

# Legal Survival Strategies in Anglo-Saxon Countries Exemplified by Mining Projects in Australia

Australia is one of the biggest mining countries in the world. In spite of the current recession, the mining industry has continuously grown throughout the past decades. This predictable continuing development in the upcoming decades can undoubtedly be traced back to Australia's vast and often unexploited landmasses. The country possesses about 10% of the world's known coal deposits. It further harbors great amounts of iron ore, bauxite and copper. Australia plays an important role in the global supply of raw materials. Many German companies are toying with the idea of entering

Australia's large and attractive market that is characterised by gigantic and continuously growing reserves and compels due to the possibility of outstanding revenues. Yet, how is it possible to minimize the risk and the expenditure for expansive contracts, exorbitant procedures and elaborate rules governing compliance? This article will provide answers to these questions. It is mainly based on a lecture held by the author at the Australian embassy in Berlin on the 25th of March 2015 entitled "The Future of Mining in Australia. Technology. Innovation. Sustainability. Finance."

## Rechtliche Überlebensstrategien in angelsächsischen Ländern am Beispiel von Bergbauprojekten in Australien

Australien ist eines der größten Bergbauländer der Welt, das trotz aktueller Schwächeperiode seit Jahrzehnten über ein ungebrochenes Wachstum verfügt. Dass sich dies auch in den nächsten Jahrzehnten fortsetzen wird, liegt ohne Zweifel an der großen und oft unerschlossenen Landmasse Australiens. Das Land besitzt allein 10 % aller derzeit bekannten Kohlevorräte der Welt. Es verfügt zudem über enorme Eisenerz-, Bauxit- und Kupfervorkommen und spielt für die globale Rohstoffversorgung eine bedeutende Rolle. Viele deutsche Unternehmen liebäugeln mit

dem großen und attraktiven australischen Markt, dessen gigantische Vorräte mit einem stetigen Wachstum und hervorragenden Renditen locken. Wie aber kann man das Risiko und den Aufwand von voluminösen Verträgen, exorbitanten Verfahrenskosten und aufwändiger Compliance am besten im Zaum halten? Der Beitrag gibt Antworten auf diese Frage. Er geht auf einen Vortrag des Autors auf der Konferenz „The Future of Mining in Australia. Technology. Innovation. Sustainability. Finance.“ an der australischen Botschaft in Berlin am 25. März 2015 zurück.

### 1 The Mining Industry in Australia

The involvement of German companies in Australian natural resource projects has a long-standing tradition. Current examples hereof are the acquisition of the Hanson Group by Heidelberg Cement as well as the involvement of the Deutsche Rohstoff AG, Heidelberg, in the extraction of tungsten. Traditionally, German involvement in the building sector has been quite elaborate, in particular on behalf of the Hochtief AG Essen with its involvement in the Leighton Group (especially Thiess and Leighton contractors). Furthermore, the Thiess/RWE joint venture and the activities of Leibherr and Wirtgen supplying mining companies with specialised vehicles should be named. However, most of all worth mentioning are the countless German companies originating from the small business sector that have been active in the local industry for years. Some examples hereof are Haver & Boecker in Oelde or Siemag Tecberg in Haiger. BASF SE, Ludwigshafen, has been highly involved in the Australian Minerals Research Centre in Perth.

### 1 Bergbau in Australien

Die Beteiligung deutscher Firmen an australischen Rohstoffprojekten hat eine lange Tradition. Aktuelle Beispiele sind die Übernahme der Hanson Gruppe durch Heidelberg Cement sowie die Beteiligung der Deutsche Rohstoff AG, Heidelberg, am Wolframabbau. Traditionell besteht auch eine intensive deutsche Beteiligung im Bausektor, insbesondere über die Hochtief AG, Essen, bei der Leighton-Gruppe (vor allem Thiess und Leighton Contractors). Das Thiess/RWE-Joint Venture ist ebenso anzuführen, wie die Aktivitäten von Liebherr und Wirtgen, die viele Minenbetreiber mit Spezialfahrzeugen beliefern. Hervorzuheben sind jedoch vor allem die zahllosen deutschen mittelständischen Unternehmen, die seit Jahren vor Ort aktiv sind. Als Beispiele sind Haver & Boecker in Oelde oder Siemag Tecberg in Haiger zu nennen. Die BASF SE, Ludwigshafen, hat großen Anteil am Forschungs- und Entwicklungszentrum für Bergbau am Australian Minerals Research Center in Perth (1).

## 2 Contractual Particularities of Australia

As a general rule, most mining projects will have to be governed by Australian law and thus by common law- the law found predominantly in Anglo-Saxon countries in its regional specificities. Even for experienced German lawyers and risk managers this generally poses quite a challenge. This is mainly due to the length of the contract. Anglo-Saxon contracts usually tend to resemble thick binders and the (German) user might be prompted to ask whether lawyers are perhaps paid according to the number of pages they produce. If it is possible in German law to formulate the main points clearly and coherently, why is it not possible in common law? To this regard it must be noted that contract law is not codified in Australia. Thus, no law comparable to the German Civil Code (“Bürgerliches Gesetzbuch”- BGB) exists. Insofar a contract between a German and an Australian mining company cannot refer to legal terms, legal figures or legal consequence having been defined by existing and codified law. Accordingly everything needs to be redefined which leads to an increase in the contractual document. Furthermore, the entirety of pre-existing jurisprudence (confusingly referred to as “Common Law” as well) not wanted to be included in the contract needs to be explicitly excluded (2).

