklärt, da es der GBC an einer eigenen Rechtspersönlichkeit mangle und sie somit keine juristische Person i.S.d. Art. 25 Abs. 2 lit. b IC-SID darstelle (para. 131). Zusätzlich stützte Impregilo seine Klagebefugnis auf "the entirety of the damages suffered by GBC", was nach Auslegung des Schiedsgerichts als eine Klage in Prozessstandschaft der Joint Venture Partner zu verstehen sei (para. 140). Dies lehnte das Schiedsgericht mit der Begründung ab, keiner der Partner falle unter den Schutz des BIT. Bestätigt wurde damit auch der Grundsatz, dass ein Anteilseigner einer Gesellschaft nicht den gesamten Schaden, den die Gesellschaft erlitten hat, einklagen kann (para. 154). Hilfsweise klagte Impregilo auf Ersatz des eigenen Anteils (also 57,8 %) am gesamten Schaden. Das Schiedsgericht sah seine Zuständigkeit *ratione personae* hinsichtlich dieses Anspruches begründet (para. 165).

II. Zuständigkeit *ratione materiae*

1. Contract Claims

Im Rahmen der Klagebegründung beschäftigte sich das Schiedsgericht zunächst mit seiner Zuständigkeit hinsichtlich der Ansprüche aus der vermeintlichen Verletzung des Investitionsvertrages (contract claim). Dabei stellte es sich die Frage, ob die Schiedsklausel in Art. 9 des BIT ("... any disputes arising between a Contracting Party and the investors of the other, ...") auch Streitigkeiten zwischen Impregilo und Pakistan

umfasst, die auf einer Verletzung des Vertrages zwischen GBC und WAPDA beruhen. Sollte dies nicht der Fall sein, hätte das Schiedsgericht zu prüfen, ob sich die Zuständigkeit für contract claims möglicherweise aus einer über die MFN-Verpflichtung nach Art. 3 BIT anzuwendenden umbrella clause ergäbe. Für den Fall, dass das Gericht über Art. 9 BIT oder über Art. 3 BIT grundsätzlich zuständig wäre, sei zu prüfen, ob die Zuständigkeit durch eine Streitbeilegungsklausel des contract beeinflusst würde (para. 196).

Hinsichtlich der ersten Frage erörterte das Schiedsgericht, ob es sich bei der WAPDA um eine Organisation handele, welche dem Staat Pakistan zuzuordnen sei, da sich der Vertrag und damit auch die Streitbeilegungsklausel nur auf Streitigkeiten zwischen dem Investor und dem Staat bezögen (para 198). Die Frage des Status der WAPDA bestimme sich nach nationalem, also pakistanischem Recht. Die Argumentation der Klägerin, die sich an den völkerrechtlichen Grundsätzen der Staatenverantwortlichkeit orientierte, sei fehlerhaft, da “a clear distinction exists between the responsibility of a State for the conduct of an entity that violates international law (e.g. a breach of Treaty), and the responsibility of a State for the conduct of an entity that breaches a municipal law contract (i.e. Impregilo’s Contract Claims)” (para. 210).

Unter Berücksichtigung der Tatsachen, dass die Klägerin den Vertrag mit WAPDA und nicht mit Pakistan geschlossen habe, es sich bei WAPDA nach pakistanischem Recht um eine vom Staat unabhängige Gesellschaft handele und Art. 9 des BIT keine Streitigkeiten über die Verletzung eines Vertrages mit einer unabhängigen Gesellschaft erfasse, erklärte sich das Schiedsgericht hinsichtlich der auf die Verletzung des contract gestützten Ansprüche Impregilos für unzuständig.

Hinsichtlich des zweiten Prüfungspunktes, ob Impregilo über Art. 3 BIT (MFN) seine Klage auf die umbrella clause anderer pakistanscher BITs stützen könne, äußert sich das Schiedsgericht nur knapp. Das Schiedsgericht verneinte dies mit Verweis auf seine zur ersten Frage gelieferte Begründung: “In the Tribunal’s view, given that the Contracts were concluded by Impregilo with WAPDA, and not with Pakistan, Impregilo’s reliance upon Article 3 of the BIT takes the matter no further. Even assuming arguendo that Pakistan, through the MFN clause and the Swiss-Pakistan BIT, has guaranteed the observance of the contractual commitments into which it has entered together with Italian investors, such a guarantee would not cover the present Contracts – since these are agreements into which it has not entered. On the contrary, the Contracts were concluded by a separate and distinct entity” (para. 223).

Mit der dritten Frage – der Bedeutung der Streitbeilegungsklausel des contract – brauchte sich das Schiedsgericht nach seiner Auffassung nicht mehr näher zu beschäftigen, da beide Vorfragen negativ beantwortet worden seien und Impregilo hinsichtlich der contract claims nicht gehört werden könne (para. 225).

