

Böttcher, Anna Lotte: Dekonstitutionalisierungstendenzen im internationalen Investitionsschutzrecht. Eine Untersuchung im Lichte von Verfassungsrechtsreformen, ICSID-Kündigungen und Integrationsprojekten in Südamerika unter besonderer Berücksichtigung der bolivianischen Verfassung (2009). (Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2014.) – Baden-Baden: Nomos 2015. 269 S. (Studien zum Internationalen Investitionsrecht. 16.)

Das internationale Investitionsschutzrecht ist in Bewegung geraten. Jahrzehntelang bildete das Weltbank-Übereinkommen über die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten von 1965 (ICSID) in Verbindung mit einem Netz von bilateralen Kapitalschutzabkommen (BITs) die Grundlage für die Lösung von Konflikten, die vorwiegend ausländische Investitionen der Industriestaaten in Entwicklungs- oder Schwellenländern betrafen. Die auf dieser Grundlage beruhende Praxis internationaler Schiedsgerichte führte zur Herausbildung eines festen Normenbestandes und einer Stabilisierung dieser Rechtsmaterie, die vielfach mit dem Begriff der „Konstitutionalisierung“ umschrieben wird. Auch *Böttcher* legt für ihre Kölner Dissertation diesen Ausdruck als feststehenden Begriff zugrunde, lässt aber ausdrücklich offen, ob der Begriff in diesem Zusammenhang das Gemeinte zutreffend bezeichnet (S. 30). Das gesamte System des Investitionsschutzrechts ist nun neuerdings der Kritik ausgesetzt, die sich besonders an der Tätigkeit der Schiedsgerichte entzündet. Mehrere lateinamerikanische Staaten haben in letzter Zeit das Weltbankübereinkommen gekündigt, so Bolivien (2007), Ecuador (2009) und Venezuela (2012),¹ auch verbunden mit der Aufkündigung bestehender bilateralen Kapitalschutzabkommen.² Allerdings war das ICSID-Übereinkommen von Anbeginn auf starken Widerstand in Lateinamerika gestoßen, wo die Tradition der Calvo-Doktrin bis heute lebendig ist.³ So ist etwa das Kapitalschutzabkommen zwischen Deutschland und Kolumbien aus diesem Grunde nicht in Kraft getreten.⁴ Brasilien ist dem Weltbankübereinkommen nie beigetreten und hat auch kein bilaterales Kapitalschutzabkommen mit entsprechenden Schiedsklauseln unterzeichnet, ohne dass dies seiner Stellung als begehrtes Investitionsland Abbruch getan hat.⁵ *Böttcher* sucht

¹ Merkwürdigerweise sind diese Kündigungen in dem jährlich vom BMJV herausgegebenen amtlichen Fundstellenverzeichnis B (Völkerrechtliche Vereinbarungen) nicht erfasst.

² Dass auch Peru 2005 das Kapitalschutzabkommen mit Deutschland gekündigt habe (171), ist dagegen nach Auskunft sowohl des deutschen wie des peruanischen Außenministeriums eine Fehlinformation.

³ Die (ursprüngliche) Ablehnung des ICSID-Übereinkommens durch alle 19 lateinamerikanischen Staaten ist als „No de Tokyo“ bekannt geworden; siehe dazu und zum Hintergrund der Calvo-Doktrin *Böttcher* 72ff., 79ff.

⁴ Auch das Kapitalschutzabkommen zwischen Großbritannien und Kolumbien wurde vom kolumbianischen Verfassungsgerichtshof für verfassungswidrig erklärt; näher dazu *Jürgen Samtleben*, Rechtspraxis und Rechtskultur in Lateinamerika (2010) 508 (anders dagegen CConst. 23.4.2002, C-294-02 zu einem Abkommen zwischen Chile und Kolumbien). Zu entsprechenden Entscheidungen des ecuadorianischen Verfassungsgerichts siehe *Böttcher* 144.

⁵ Ausführlich dazu *Jan Kleinheisterkamp*, O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros, in: Comércio internacional e desenvolvimento, hrsg. von R. Di Sena Jr./M.T. Costa Souza Cherem (2004) 156ff. Die kürzlich unterzeichneten Kapitalschutzabkommen mit Mosambik, Angola und Mexiko sehen keine Investorenschiedsgerichtsbarkeit vor.

diese Tendenzen mit dem komplementären Begriff der „Dekontitutionalisierung“ zu erfassen und will untersuchen, inwieweit dadurch der „konstitutionalisierte“ Rahmen des Investitionsschutzrechts in Frage gestellt wird.

Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt in der Darstellung des bolivianischen Rechts, dem rund ein Fünftel der Arbeit gewidmet ist (83–136). *Böttcher* hat dazu vor Ort geforscht und die neuere rechtliche Entwicklung eingehend verfolgt. Mit dem Amtsantritt von Evo Morales 2006 begann hier eine Epoche, die durch Nationalisierungsmaßnahmen in verschiedenen Wirtschaftssektoren und eine verstärkte Kontrolle ausländischer Investitionen gekennzeichnet ist. Dies spiegelt sich in der bolivianischen Verfassung von 2009 ebenso wie in dem neuen Investitionsgesetz von 2014. Auf internationaler Ebene fand diese Politik ihren Ausdruck in der bereits erwähnten Kündigung des ICSID-Übereinkommens und die in der Verfassung vorgesehene Kündigung und Neuverhandlung der bilateralen Kapitalschutzabkommen. *Böttcher* erörtert sehr detailliert, welche rechtlichen Folgen sich daraus ergeben, sieht aber aufgrund des völkerrechtlichen Rückwirkungsverbots sowie der „survival clauses“ der Verträge auf absehbare Zeit nur beschränkte praktische Konsequenzen. In den folgenden „Exkursen“ wird die entsprechende Entwicklung in Ecuador und Venezuela dargestellt (137–164). Während in Ecuador ebenso wie in Bolivien die kritische Haltung gegenüber ausländischen Investitionen bereits in der Verfassung von 2006 zum Ausdruck kommt,⁶ zeigt sich dies in Venezuela vor allem im Handeln der staatlichen Organe. Gestreift wird auch die Rechtslage in Brasilien⁷ und Argentinien (164–179). Bekanntlich hat Argentinien die höchste Anzahl von ICSID-Verfahren als beklagter Staat zu verzeichnen. Zu Recht weist *Böttcher* in diesem Zusammenhang auf die uneinheitliche Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte hin, welche z. B. die wirtschaftliche Notlage Argentiniens als Entlastungsgrund teils anerkannt, teils abgelehnt haben (169 f.).⁸ In der Weigerung Argentiniens, von ICSID-Schiedsgerichten erlassene Entscheidungen zu erfüllen, sieht *Böttcher* mit der h. M. einen Verstoß gegen Art. 54 des ICSID-Übereinkommens, wonach Schiedssprüche wie letztinstanzliche nationale Urteile zu behandeln sind.⁹ Eine summarische Prüfung der

⁶ Die subsidiäre Rolle ausländischer Investitionen betont auch der Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones vom 21.12.2010, R.O. No. 351 Supl. vom 29.10.2010, der in Art. 27 eine detaillierte Regelung zur Streitbeilegung unter Einschluss der Schiedsgerichtsbarkeit enthält. *Böttcher* erklärt dagegen noch das „liberale“ Investitionsgesetz von 1997 für maßgebend (173).

⁷ Siehe dazu oben bei Fn. 5.

⁸ Ein weiteres Beispiel für gegensätzliche Schiedssprüche nennt *Dirk Wiegandt*, (Investitions-)Schiedsgerichtsbarkeit in der Kritik – eine Veranstaltung zur Versachlichung der Debatte, *SchiedsVZ* 2015, 138, 139. Kritisiert wird in Argentinien insbesondere die Entscheidung *CMS Gas Transmission Company v. Argentina* 17.3.2003, Case No. ARB/01/8, ILM 42 (2003) 788, die entgegen argentinischem und US-amerikanischem Recht die Stellung des Minderheitsaktionärs als Investor und damit sein Klagerecht bejaht.

⁹ Diskussionswürdig wäre, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang dem Gesetz Nr. 23.982 von 1991 zukommt, wonach auch Urteile argentinischer Gerichte gegen den Staat grundsätzlich nur im Rahmen des Haushaltsgesetzes vollstreckbar sind; zur Anwendung des Gesetzes auf ausländische Urteile siehe das Gutachten der Procuración del Tesoro in *Rev. Proc. Tesoro* 29 (1998) 107.

Investitions- und Schiedsgesetze der südamerikanischen Staaten rundet die Darstellung ab (171–178).