Even once the German practitioner has become accustomed to the length of the document and understood its systematic approach, it can come as quite of a surprise that the core essentials (the so-called “essentialia negotii” – indispensable for the validity of any German contract) don’t seem to be mentioned in the contract at all. Just to name one example: A German mining company takes over an Australian competitor. Under para. 3. 1: Sale and Purchase of the Sale of Business Agreement it is specified: “The Vendor agrees to sell and the Purchaser agrees to purchase the Shares for the Purchase Price.” Quite to the despair of the German businessman the purchase price is not defined within this clause: How is it possible that at the given state of negotiations a purchase price has not been specified yet contractually even though an agreement hereon had been reached after hourly transcontinental conference calls and in spite of the goal to sign the contract within the next three days? The answer to this conundrum lies herein: Paragraph 3.1 names the “Purchase Price” and not the “purchase price”. The difference being that the initial letters of “Purchase Price” are capitalised which is often overlooked by German-speaking readers. All capitalised words in a common law contract – except for personal names – will be defined somewhere throughout the contract. As a general rule the preceding paragraphs of the contract will contain legal definitions. One will find the following definition under paragraph 1 in alphabetical order when having a look at the beginning of the document: “Purchase Price means the amount determined under item 2 of Schedule 3.” In Schedule 3 of the Annex of the actual contract one might find: “The Purchase Price is AUD 5,000,000.” In some cases this clause will refer to a formula needed to calculate the exact purchase price. The formula itself might include further legal definitions such as “Remaining Debt” or “Receivables”, “Share Sale Price”, “Second Payment” or other terms. Thus the answer might only be deducible in scrolling back and forth between the definitions, the actual agreement and the schedules. This approach is quite confusing for Germans since in con-

## 2 Vertragliche Besonderheiten in Australien

In der Regel wird man sich bei Bergbauprojekten australischem Recht unterwerfen müssen und damit dem Common Law, also der in angelsächsischen Ländern vorherrschenden Rechtsordnung in der jeweiligen Ausprägung. Selbst erfahrene deutsche Juristen und Risk Manager stellt dies in der Regel vor Herausforderungen. Das liegt zunächst an der Länge des Vertragsdokuments. Angelsächsische Verträge ähneln oft einer Kladde und der Anwender fragt sich, ob Rechtsanwälte dort vielleicht nach der Anzahl der Seiten bezahlt werden. Das deutsche Recht schafft es doch auch, die wesentlichen Dinge schlüssig und prägnant zu formulieren. Allerdings muss man wissen, dass das Vertragsrecht in Australien gar nicht kodifiziert ist. Es gibt also kein Gesetz, das mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) vergleichbar ist. Der Vertragstext zwischen einem deutschen und einem australischen Bergbauunternehmen kann also nicht auf Rechtsbegriffe, Rechtsfiguren oder rechtliche Konsequenzen Rückgriff nehmen, die bereits in einem Gesetzestext formuliert und normiert sind. Entsprechend muss alles neu definiert werden, was den Vertragstext stetig anschwellen lässt. Weiterhin muss auch sämtliche Rechtsprechung der Vergangenheit (verwirrenderweise auch wiederum als „Common Law“ bezeichnet) ausgeklammert werden, die man nicht im Vertrag wünscht (2).

Hat man sich einmal mit der Länge des Dokuments und mit der Systematik angefreundet, so verzweifelt man erneut, wenn sich wichtige essentialia negotii gar nicht in dem Vertrag zu befinden scheinen. Hierzu sei ein Beispiel gegeben: Ein deutsches Bergbauunternehmen kauft einen australischen Wettbewerber. Im Unternehmenskaufvertrag heißt es unter § 3.1 Sale and Purchase: „The Vendor agrees to sell and the Purchaser agrees to purchase the Shares for the Purchase Price.“ Nach dem Kaufpreis hält man aber vergeblich Ausschau. Der deutsche Unternehmer verzweifelt: Es kann doch wohl nicht sein, dass im jetzigen Verhandlungsstadium immer noch kein Verkaufspreis definiert ist – darauf hatte man sich doch in stundenlangen nächtlichen transkontinentalen Telefonkonferenzen endlich geeinigt und in drei Tagen soll bereits unterzeichnet werden. Diesem Unternehmer kann auf die Sprünge geholfen werden: Des Rätsels Lösung liegt darin, dass in § 3.1 die Rede vom „Purchase Price“ und nicht vom „purchase price“ ist. Der gerade von deutschsprachigen Lesern oftmals überlesene Unterschied besteht darin, dass die Anfangsbuchstaben von „Purchase Price“ großgeschrieben sind (capital letters). Alle Worte, die in einem Vertrag des Common Law großgeschrieben sind – Eigennamen ausgenommen – sind irgendwo im Vertragstext legaldefiniert. In der Regel befindet sich am Anfang des Vertrags ein ganzer Paragraph mit Legaldefinitionen. Blättert man nun zum Anfang des Dokuments, findet man unter § 1 alphabetisch sortiert die folgende Definition: „Purchase Price means the amount determined under item 2 of Schedule 3.“ Blättert man nun zum Schedule 3 im Anhang des eigentlichen Vertragstextes, findet sich z.B. dort: „The Purchase Price is AUD 5,000,000.“ Gegebenenfalls befindet sich dort auch eine Formel, nach der man den Kaufpreis erst errechnen muss. Diese Formel kann wieder weitere legaldefinierte Definitionen wie „Remaining Debt“ oder „Receivables“, „Share Sale Price“, „Second Payment“ oder andere Begriffe enthalten, so dass man die Lösung erst durch ein Hin- und Herblättern zwischen den Definitionen, dem Vertragstext und den Schedules erhält. Dies ist für Deutsche ver-

tinental law the main elements of the contract need to be recognizable at first glance due to the principle of legal certainty. The aforementioned approach is not meant as an obfuscation tactic on behalf of the common law lawyer, quite to the contrary, it is common practice. Since it is not possible in common law to refer to codified definitions, a certain degree of abstraction and consistency is obtained in using legal definitions in the contract itself. Otherwise it would not be possible to make any generalizations and each definition would have to be repeated throughout the contractual document every time the according term is used. Another reason for this approach lies within the fact that common law contracts tend to be very extensive and often standardised contracts are referred to using the same *modus operandi* yet containing different economic parameters. Thus, solely the schedules might be changed instead of changing the entirety of the contractual document.