2. Treaty Claims

Nachdem das Schiedsgericht seine Zuständigkeit hinsichtlich der von Impregilo vorgetragenen contract claims verneint hatte, wendete es sich nun den treaty claims zu, also der von Impregilo behaupteten Verletzung des BIT. Zunächst stellte sich das Gericht die Frage, wie umfangreich auf der Ebene der Zulässigkeit das Vorliegen einer solchen Verletzung vom Kläger dargelegt und vom Gericht überprüft werden muss. Das Schiedsgericht kam dabei zum Schluss, dass es zu prüfen habe, “whether the facts as alleged by the Claimant in this case, if established, are capable of coming within those provisions of the BIT which have been invoked“ (para. 254). Nach deutscher Terminologie ist also die Schlüssigkeit des Vorbringens des Klägers für die Zulässigkeit der Klage maßgebend.

Im Hinblick auf das Verhältnis von contract claims und treaty claims bezog sich das Schiedsgericht hauptsächlich auf die Ausführungen im Vivendi-Aufhebungsverfahren (Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argen-

tine Republic, Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3. Juli 2002 (Yves Fortier, James R. Crawford, José Carlos Fernández Rozas), erhältlich im Internet: http://www.worldbank.org/icsid/cases/vivendi_annul.pdf). Beide Ansprüche bedingten sich nicht unmittelbar und müssten unterschieden werden. Auch wenn es zu Überlappungen kommen könne, so seien die Ansprüche doch getrennt voneinander zu untersuchen (para. 256). Daher könne auch nicht jede Verletzung eines contract gleichzeitig eine Verletzung des treaty (BIT) bedeuten. Zu einer bloßen Verletzung des contract müsse vielmehr noch eine besondere staatliche Machtausübung hinzutreten: “In order that the alleged breach of contract may constitute a violation of the BIT, it must be the result of behaviour going beyond that which an ordinary contracting party could adopt. Only the State in the exercise of its sovereign authority (‘puissance publique’), and not as a contracting party, may breach the obligations assumed under the BIT“ (para. 260). Unter Anwendung dieser Grundsätze kam das Schiedsgericht schließlich in Bezug auf einzelne Punkte der Klage Impregilos zu möglichen Verletzungen des BIT und damit zu seiner Zuständigkeit hinsichtlich eben dieser BIT-Verletzungen.

Die Zuständigkeit wird nach Auffassung des Gerichts auch nicht von der im contract enthaltenen Streitbeilegungsklausel beeinflusst. An-

ders als in *SGS v. Philippines* (*SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29. Januar 2004 (Ahmed S. El-Kosheri, James Crawford, Antonio Crivellaro), erhältlich im Internet: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf>) erklärte das Schiedsgericht eine Aussetzung dieses Verfahrens für ungeeignet, ohne jedoch die vom Schiedsgericht in *SGS* vertretene Auffassung ausdrücklich abzulehnen: “The Tribunal considers that, whilst arguably justified in some situations, a stay of proceedings would be inappropriate here, for a number of reasons“ (para. 289).

D. Bewertung

Die strittige Frage, ob bei Vorliegen einer weiten Schiedsklausel (bspw. “with regard to any dispute arising out of an investment“) auch in Abwesenheit einer umbrella clause Ansprüche aus der Verletzung des contract geltend gemacht werden können, ließ das Schiedsgericht unbeantwortet. Wurde dies beispielsweise von den Schiedsgerichten in *SGS v. Philippines* und bereits zuvor in *Salini v. Morocco* (*Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23. Juli 2001 (Robert Briner, Bernardo Cremades, Ibrahim Fadlallah), erhältlich im Internet: <http://www.investmentclaims.com/decisions/Salini-Morocco-Jurisdiction-23Jul2001.pdf>) bejaht, so steht dem die ablehnende Ent-

scheidung in *SGS v. Pakistan* (*SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6. August 2003 (Florentino P. Feliciano, André Faurès, J. Christopher Thomas), erhältlich im Internet: <http://www.investmentclaims.com/decisions/SGS-Pakistan-Jurisdiction-6Aug2003.pdf>) gegenüber. Diese Frage ist der Problematik, ob es sich bei WAPDA um eine staatliche pakistanische Untereinheit handelt, vorgelagert und hätte aus systematischen Gründen vom Schiedsgericht auch vorrangig geprüft werden müssen.

Nachdem das Schiedsgericht unter Anwendung nationalen Rechts zum Schluss gelangt war, dass es sich bei WAPDA um ein vom Staat Pakistan losgelöstes Rechtssubjekt handle, führte es unter Verweis auf die *Salini*-Entscheidung aus, dass reine contract claims nicht unter der Schiedsgerichtsklausel des BIT gehört werden könnten, wenn die dort benannten Parteien – also der Investor und der Gaststaat – nicht auch gleichzeitig Vertragsparteien des contract seien: “In the Tribunal’s view, the jurisdiction offer in this BIT [between Italy and Pakistan] does not extend to breaches of a contract to which an entity other than the State is a named Party“ (para. 214). Dieser Ansatz, wonach sich die Zustimmung des Gaststaates zur Schiedsgerichtsbarkeit für contract claims in der Schiedsklausel nur auf Fälle erstreckt, in denen er

