

# Dekonstitutionalisierungstendenzen im internationalen Investitionsschutzrecht

Eine Untersuchung im Lichte von Verfassungsrechtsreformen, ICSID-Kündigungen und Integrationsprojekten in Südamerika unter besonderer Berücksichtigung der bolivianischen Verfassung (2009)

von  
Dr. Anna Lotte Böttcher

1. Auflage

Nomos Baden-Baden 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:  
[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 8487 2109 2

Anna Lotte Böttcher

# Dekonstitutionalisierungstendenzen im internationalen Investitionsschutzrecht

Eine Untersuchung im Lichte von Verfassungsrechtsreformen, ICSID-Kündigungen und Integrationsprojekten in Südamerika unter besonderer Berücksichtigung der bolivianischen Verfassung (2009)



Nomos

facultas



DIKE

**Studien zum Internationalen Investitionsrecht**

herausgegeben von

Prof. Dr. Marc Bungenberg, LL.M., Universität des Saarlandes

Prof. Dr. Stephan Hobe, LL.M., Universität zu Köln

Prof. Dr. August Reinisch, LL.M., Universität Wien

Prof. Dr. Andreas R. Ziegler, LL.M., Universität Lausanne

Band 16

Anna Lotte Böttcher, LL.M.

## Dekontitutionalisierungstendenzen im internationalen Investitionsschutzrecht

Eine Untersuchung im Lichte von Verfassungsrechtsreformen, ICSID-Kündigungen und Integrationsprojekten in Südamerika unter besonderer Berücksichtigung der bolivianischen Verfassung (2009)



**Nomos**

facultas



**DIKE**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2014

ISBN 978-3-8487-2109-2 (Nomos Verlag, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-8452-6206-2 (Nomos Verlag, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-7089-1286-8 (facultas Verlag, Wien)

ISBN 978-3-03751-716-1 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

1. Auflage 2015

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
Inhaltsverzeichnis	9
Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	23
A. Problemstellung	24
B. Gang und Ziele der Untersuchung	26
Erstes Kapitel: Theoretische Grundlagen der Konstitutionalisierung und Ansätze einer Dekonstitutionalisierungsthese	29
A. Überstaatliche Konstitutionalisierungsthese	30
I. Merkmale überstaatlicher Konstitutionalisierung	30
1. Verrechtlichung	32
a.) Normsetzung, Verbindlichkeit und Normenhierarchie	32
b.) Organisationsform	33
2. Justizförmiger Streitbelegungsmechanismus	34
3. Einbindung nichtstaatlicher Akteure	35
4. Staatengemeinschaftsinteresse	35
5. Konstitutionalisierung als Prozess	36
II. Konstitutionalisierung der Völkerrechtsordnung?	37
III. Zusammenfassung	38
B. Dekonstitutionalisierungsthese	38
I. Dekonstitutionalisierungsthese in der Literatur	39
II. Eigener Ansatz zur Dekonstitutionalisierung	40
1. Negativabgrenzung	40
2. Weitere Grundannahmen	41
III. Zusammenfassung	41

*Inhaltsverzeichnis*

Zweites Kapitel: Konstitutionalisierung des internationalen Investitionsschutzrechts	43
A. Instrumente des internationalen Investitionsschutzrechts und ihre Bedeutung für die Konstitutionalisierung	43
I. Multilateral Agreement on Investment	43
II. Bilaterale Investitionsschutzabkommen als Teil des Konstitutionalisierungsprozesses	45
1. Konstitutionalisierung durch BITs	45
a.) Einzelne Verpflichtungstatbestände in BITs	46
(1) Survival-Klauseln	46
(2) Fair-and-equitable-treatment-Klauseln	46
(3) Inländergleichbehandlungsklauseln	47
(4) Schiedsklauseln	47
(5) Most-favoured-nation-Klauseln	48
b.) Die Bedeutung von BITs für den Konstitutionalisierungsprozess: ein quasi-multilaterales Abkommen?	48
2. Bewertung	50
III. Konstitutionalisierung des internationalen Investitionsschutzrechts im Rahmen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	52
1. Grundlagen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	52
2. New Yorker Übereinkommen	53
a.) Anwendungsbereich des NYÜ	53
b.) Bedeutung für den Konstitutionalisierungsprozess	54
3. Konstitutionalisierung durch das ICSID-System	54
a.) Verrechtlichung	55
(1) Organisationsform	55
(2) Exklusivität des ICSID	56
b.) Justizförmiger Streitbeilegungsmechanismus	57
c.) Einbindung nichtstaatlicher Akteure	58
d.) Staatengemeinschaftsinteresse	59
e.) Grenzen der konstitutionalisierenden Wirkung	59
(1) Fehlen materiellrechtlicher Regelungen	60
(2) Uneinheitlichkeit der Schiedsrechtsprechung	60
(3) Intransparenz der Verfahren	61
(a) Veröffentlichung von Schiedssprüchen	61
(b) Öffentlichkeit der Verfahren	62
4. Bewertung	63
IV. Weitere konstitutionalisierungsfördernde Abkommen	63

1. Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur	63
2. North American Free Trade Area	65
3. Bewertung	66
B. Fazit: Konstitutionelle Standards im Investitionsschutzrecht?	66
I. Konstitutionalisierende Wirkung investitionsschutzrechtlicher Instrumente	66
II. Konstitutionalisierungstendenzen	67
Drittes Kapitel: Dekonstitutionalisierung des internationalen Investitionsschutzrechts: Ein südamerikanischer Trend zu einem neuen Investitionsschutzrechtsregime?	69
A. Historische Einführung in die Entwicklung des Investitions- und Schiedsrechts in Südamerika	70
I. Liberalisierung der Wirtschaftspolitik (Desarollo hacia afuera)	71
II. Importsubstitution (Desarollo hacia adentro)	71
III. Südamerikanische Doktrin	72
1. Calvo-Doktrin	72
a.) Entstehung der Calvo-Doktrin	72
b.) Lehre der Calvo-Doktrin	75
2. Drago-Doktrin	76
IV. Geschichte des ICSID-Abkommens und die Rolle Südamerikas	78
1. Entstehung des Abkommenstextes	78
2. Kritik der südamerikanischen Staaten an dem Abkommenstext	80
V. Abschluss von BITs in den 1980er und 1990er Jahren	81
VI. Zusammenfassung	83
B. Rechtsakte des bolivianischen Staates	83
I. Internationale Investitionsschutzrechtliche Verpflichtungen des bolivianischen Staates	84
II. Verfassungsreform	86
1. Art. 320 und Art. 366 der bolivianischen Verfassung	87
a.) Auslegungsmaßstab	87
b.) Bestimmung des normativen Inhalts von Art. 320	88
(1) Wortlaut	90
(2) Wille des Gesetzgebers	91
(3) Zwischenfazit	92
c.) Bestimmung des normativen Inhalts von Art. 366	93
(1) Wortlaut	94
(2) Wille des Gesetzgebers	95



*Inhaltsverzeichnis*

(3) Zwischenfazit	96
d.) Zusammenfassung	96
2. Wirkung von Art. 320 und Art. 366	96
a.) Rückwirkungsverbot	97
(1) Rückwirkungsverbot im Völkerrecht	98
(2) Rückwirkungsverbot im bolivianischen Verfassungsrecht	98
b.) Rechtsfolgen und Wirkung des Art. 320	99
(1) Rechtsfolge	99
(2) Einfachgesetzliche Umsetzung	100
(a) Gesetzesentwurf	100
(b) Gesetz Nr. 516 zur Förderung von Investitionen	100
(c) Bewertung	102
(3) Rückwirkungsverbot	102
(a) Rechtliche Behandlung der Rückwirkungsproblematik im bolivianischen Recht	102
(b) Rechtliche Behandlung der Rückwirkungsproblematik im Völkerrecht	104
(c) Rückwirkung von Art. 320	104
c.) Rechtsfolgen und Wirkung des Art. 366	105
(1) Rechtsfolge	105
(a) Zuständigkeit des Schiedsgerichts	106
(b) Zulässigkeit der Klage	107
(c) Rechtsfolgen von Art. 366	107
(2) Einfachgesetzliche Umsetzung	108
(3) Rückwirkungsverbot	108
3. Zusammenfassung und Analyse	109
a.) Rückwirkungsproblematik und Normenhierarchie vor internationalen Schiedsgerichten	109
b.) Verfassungswidrigkeit des einfachen bolivianischen Rechts	110
c.) Beurteilung der aktuellen Rechtslage	111
III. Kündigung oder Neuverhandlung von BITs	112
1. Rechtliche Grundlagen der Kündigung oder Neuverhandlung von Investitionsabkommen	113
a.) Neunte Übergangsregelung	113
b.) Überprüfung von BITs durch das bolivianische Verfassungsgericht	113
c.) Kündigung oder Neuverhandlung von BITs	117
(1) Kündigung	117