In summary it is important to note that the economically decisive factors of a common law contract commonly will be found in the definitions or in the annex of the contract – in the schedules – and thus in the “fine print” where the German user would presume to find the determination of unnecessary or technical details. Furthermore it is important to note that a common law contract is a complicated and refined mesh of capitalised legal definitions. If such a contract is changed or created it is important to recheck and go through each legal definition and to ensure its coherency. Mining suppliers should be reminded that Australia repealed the concept of reservation of proprietary rights and replaced it with a public property securities register (PPSR).

### 3 Founding a Company in Australia

Significant differences between Germany and Australia already exist at the stage of incorporation and in company law in general. The rules of Australian company law are concisely codified and defined in the Corporations Act 2001. This law originates from 2001 and is more modern than German company law which dates back to the time before the industrial revolution. According to the World Bank’s “Doing Business Report” Australia and New Zealand have reached top marks for the past years in the category of ease of incorporation (3). Most of the German companies doing business in Australia opt for the legal status of “Proprietary Company” or Pty Ltd. This even holds true for mine development being conducted as unincorporated joint ventures (comparable to a German “Gesellschaft bürgerlichen Rechts”). Even though the Australian Pty Ltd’s systematic structure is quite similar to that of a German GmbH (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) significant differences exist. These have been compiled by the author in the “Babeck 16 of Incorporation” (4):

1. Incorporation in Australia is far easier and does not need to be notarised. Although – when applicable – stamp duty should be waived from the start.
2. An Australian Pty Ltd can be incorporated with a very low amount of capital investment. The minimum invested capital being AUD 1, whereas the invested share capital of a German GmbH must amount to at least € 25.000.
3. The Pty Ltd must have at least one so-called resident director, a person who habitually resides in Australia, as well as a public

wirrend, da im kontinentalen Recht ja die wesentlichen Vertragsbestandteile allein aus Gründen der Rechtssicherheit gut erkennbar aus dem Vertrag hervorgehen müssen. Allerdings stellt das oben dargestellte Vorgehen keinesfalls eine Vernebelungstaktik eines Anwalts des Common Law dar, sondern ist gang und gäbe. Da man im Common Law oft nicht auf Gesetzesdefinitionen zurückgreifen kann, nutzt man die Legaldefinition im Vertragstext, um zumindest ein gewisses Maß an Abstraktion und Konsistenz erzielen zu können. Andernfalls könnte man ja gar nichts vor die Klammer ziehen und müsste die Definitionen aller Begrifflichkeiten im Vertragstext immer wiederholen. Ein weiterer Grund liegt auch darin, dass Verträge im Common Law sehr umfangreich sind und daher oft Vertragsmuster benutzt werden, für die bei gleichem *modus operandi*, aber anderen wirtschaftlichen Parametern, einfach die Schedules verändert werden, anstatt immer wieder den kompletten Vertragstext umstellen zu müssen.

Wichtig zu wissen ist also: Die wirtschaftlich entscheidenden Parameter in einem Vertrag des Common Law finden sich regelmäßig in den Definitionen oder in den Anhängen zum Vertrag, den Schedules – also im Kleingedruckten, in dem der deutsche Anwender oftmals nur Unwichtiges oder technische Daten vermutet. Weiterhin bleibt festzuhalten, dass ein Vertrag im Common Law ein raffiniert konzipiertes Geflecht von großgeschriebenen Legaldefinitionen darstellt. Verändert oder erstellt man also einen solchen Vertrag, muss man sich von Legaldefinition zu Legaldefinition bewegen und auf deren Stimmigkeit achten. Bergbaulieferer seien daran erinnert, dass Australien vor einigen Jahren den Eigentumsvorbehalt abgeschafft und durch ein öffentliches Pfandrechtsregister (PPSR) ersetzt hat.

### 3 Gründung einer Gesellschaft in Australien

Signifikante Unterschiede zwischen Deutschland und Australien bestehen auch bereits bei der Gründung eines Unternehmens und im Gesellschaftsrecht allgemein. Die Regeln des australischen Gesellschaftsrechts sind übersichtlich in einem Gesetzesbuch namens Corporations Act 2001 definiert. Dieses Gesetz stammt aus dem Jahr 2001 und ist im Gegensatz zum deutschen Unternehmensrecht, das auf die Zeit der industriellen Revolution zurückgeht, modern ausgestaltet. Nach der “Doing-Business-Studie” der Weltbank gehören Australien und Neuseeland seit Jahren zu den Spitzenreitern der Leichtigkeit einer Gesellschaftsgründung (3). Die meisten in Australien aktiven deutschen Unternehmen entscheiden sich für die Rechtsform der „Proprietary Company“ oder auch Pty Ltd. Das gilt sogar für die Erschließung von Minen, die als unincorporated joint venture (vergleichbar einer GbR) durchgeführt werden. Zwar ähnelt die australische Pty Ltd von ihrer systematischen Stellung her einer deutschen GmbH, jedoch bestehen u.a. folgende sechzehn signifikante Unterschiede, die der Autor als „Babeck 16 zur Firmengründung“ zusammengestellt hat (4):

1. Die Gründung in Australien ist weitaus einfacher und ein Notar ist nicht notwendig. Gleich bei der Gründung sollte jedoch eine anfallende Stamp Duty ausgeschlossen werden.
2. Eine australische Pty Ltd kann ohne größeres Kapital gegründet werden. Das Mindeststammkapital beträgt 1 AUD, während das Stammkapital einer GmbH mindestens 25.000 € betragen muss.
3. Die Pty Ltd benötigt einen sogenannten resident director, eine Person, die ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in Australien hat.

officer. In Germany managing directors can also reside abroad. It suffices that a representative of the managing director is available for the authorities domestically.