auch Partei des contract war, ist zwar im Grunde richtig. In der Salini-Entscheidung wurden jedoch die Grenzen dieses Grundsatzes verkannt. Obwohl das Schiedsgericht feststellte, dass es sich bei dem marokkanischen Vertragspartner des Investors um eine dem Staat Marokko zurechenbare Gesellschaft handele, nahm es dennoch an, dass die Streitbeilegungsklausel keine Zuständigkeit für contract claims begründen könne: "However, the Tribunal considers that ... [the dispute settlement clauses'] scope of application regarding the nature of disputes is limited as to the persons concerned. In the case where the State has organised a sector of activity through a distinct legal entity, be it a State entity, it does not necessarily follow that the State has accepted a priori that the jurisdiction offer contained in Article 8 should bind it with respect to contractual breaches committed by this entity" (para. 60). Diese Auffassung, wonach die formelle Unterscheidbarkeit zwischen dem Staat und einer ihm nach nationalem Recht zurechenbaren juristischen Person genügt, um die Zulässigkeit einer auf die Verletzung des Vertrages zwischen dem Investor und der juristischen Person gestützten Klage nach der Streitbeilegungsklausel des BIT zu verneinen, birgt die Gefahr einer unbilligen Verkürzung des Rechtsschutzes. Es läge dann in der Hand des Gaststaates, durch Ausgliederung seiner Tätigkeiten auf andere juristische Personen die zuvor in der Schiedsklausel des BIT erteilte Zu-

stimmung zur Schiedsgerichtsbarkeit beliebig auszuhöhlen.

Hinsichtlich der vom Schiedsgericht vorgenommenen Prüfung der Zuständigkeit über eine mittels MFN integrierte umbrella clause ist kritisch zu bemerken, dass das Gericht wiederum vorschnell auf den Status von WAPDA abstellte, ohne sich zuvor grundsätzlich zur MFN-Fähigkeit der umbrella clause geäußert zu haben. Zunächst hätte sich die Frage gestellt, ob es nach der ejusdem-Regel möglich ist, eine im Drittvertrag enthaltene umbrella clause auf den Basisvertrag zu übertragen. Nachdem in *Maffezini* (Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain, Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25. Januar 2000 (Francisco Orrego Vicuña, Thomas Buergenthal, Maurice Wolf), erhältlich im Internet: http://www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_DecisiononJurisdiction.pdf) entschieden wurde, dass grundsätzlich auch prozessuale Rechte MFN-fähig sind, könnte man auch eine MFN-Fähigkeit der umbrella clause annehmen. Es bliebe dann die Frage nach möglichen Ausnahmen. So nannte das Maffezini-Tribunal beispielsweise vier Fallgruppen, bei denen aus Gründen des öffentlichen Wohles jeweils eine Erstreckung der Vorteile des Drittvertrages auf den Basisvertrag über MFN ausgeschlossen ist. Bedauerlicherweise blieben derartige Fragen vom Schiedsgericht unbeantwortet.

Problematisch ist des Weiteren die

Tatsache, dass das Schiedsgericht für die Prüfung des Status der WAPDA nur auf nationales Recht abstellte. Die Anwendung nationalen Rechts ist zwar einleuchtend bei der Frage, ob eine Verletzung des contract vorliegt. Denn die Basis für einen contract claim, also die Vertragsverletzung, richtet sich zunächst grundsätzlich nach nationalem Recht. Wird jedoch durch Anwendung einer umbrella clause (ob im BIT selbst oder möglicherweise über eine MFN-Regelung) eine Verletzung des contract zur Verletzung einer BIT-Verpflichtung, muss sich die Zurechenbarkeit des Handelns auch nach völkerrechtlichen Grundsätzen richten. Im Wesentlichen wäre auf die Anwendung der in den Artikeln des ILC-Entwurfes zur Staatenverantwortlichkeit festgehaltenen Grundsätze abzustellen. Dies ist für treaty claims auch anerkannt. So gelangte das Schiedsgericht in der Maffezini-Entscheidung auf diesem Wege zur Zurechnung der privaten Gesellschaft zum spanischen Staat. Nichts anderes kann aber für den Fall gelten, dass eine Verletzung des contract über die umbrella clause eine Verletzung des BIT bedeutet. Andernfalls läge es abermals in der Hand des Staates, den zusätzlichen Rechtsschutz des Investors, der ihm durch die umbrella clause im BIT gewährt werden soll, unbillig zu verkürzen.

Insofern lässt das Schiedsgericht einige Fragen grundsätzlicher Natur zu contract claims außer Betracht und konzentriert sich für die Ableh-

nung der Zuständigkeit auf den nach seiner Auffassung maßgeblichen unabhängigen Status der WAPDA. Der Grund dieser verkürzten Betrachtung dürfte wohl im vom Gericht angewendeten Grundsatz gerichtlicher Effizienz liegen.

Bernhard Kluttig, LL.M. oec.int., ist Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Tietje an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und absolviert derzeit sein Referendariat am KG Berlin.