(2) Neuverhandlung	117
(3) Bewertung	118
2. Fazit	118
IV. Kündigung des ICSID-Abkommens	120
1. Kündigung des ICSID-Abkommens und Konsequenzen	120
a.) Schiedsvereinbarung vor Eingang der ICSID-Kündigung	121
b.) Schiedsvereinbarung nach Eingang aber vor Wirksamkeit der ICSID-Kündigung	121
c.) Schiedsvereinbarung nach Wirksamkeit der ICSID-Kündigung	122
d.) Stellungnahme	124
2. Gründe für die Kündigung des ICSID-Abkommens	125
a.) Parteilichkeit des ICSID	126
(1) Rechtsprechung der ICSID-Tribunale	126
(2) Auswahl der Schiedsrichter	127
(3) Verbindung zur Weltbank	128
b.) Fehlen einer Berufungsinstanz	128
c.) Kosten und Komplexität des Verfahrens	130
d.) Investor-Staat-Verfahren	130
e.) Praxis der ICSID-Schiedsgerichte	132
f.) Bewertung	133
3. Schicksal der anhängigen Verfahren	134
4. Verbleibender Schutz für ausländische Investitionen	134
a.) Investitionsrechtlicher Schutz	134
b.) Bolivianischer Generalanwalt	135
5. Zusammenfassung	135
V. Zusammenführung der Ergebnisse	136
C. Exkurs: Ecuador	137
I. Verfassungsreform	138
1. Ecuadorianische Verfassung	138
2. Investitionsrecht in der ecuadorianischen Verfassung	139
3. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und ecuadorianisches Recht	140
a.) Regelungsgehalt von Art. 422	140
b.) Interpretation von Art. 422	142
(1) Räumlicher Geltungsbereich	142
(2) Sachlicher Geltungsbereich	143
c.) Bewertung	143
II. Kündigung und Neuverhandlung von BITs	143

*Inhaltsverzeichnis*

III. Kündigung des ICSID-Abkommens	145
1. Gründe für die Kündigung des ICSID-Abkommens	146
a.) Praxis der ICSID-Schiedsgerichte	146
(1) Überblick über die Verfahren	146
(2) Die Fälle Occidental und EnCana	148
(3) Bewertung	148
b.) Weitere Erwägungen	149
2. Rechtsfolgen	150
IV. Fazit	150
D. Exkurs: Venezuela	151
I. Verfassungsreform	151
1. Venezolanische Verfassung	152
2. Investitionsrecht in der venezolanischen Verfassung	152
3. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und venezolanisches Recht	153
a.) Einfachgesetzliche Regelung im nationalen Schiedsrecht	154
b.) Einfachgesetzliche Regelung im nationalen Investitionsrecht	154
II. Kündigung und Neuverhandlung von BITs	156
III. Kündigung des ICSID-Abkommens	158
1. Gründe für die Kündigung des ICSID-Abkommens	158
a.) Praxis der ICSID-Schiedsgerichte	159
b.) Weitere Erwägungen	160
2. Rechtsfolgen	162
IV. Fazit	163
E. Weitere investitionsschutzrechtliche Entwicklungen in Südamerika	164
I. Brasilien	164
1. Regionale investitions- und schiedsrechtliche Beziehungen	164
2. Brasilianisches Schiedsrecht	165
3. Brasilien und die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	166
a.) Brasilien und ICSID	166
b.) Brasilianisches Schiedsrecht	168
II. Argentinien	168
III. Aktuelle Entwicklungen im Umgang mit BITs	171
F. Nationale Investitionsgesetze als Spiegelbild eines neuen Investitionsschutzrechtsregimes?	171

I. Liberale Investitionsgesetze	173
II. Semiliberale Investitionsgesetze	174
III. Restriktive Investitionsgesetze	174
IV. Investitionsgesetze im Entwicklungsstadium	175
V. Bewertung	176
G. Nationales Schiedsrecht als Spiegelbild eines neuen Investitionsschutzrechtsregimes?	177
H. Südamerikanische Integrationsprojekte: Ein regionales Investitionsschutzrechtsregime?	178
I. Lateinamerikanische Integrationsvereinigung	180
1. Verrechtlichung	180
a.) Organisationsform	180
b.) Normsetzung, Verbindlichkeit und Normenhierarchie	181
2. Justizförmiger Streitbelegungsmechanismus	183
(a) Streitbeilegung durch Verhandlung und Expertengutachten	183
(b) Streitbeilegung durch Schiedsgerichte	184
(c) ALADI-Entwurf zur Streitbeilegung	185
3. Einbindung nichtstaatlicher Akteure	185
4. Staatengemeinschaftsinteresse	185
5. Bewertung	186
II. Mercado Común del Sur	187
1. Verrechtlichung	187
a.) Organisationsform	187
b.) Normsetzung, Verbindlichkeit und Normenhierarchie	188
2. Justizförmiger Streitbelegungsmechanismus	189
a.) Protokolle von Brasilia und Olivos	190
b.) MERCOSUR Agreement on International Commercial Arbitration	191
3. Einbindung nichtstaatlicher Akteure	192
a.) Mittelbare Einbindung nach dem Protokoll von Olivos	193
b.) Unmittelbare Einbindung nach dem Protokoll von Olivos	193
c.) Einbindung nach den Protokollen von Colonia und Buenos Aires	194
4. Staatengemeinschaftsinteresse	195
5. Bewertung	195
III. Andengemeinschaft	196
1. Verrechtlichung	196
a.) Organisationsform	196