4. The managing directors' power of representation cannot be determined contractually, but is codified. Contrary to the provisions in Germany a managing director cannot be granted the right to sole representation.
5. The managing directors are obligated to keep a company register which in contrast to the German commercial register (Handelsregister) must be kept by the companies themselves.
6. Contrary to the case in Germany the Pty Ltd's constitution does not need to be submitted or publicised, but rather is an internal company document.
7. Company meetings do not need to be held annually.
8. An increase or decrease of capital investment does not imply amending the constitution.
9. Unlike in Germany the standard constitution in Australia does not contain pre-emptive rights for shareholders.
10. The extensive competencies of a Pty Ltd's board found in Australian law come as quite a surprise when compared to the competences granted to the board of a German GmbH. Traditionally less competencies are transferred to the shareholder's meeting. An equivalent to the German "Aufsichtsrat" (supervisory board) does not exist. Hence, the law grants the executive board additional competencies to ensure an effective administration of the company.

Insofar as the constitution does not contain differing rules:

11. The board of directors has the competence to issue new company shares.
12. The board of directors can decide if and to what extent dividends are distributed.
13. Company directors have the competence to temporarily appoint further directors.
14. According to Sec. 202A Corporations Act company directors can decide on their own salaries.
15. An optional supervisory board does not exist. All of the members of the single-tiered board can be held fully accountable.
16. Company directors in Australia are exposed to a higher liability risk than in Germany.

Many elements of this compilation often surprise German businessmen, especially upon realising that in most cases company directors of an Australian Pty Ltd decide on their own salary, have the competence to appoint further company directors, can issue new shares and can appoint an auditor without prior consent of the shareholder's meeting (5). However, the competences to issue new shares, to appoint further company directors as well as regarding the salaries are so-called replaceable rules. In consequence these can be waived by a list of enumerated transactions requiring approval contained in a company's differing constitution (6). This is advisable especially for smaller companies to ensure that shareholders not represented in the board can maintain the biggest possible influence over a company's transactions. Noteworthy as well is that shareholders' agreements can override or take precedent over existing rules contained in the constitution without the necessity of amending said constitution (7). This might come as a surprise to the German lawyer for whom

Auch ein „public officer“ muss bestellt werden. In Deutschland können auch im Ausland Ansässige als Geschäftsführer fungieren. Es genügt, wenn der Geschäftsführer durch einen Vertreter als Ansprechpartner für Behörden im Inland zur Verfügung steht.

4. Die Vertretungsberechtigung der Geschäftsführer kann nicht durch die Satzung bestimmt werden, sondern ist gesetzlich vorgesehen. Dabei kann anders als in Deutschland bei mehreren Geschäftsführern nicht ein einzelner Geschäftsführer einzelvertretungsberechtigt sein.
  5. Die Geschäftsführer der Gesellschaft haben die Verpflichtung zur Führung des sogenannten company registers, was im Gegensatz zum deutschen Handelsregister von der Gesellschaft selbst geführt werden muss.
  6. Anders als in Deutschland muss die Satzung (constitution) einer Pty Ltd nicht eingereicht oder veröffentlicht werden, sondern ist ein internes Dokument der Gesellschaft.
  7. Die Abhaltung einer Gesellschafterversammlung ist nicht jährlich notwendig.
  8. Kapitalerhöhungen oder -herabsetzungen sind keine Satzungsänderungen. Die einfache Mehrheit für einen entsprechenden Beschluss ist ausreichend, während in Deutschland eine Dreiviertelmehrheit erforderlich ist.
  9. In einer australischen Standardsatzung sind anders als in Deutschland keine Vorkaufsrechte der Mitgesellschafter enthalten.
  10. Verglichen mit der deutschen GmbH überraschen im australischen Recht die umfangreichen Kompetenzen der Geschäftsführung (Board) einer Pty Ltd. Traditionell werden weniger Kompetenzen an die Gesellschafterversammlung ausgelagert. Ein Aufsichtsrat besteht nicht. Daher ist die Geschäftsführung von Gesetzes wegen mit zusätzlichen Kompetenzen ausgestattet, um ein effektives Handeln der Gesellschaft zu ermöglichen.
- Soweit die Satzung nicht jeweils etwas anderes bestimmt:
11. - fällt es in die Kompetenz der Geschäftsführung, neue Unternehmensanteile auszugeben.
  12. - bestimmen die Geschäftsführer, ob und in welcher Höhe Dividenden gezahlt werden.
  13. - haben die Geschäftsführer die Befugnis, vorübergehend weitere Geschäftsführer zu ernennen.
  14. - können die Geschäftsführer einer australischen Gesellschaft gemäß Sec. 202A Corporations Act selbst über ihre Vergütung bestimmen.
  15. Es gibt keinen optionalen Aufsichtsrat. Alle Mitglieder des einstufigen Boards haften.
  16. Geschäftsführer sind in Australien einem größeren Haftungsrisiko ausgesetzt als in Deutschland.

Viele Elemente dieser Aufstellung überraschen deutsche Unternehmer regelmäßig, insbesondere wenn sie realisieren, dass die Geschäftsführer einer australischen Pty Ltd in den meisten Fällen ihr eigenes Gehalt festlegen können, weitere Geschäftsführungsmitglieder bestellen können, neue Gesellschaftsanteile ausgeben und einen Rechnungsprüfer ohne vorherige Zustimmung der Gesellschafterversammlung bestimmen können (5). Bei den Kompetenzen zur Entscheidung über die Auszahlung von Dividenden, die Ernennung weiterer Geschäftsführer sowie der Bestimmung



the constitution is the company's main and overarching source of reference. Consequently, when acquiring an Australian company it should be ensured that all shareholder agreements are fully disclosed during due diligence to ensure that none of these deviate from the constitution.

#### 4 Civil Procedure in Australia

While differences in contract law and company law are pretty substantial, this holds even more true, if not more fundamentally so, in the field of procedural law. Procedural costs in the underlying case law are astronomical which can be traced back to several causes.

Contrary to the German Code of Civil Procedure (ZPO), Australia has no codified and uniformly governing body of law concerning civil procedures. One of the reasons for this is that the constitution does not assign exclusive legislative competence to the Commonwealth in this area (8). As a result, procedural law in Australia is scattered throughout statutes on the federal and the state level, e.g. the Civil Procedure Act 2005 (NSW).

In addition, the civil procedure in Australia is based on the jury trial found in common law and has not been comprehensively reformed. Thus, procedural rules can still be deduced from the jury trial system even though trial by jury has been long disposed of in Australia and has since been replaced by trial by trained judges. This principally explains costly particularities such as the extensive principle of discovery, the focus on oral presentation and the limited role of the judge during pre-trial proceedings (9).

The process of discovery stems from the tradition of jury trials and is pivotal for the court proceedings. The parties must provide all relevant documents to the judges. This can result in hundreds of thousands of "evidentiary" documents being inspected within one trial. The goal being mainly to verify the underlying facts, which is crucial, since only the exact facts will determine whether the case at hand is identical to previously rendered decisions. Upon request of the adverse party the parties are required to disclose documents pertaining to the cause of action throughout pre-trial proceedings<sup>1</sup>.

The principle of discovery is mainly based on the principle of fairness, of "revealing the cards face up on the table" and even on the principle of procedural efficiency – the principle of a speedy trial – and hence the principle of cost efficiency. Yet these aims are utterly missed. Common law is mainly characterised by its pursuit of truth. This aim naturally has to be in accordance with the principle of a fair trial and cannot take on a life of its own. Also, in Australia one of the main components of the fair trial principle is

der eigenen Vergütung handelt es sich jedoch um sogenannte replaceable rules. Diese können also in einer individuellen Satzung der Gesellschaft durch die Aufstellung eines Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte abbedungen werden (6). Das ist insbesondere für kleinere Gesellschaften empfehlenswert, um den Gesellschaftern einen möglichst großen Einfluss auf die Geschäfte der Gesellschaft zu bewahren, sollten diese nicht selbst in der Geschäftsführung vertreten sein. Bemerkenswert ist zudem noch, dass ein „shareholders agreement“, also eine Gesellschaftervereinbarung, bestehende Regelungen der Satzung außer Kraft setzen oder der Satzung vorgehen kann, ohne dass die Notwendigkeit besteht, die Satzung entsprechend anzupassen (7). Auch das darf selbst deutsche Juristen überraschen, für die die Satzung das ranghöchste Dokument der Gesellschaft ist. Für Unternehmenskäufe in Australien bedeutet es, dass man sich während der Due Diligence immer alle Shareholder Agreements vorlegen lassen sollte, um sicherzustellen, dass keine von der Satzung abweichenden Absprachen getroffen wurden.

#### 4 Zivilverfahren in Australien

Wenn die Unterschiede im Vertrags- und Gesellschaftsrecht schon erheblich waren, so sind sie im Bereich der Zivilprozessordnung fundamental. Die Prozesskosten im zugrundeliegenden „case law“ sind exorbitant, was im Wesentlichen auf verschiedene Gründe zurückzuführen ist.

Im Gegensatz zur deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) verfügt Australien zunächst über gar keine zentrale ZPO, die die Prozedur gerichtlicher Streitigkeiten einheitlich regelt. Das liegt u.a. daran, dass die australische Verfassung dem Commonwealth, also dem Bundesgesetzgeber, hier keine ausschließliche Kompetenz zugewiesen hat (8). Das Verfahrensrecht in Australien ist stattdessen auf Gesetze der Bundes- und Landesebene verstreut, wie z.B. der Civil Procedure Act 2005 (NSW).

Weiterhin geht der Zivilprozess in Australien auf den Geschworenenprozess (jury trial) im Common Law zurück und wurde nicht umfassend reformiert. Die Verfahrensregeln lassen sich daher noch immer von dem System der Geschworenengerichte ableiten, trotz der Tatsache, dass die Jury im australischen Zivilverfahren schon vor langer Zeit abgeschafft und seit langem von ausgebildeten Richtern ersetzt wurde. Erst daraus erklären sich kostenintensive Besonderheiten, wie die ausgedehnte „discovery“, die Ausrichtung auf die mündliche Präsentation und die reduzierte Rolle der Richter in der Verfahrensvorbereitung (9).

Aus der Tradition des Geschworenenprozesses ist die discovery elementar für das Gerichtsverfahren. Alle relevanten Informationen müssen den Richtern durch die Parteien präsentiert werden. Das kann zu Hunderttausenden „beweiserheblichen“ Dokumenten in einem Prozess führen. Dabei geht es vornehmlich um die Ermittlung des Sachverhalts, denn erst der genaue Sachverhalt erlaubt im zugrundeliegenden case law die Schlussfolgerung, ob der streitige Fall mit den bisher ergangenen Fallentscheidungen identisch ist. Die Parteien haben nun auf die jeweilige Anfrage der Gegenseite ihre den Klagegegenstand betreffenden Dokumente der anderen Seite im Vorfeld der Hauptverhandlung zu offenbaren<sup>1</sup>.

Hintergrund des discovery-Prinzips ist eigentlich der Fairnessgedanke, die Karten offen auf den Tisch zu legen und sogar der

<sup>1</sup> A similar rule of disclosure was included a several years ago in para. 142 of the German Civil Code of Procedure. However, this rule is applied quite restrictively and only grants access to the requested document upon closer specification.  
Eine ähnliche Offenlegungsregel findet sich seit einigen Jahren sogar in § 142 der deutschen ZPO. Die Vorschrift wird aber in der Regel restriktiv angewandt und oft nur bei genauer Benennung des ersuchten Schriftstückes gewährt.