*Inhaltsverzeichnis*

b.) Normsetzung, Verbindlichkeit und Normenhierarchie	197
(1) Entwicklung des andinen Normensystems	197
(2) Aktueller investitionsrechtlicher Rahmen	199
2. Justizförmiger Streibelegungsmechanismus	200
3. Einbindung nichtstaatlicher Akteure	201
4. Staatengemeinschaftsinteresse	202
5. Bewertung	203
IV. Unión de Naciones Suramericanas	203
1. Verrechtlichung	203
a.) Organisationsform	204
b.) Normsetzung, Verbindlichkeit und Normenhierarchie	204
2. Justizförmiger Streitbeilegungsmechanismus	205
3. Einbindung nichtstaatlicher Akteure	206
4. Staatengemeinschaftsinteresse	206
5. Bewertung	207
V. Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños	208
1. Verrechtlichung	208
a.) Organisationsform	208
b.) Normsetzung, Verbindlichkeit und Normenhierarchie	208
2. Justizförmiger Streitbeilegungsmechanismus	209
3. Einbindung nichtstaatlicher Akteure	209
4. Staatengemeinschaftsinteresse	209
5. Bewertung	210
VI. Bolivarische Allianz für die Völker unseres Amerikas	210
1. Verrechtlichung	210
a.) Organisationsform	211
b.) Normsetzung, Verbindlichkeit und Normenhierarchie	211
2. Justizförmiger Streitbeilegungsmechanismus	212
3. Einbindung nichtstaatlicher Akteure	213
4. Staatengemeinschaftsinteresse	213
5. Bewertung	214
VII. Zusammenfassung	214
1. Schwächen im Prozess der Verrechtlichung	215
2. Aussichten für einen südamerikanischen justizförmigen Streitbeilegungsmechanismus	216
3. Regionale Konstitutionalisierungstendenzen durch Integrationsprojekte	217
I. Fazit	218
1. Merkmale des Dekonstitutionalisierungsprozesses	218

2. Einordnung und Bewertung der Dekonstitutionalisierungsmerkmale	219
3. Erste Ansätze zu einer Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen De- und Konstitutionalisierungstendenzen	220
Viertes Kapitel: Ansätze zu einer interessengerechten Auflösung kollidierender Tendenzen	223
A. Neue Model-BITs für südamerikanische Staaten	224
I. UNCTAD Model-BIT	224
II. Ausweitung vertraglicher Verpflichtungen für Investoren	224
III. Erfolgsaussichten für einen strukturell bilateralen Ansatz	225
B. Veränderungen des ICSID-Systems	226
I. ICSID-Reform 2006	226
II. Einführung einer Berufungsinstanz	227
1. Vorschlag des ICSID-Sekretariats	227
2. Erfolgsaussichten des ICSID-Vorschlags	228
C. Internationaler Investitionsgerichtshof	229
D. Local Remedies Rule und International Appeal	230
E. Einführung einer Ausnahmeklausel	231
I. Allgemeine Ausnahmeklauseln und individuelle Nebenabreden	231
II. Einführung von REIO-Klauseln	232
F. Multilaterales Forum für investitionsrechtliche Angelegenheiten	233
G. Bewertung	234
Ergebnisse der Arbeit	237
A. Zusammenfassung der Thesen	237
I. Konstitutionalisierungstendenzen im internationalen Investitionsschutzrecht	237
II. Dekonstitutionalisierungstendenzen im internationalen Investitionsschutzrecht	238
B. Rechts- und wirtschaftspolitische Einschätzung gegenwärtiger Prozesse und Ausblick in die zukünftige Praxis südamerikanischer Staaten	239
I. Rechtspolitische Einschätzung	240
II. Wirtschaftspolitische Einschätzung	241
III. Ausblick auf zukünftige Entwicklungen	241
C. Schlussbetrachtung	242

*Inhaltsverzeichnis*

Rechtsprechungsverzeichnis	245
Literaturverzeichnis	249