the right to a speedy and affordable trial<sup>2</sup>. Presently it is rarely possible to achieve a speedy trial and affordability is quite out of the question. Aside from an overloaded system the elaborate and expensive proceedings around discovery lead to a denial of fair access to justice. The unresolved problem of discovery has ultimately led to a creeping paralysis in Australia since naturally the amount of data increases exponentially. So far the most famous case example in this area is the C7 Case<sup>3</sup>, which lasted 120 days, generated 9,530 pages of transcripts and 2,594 pages of party applications. Afterwards, Federal Court Justice Sackville stood down from his position as judge of the Federal Court. A discovery of over 100,000 documents is not uncommon in major proceedings in Australia. Even a private industry offering solutions to the growing complexity of discovery has evolved. As well as the computerisation of documents, it is now also possible to have documents and emails organised according to keywords. The trial is governed by the principle of oral presentation since the judges – just like the jury in the past – in many cases do not know the entire pre-trial correspondence and thus are only made aware of the facts throughout the ongoing proceedings. This allows the judges more leeway in the decision-making process. Thus, unlike the provisions of the German Civil Code of Procedure, it is preferred to introduce evidence through the examination of witnesses (10). The main form of evidence in Australia is the affidavit. It is similar to a sworn statement (“eidesstattliche Versicherung”) which is signed and witnessed in the presence of an authorised person, e.g. a solicitor. The content of the affidavit is then reiterated by the party submitting the evidence in detail during the oral proceedings (11). In other words: The lawyer is not allowed to introduce the facts to the court by submission, however the parties or witnesses have to introduce every relevant fact through lengthy sworn statements. This approach ends up being very time-consuming for managing directors, sales managers and the mining companies’ engineers that will later have to be available for cross-examination by the opposing barrister as well.

In Australia a clear distinction between the profession of solicitors and barristers, thus specialised trial lawyers, exists. This accounts for higher procedural costs as well.

The justice system in Germany generally proceeds quicker than in New South Wales. In comparison to the Higher Regional Court (Oberlandesgericht - OLG) in Stuttgart for example, the procedures in the NSW District Court are on average more than twice as long and the procedures in the NSW Supreme Court are more than four times as long (12). A large portion of civil proceedings in Australia are terminated by a settlement between the parties. In about 5-6% of the cases in the NSW Supreme Court from

Gedanke der Prozessökonomie, so schnell wie möglich zu einem Abschluss des Verfahrens zu kommen und damit auch Kosten zu sparen. Das schlägt aber völlig fehl. Beseelt ist das Common Law vor allem von der Suche nach der Wahrheit. Diese muss natürlich im Verhältnis zu einem fairen Verfahren stehen und darf sich nicht verselbständigen. Auch in Australien zählt zu einem fairen Verfahren ein Anrecht auf ein zügiges und erschwingliches Verfahren<sup>2</sup>. Ein zügiges Urteil kann derzeit oft nicht mehr erzielt werden, von Erschwinglichkeit kann gar nicht mehr die Rede sein. Neben der Überlastung des Systems führt die aufwändige und teure discovery auch immer mehr dazu, dass der Zugang zu einem fairen Verfahren (access to justice) nicht mehr gewährleistet werden kann. Letztlich führt die ungelöste Problematik der discovery – denn die Datenmenge steigt ja weltweit exponentiell an – aber auch zu einer schleichenden Lähmung Australiens. Das bislang berühmteste Beispiel ist der sogenannte C7 Case<sup>3</sup>, dessen Hauptverhandlung 120 Tage dauerte, 9,530 Seiten Mitschrift generierte, 2.500 Seiten Parteianträge umfasste und nach dessen Durchführung Federal Court Justice Sackville sein Richteramt am Federal Court aufgab. Die discovery von über 100.000 Dokumenten sind in größeren australischen Verfahren keine Seltenheit. Es gibt inzwischen sogar einen eigenen Industriezweig, der Lösungen für die ausufernde discovery anbietet. Dazu gehört neben der Digitalisierung von Dokumenten auch die Möglichkeit, Tausende von E-Mails nach Suchbegriffen zu strukturieren.

Die Gerichtsverhandlung wird vom Prinzip der Mündlichkeit beherrscht, da die Richter – wie früher die Geschworenen – in vielen Fällen die gesamte vorprozessuale Korrespondenz nicht kennen und somit erst während der Verhandlung mit dem Sachverhalt vertraut gemacht werden. Damit soll ihnen eine unmittelbare Beurteilungsmöglichkeit gegeben werden. Der unmittelbare Zeugenbeweis wird daher im Gegensatz zur deutschen Zivilprozessordnung bevorzugt (10). In Australien ist das zentrale Beweismittel das „affidavit“. Es entspricht in etwa einer eidesstattlichen Versicherung, die in Gegenwart einer dazu autorisierten Person, beispielsweise vor einem „solicitor“, abgegeben und von der autorisierten Person gegengezeichnet wird. Der Inhalt des affidavits wird im Rahmen der mündlichen Verhandlung dann von der erklärenden Person im Einzelnen noch einmal erläutert (11). Mit anderen Worten: Nicht der beauftragte Rechtsanwalt kann den Sachverhalt im Hauptverfahren schriftlich dem Gericht mitteilen, sondern die Partei oder ein Zeuge muss jede beweisrelevante Tatsache durch eine eidesstattliche Versicherung seitenlang untermauern. Das beansprucht enorm viel Zeit von Geschäftsführern, Vertriebsleitern oder Ingenieuren des Bergbauunternehmens, die sich zusätzlich später noch einem Kreuzverhör durch den gegnerischen Barrister unterziehen müssen.

Australien kennt außerdem noch die Trennung der Berufsstände Solicitor und Barrister, also von speziell ausgebildeten Prozessanwälten, was die Kosten zusätzlich nach oben treibt.

Insgesamt mahlen die Mühlen in New South Wales im Vergleich mit der deutschen Justiz erheblich langsamer und mühsamer. So sind die Verfahren im NSW District Court durchschnittlich mehr als doppelt und die Verfahren im NSW Supreme Court mehr als viermal so langwierig wie beim Oberlandesgericht (OLG) Stuttgart (12). Ein Großteil der Zivilverfahren in Australien endet mit einem Vergleich („settlement“) zwischen den Parteien. Im NSW Supreme Court

<sup>2</sup> See for example sec. 56(1) Civil Procedure Act 2005 (NSW): justice must be “just, quick and cheap”.

Z.B. sec. 56(1) Civil Procedure Act 2005 (NSW): Justiz muss „just, quick and cheap“ sein.

<sup>3</sup> *Seven Network Limited v News Ltd [2007] FCA 1062*; this case involved antitrust aspects of sports broadcasting rights on television. The costs of the proceedings allegedly amounted to about AUD 200 million.

*Seven Network Limited v News Ltd (2007) FCA 1062*. In dem Fall ging es um wettbewerbsrechtliche Aspekte von Sportübertragungsrechten im Fernsehen. Die Kosten des Verfahrens beliefen sich angeblich auf etwa 200 Mio. AUD

2001-2003 a verdict was issued. The number was slightly higher in the District Court with about 10-13 % of cases ending with a verdict. In the OLG Stuttgart 35 % of the procedures were issued with a judgment, in 17 % a final verdict was reached and the rest were either recognition-, failure- or waiver decisions throughout the same time period (13). A major reason for the high number of cases ending with a settlement between the parties in Australia is the high legal fees. The unsuccessful party bears the procedural costs similar to the case under German law. The underlying party is obligated to pay the procedural fees according to the court's separate decision on costs. This includes the opposing party's legal fees according to the principle of indemnity (14). However the court will only impose costs considered reasonable for litigation (15). The determination of the recoverable costs is reached through an assessment of lawyer fees conducted by an independent expert. This differs from the provisions in Germany where fees are regulated by the Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (Lawyers' Compensation Act) which includes a cap on certain fees (16). Accordingly a huge discrepancy to German procedural law exists. For example, if a dispute amounts to € 500,000, the losing party bears the costs of litigation according to para. 91 of the German Code of Civil Procedure. This includes the court fees, amounting to € 8,868 (17) and the opposing party's costs. The latter includes the adversary's lawyer fees of € 7,490 regardless of any fee agreements (18). The losing party therefor pays a total of € 16,358 excluding their own costs. If however the proceeding come before the Australian Federal Court, up to four days of negotiations would cost AUD 7,139 regardless of the amount in dispute<sup>4</sup>. The costs incurred by the opponent depend on the cost agreement reached with the lawyer, e.g. an amount of AUD 200,000. According to the principle of indemnity the losing party would have to cover 70 % or AUD 140,000 of this amount. Thus, in Australia the unsuccessful party would have to pay AUD 147,139. This is a tremendous difference to the costs accrued under German law.

Indeed, Australia, along with New Zealand, is one of the most expensive countries for conducting civil proceedings worldwide when compared to its purchasing power of 24 million inhabitants. Australia's problems can be applied to many other Anglo-Saxon countries. A study of the University of Oxford thus reached the conclusion that in the year 2008 costs of defamation proceedings in England and Wales were 140 times higher than in the rest of Europe (19). The best protection against this threat thus – at least in contractual agreements – is to appoint Germany's or another continental European country's jurisdiction to govern the agreement.

## 5 Compliance in Australia

Organisations in Australia and in Anglo-Saxon countries in general try to avoid a negative verdict in court as well as the participation in a lawsuit as such in establishing – at times voluntarily- elaborate rules regarding compliance (20). This is common

<sup>4</sup> Costs are calculated according to the table "Fast Finder" on [www.legalink.com.au](http://www.legalink.com.au). Kosten berechnet nach der Tabelle „Fastfinder“ auf [www.legalink.com.au](http://www.legalink.com.au).

wurden zwischen 2001 und 2003 lediglich etwa 5 bis 6 % der Verfahren durch ein Urteil beschieden. Am OLG Stuttgart ergingen im selben Zeitraum in 35 % der Verfahren Urteile, allerdings nur etwa 17 % mit Endurteil und der Rest als Anerkenntnis-, Versäumnis- oder Verzichtsurteile (13). Ein gewichtiger Grund für die hohe Anzahl geschlossener Vergleiche in Australien sind die exorbitanten Verfahrenskosten. Ähnlich dem deutschen Recht trägt grundsätzlich die unterlegene Partei die Verfahrenskosten. Während die Gerichtskosten der unterlegenen Partei durch einen eigenen Beschluss des Gerichts auferlegt werden, hat die unterlegene Partei die Kosten der obsiegenden Partei, welche auch ihre Anwaltskosten umfasst, nach dem sogenannte Indemnity-Prinzip zu tragen (14). Allerdings legt das Gericht der unterlegenen Partei nur Kosten auf, welche es für die Prozessführung für angemessen (reasonable) hält (15). Die Bestimmung der zu erstattenden Kosten erfolgt durch eine Begutachtung der tatsächlich gezahlten Anwaltshonorare durch einen unabhängigen Gutachter und nicht wie in Deutschland durch im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz geregelte und gedeckelte gesetzlich bestimmte Gebühren (16). Entsprechend besteht eine enorme Diskrepanz zum Verfahren in Deutschland: Angenommen, der Streitwert eines Verfahrens beträgt 500.000 €. Nach § 91 ZPO trägt die unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits. Diese umfassen die Gerichtskosten, welche 8.868 € betragen (17), sowie die Kosten der Gegenseite. Letztere sind insbesondere die Honorare des gegnerischen Rechtsanwalts, welche sich von Gesetzes wegen ungeachtet etwaiger Honorarvereinbarungen auf 7.490 € belaufen (18). Ohne die eigenen Kosten zahlt die unterlegene Partei in Deutschland also 16.358 €. Wird der Prozess in Australien vor dem Federal Court geführt, so fallen bei bis zu vier Verhandlungstagen streitwertunabhängig zunächst 7.139 AUD Gerichtskosten an<sup>4</sup>. Die Kosten der Gegenseite belaufen sich, je nach Honorarvereinbarung mit ihrem Anwalt, zum Beispiel auf 200.000 AUD. Davon trägt die unterlegene Partei nach dem oben beschriebenen Indemnity-Prinzip geschätzte 70 %, also 140.000 AUD. Insgesamt hat der Unterlegene in Australien also in diesem Fall 147.139 AUD zu zahlen. Das ist ein gewaltiger Unterschied zum deutschen Recht.

In der Tat ist Australien neben Neuseeland im Vergleich zur Bedeutung der Kaufkraft des Markts von derzeit 24 Mio. Einwohnern weltweit einer der teuersten Standorte für Zivilverfahren. Die Probleme Australiens können auf viele andere angelsächsische Länder übertragen werden. So kommt eine Studie der Universität Oxford zu dem Ergebnis, dass im Jahre 2008 die Kosten einer Diffamierungsklage in England und Wales 140 Mal höher als im Rest Europas waren (19). Der beste Schutz besteht daher darin, zumindest bei vertraglichen Vereinbarungen den Gerichtsstand wenn möglich nach Deutschland oder in ein anderes kontinentaleuropäisches Land zu verlegen.

## 5 Compliance in Australien

Durch umfangreiche, z.T. selbst auferlegte Compliance (20) versuchen sich Organisationen in Australien – und im angelsächsischen Raum allgemein – nicht nur einer Verurteilung in einem Gerichtsverfahren, sondern bereits der grundsätzlichen Teilnahme an einem Gerichtsverfahren als Partei zu entziehen. Das ist im Bergbau besonders ausgeprägt. Hier stehen die Compliance-Vorschriften speziell im Bereich der Sicherheit an erster Stelle. Dabei wird das Element der Schulung und Kontrolle im Zweifel

practice in the area of mining. Especially in the area of security compliance provisions have top priority. Usually the principle of training and monitoring will take precedent over the principle of individual responsibility. The procedure involves an elaborate documentation of precautionary measures taken to contribute to exculpation in the event of damage.

## 6 Conclusion

In summary, access to the Australian mining market and especially incorporation is comparatively easy. Nonetheless, from a legal point of view, special attention should be paid to the differences in contract law and in company law and especially to the complex and costly procedural law.

The author would like to thank the legal interns Katerina Soultanidou and Kirstin Leube for their support.

## References / Quellenverzeichnis

- (1) Länger, B.: Mining Report Glückauf 151 (2015), Nr. 4, S. 285–293.
- (2) Babeck, W.: Einführung in das australische Recht. Mit neuseeländischem Recht. Beck-Verlag, 2011, z. B. S. 45 ff.
- (3) Studie der Weltbank und der IFC (2013: <http://www.doingbusiness.org/rankings>).
- (4) Babeck, W.: Investitionsführer Australien. Ein praktisches Handbuch für Unternehmer, 8. Aufl., 2011.
- (5) Corporations Act 2001 (Cth), ss 254U, 201H, 202A.
- (6) Vermeesch, Lindgren: Business Law of Australia, 11. Aufl., 2004, S. 541 f.
- (7) Sec. 113, 114 Corporations Act 2001 (Cth).
- (8) Doerkes-Boppard : Verfassungsgeschichte der Australischen Kolonien und des „Commonwealth of Australia“. 1903, S. 306.
- (9) Zweigert, Kötz: Einführung in die Rechtsvergleichung. 3. Aufl., 1996, § 18 V (S. 266).
- (10) Elsing, S. H.: Konflikte der Rechtskulturen bei der Beilegung internationaler Streitfälle. ZVglRWiss 106 (2007), S.127.
- (11) Rule 35.2 UCPR.
- (12) Marfording, Eyland: Oxford University Press, Oxford Dictionary of Law, 7. Aufl., 2009, S. 99.
- (13) Marfording, Eyland: aaO., S. 104 und 485.
- (14) Garnett v Bradley (1878): 3 App Cas 944 at 950, 959. Hunter Development Brokerage Pty Ltd v Cessnock City Council (No 2) (2006) 68 NSWLR 177 at [50]; Oshlack v Richmond River Council (1998) 193 CLR 72 at 121; sec. 91(1) Code of Civil Procedure (Fed).
- (15) Australian Law Reform Commission: Cost Shifting: Who pays for Litigation?. Report No 75, 1995, paragraph 2.25.
- (16) Part 3.2 division 11 Legal Profession Act 2004 (NSW).
- (17) § 34 GKG i. V. m. Anlage 1, Nr. 1210 und Anlage 2 zum GKG.
- (18) § 13 RVG i. V. m. Anlage 1, Nr. 3100, 3104 und Anlage 2 RVG.
- (19) A comparative study of costs in Defamation Proceedings Across Europe. December 2008, S 3.
- (20) Babeck, W., Hellmann, W., Wyld, R.: Australien. In: Passarge, M., Behringer, S. (Hrsg.): Handbuch Compliance international, Berlin 2015, S. 65-99, S. 65, 77.

## Author / Autor

Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Babeck, Partner der Rechtsanwaltskanzlei Buse Heberer Fromm, Sydney/Berlin, und adjunct Professor an der Law Faculty der Bond University, Robina/Australien

vor das Element der Eigenverantwortung gestellt. Zum Prozedere gehört auch die Erstellung einer umfangreichen Dokumentation der durchgeführten Maßnahmen, die zur Exkulpation in einem eventuell auftretenden Schadensfall beisteuern soll.

## 6 Zusammenfassung

Insgesamt stellen sich der Zugang zum australischen Bergbaumarkt und insbesondere die Firmengründung als vergleichsweise einfach dar. Allerdings sollten von Beginn an bereits das anders ausgestaltete Vertragsrecht, die Unterschiede im Gesellschaftsrecht und vor allem das komplexe und kostenintensive Prozessrecht bei der rechtlichen Ausgestaltung der Aktivitäten berücksichtigt werden.

Der Autor dankt Rechtsreferendarin Katerina Soultanidou und Kirstin Leube für die Unterstützung bei der Erstellung des Beitrags.