Ein weiterer Abschnitt des Buches ist den regionalen Integrationsprojekten in Lateinamerika gewidmet (178–218). *Böttcher* untersucht deren Streitregelungsmechanismen daraufhin, inwieweit sich daraus ein regionales Investitionsschutzrechtsregime ableiten lässt, was sie im Ergebnis im Hinblick auf die nur schwach ausgeprägten rechtlichen Strukturen verneint. Leider ist dieser Abschnitt wenig sorgfältig abgefasst, insbesondere die Darstellung des MERCOSUR enthält gravierende Fehler. Das ist umso unbegreiflicher, als ihr dafür die solide Arbeit von *Christoph Edler* vorgelegen hat.¹⁰ So behauptet *Böttcher* allen Ernstes, die Zollunion im MERCOSUR sei durch das Rechtshilfeprotokoll von Las Leñas von 1992 begründet worden (187). Auch die Kompetenzen des seit 2007 bestehenden MERCOSUR-Parlaments sollen sich aus diesem Protokoll ergeben (188). Bolivien wird als Mitgliedstaat behandelt (187), obwohl das im Buch zitierte Beitrittsübereinkommen von 2012 von keinem Staat ratifiziert wurde (inzwischen ersetzt durch das entsprechende Übereinkommen von 2015, das ebenfalls noch nicht in Kraft getreten ist). Als geltende Rechtsgrundlage für das Investitionsschutzrecht stellt *Böttcher* die Protokolle von Colonia und Buenos Aires von 1994 dar (188, 195 f.), weist aber selbst an anderer Stelle auf deren fehlende Ratifikation hin (192). Völlig unzureichend sind die Angaben zu den verschiedenen MERCOSUR-Abkommen im Bereich des Schiedsverfahrensrechts.¹¹ Entgegen der Darstellung *Böttchers* wurde ein permanentes Rechtsprechungsorgan im MERCOSUR nicht durch das Protokoll von Brasilia von 1991, sondern erst durch das Protokoll von Olivos von 2002 geschaffen, das sie lediglich als bloße Modifikation des Protokolls von Brasilia ansieht (190). Ähnliche Ungereimtheiten finden sich auch in anderen Teilen dieses Abschnitts; so verwechselt sie die beiden Cartagena-Abkommen von 1969 (Andenpakt) und 2003 (Andengemeinschaft).¹² Auch wurde der Andengerichtshof nicht erst durch das entsprechende Abkommen von 1996 begründet (200), sondern besteht schon seit 1983. Dazu lag *Böttcher* sogar die bereits 1995 erschienene und von ihr zitierte Arbeit von *Renata Marwege*¹³ vor, die aber wie manches andere der benutzten Bücher nicht ins Literaturverzeichnis aufgenommen ist.

¹⁰ *Christoph Edler*, Die Integration der südamerikanischen Staaten durch den Mercosur (2013): siehe dazu meine Besprechung in V.R.Ü. 48 (2015) 538–540.

¹¹ *Böttcher* verweist in diesem Zusammenhang allgemein auf das „Buenos Aires-Protokoll“ (189), ohne den Leser darüber aufzuklären, dass es sich dabei *nicht* um das gerade zuvor behandelte Investitionsschutzprotokoll handelt. Auch das zwischen den MERCOSUR-Staaten geschlossene Protokoll über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1998 ist entgegen der Darstellung von *Böttcher* (191 f.) längst in Kraft; dies hätte sie schon dem von ihr zitierten Standardwerk von *Jan Kleinheisterkamp*, *Commercial Arbitration in Latin America* (2005) 42 f. entnehmen können. In einer auf Bolivien fokussierten Arbeit hätte man außerdem einen Hinweis auf das im gleichen Jahr von den MERCOSUR-Staaten mit Bolivien und Chile geschlossene Schiedsgerichtsabkommen erwartet, das ebenfalls zwischen allen Vertragsstaaten in Kraft ist.

¹² Das auf S. 196 Fn. 650 zitierte Abkommen ist nicht das von 1969, sondern das von 2003.

¹³ *Renata Marwege*, Der Andengerichtshof, Das Rechtsschutzsystem des Andenpaktes mit vergleichenden Bezügen zum Recht der Europäischen Gemeinschaft (1995).

Im Schlusskapitel (223–236) geht *Böttcher* der Ausgangsfrage nach und konstatiert ein Spannungsverhältnis zwischen der bestehenden Konstitutionalisierung des Investitionsschutzrechts und den neuen Ansätzen einer Dekonstitutionalisierung, das durch eine Reform und Verbesserung des bisherigen Systems aufgelöst werden könnte. Dazu diskutiert sie verschiedene Vorschläge, die vom Abschluss neuartiger ausgewogener Investitionsschutzabkommen nach dem Vorbild des IISD-Modellabkommens¹⁴ und der Aufnahme besonderer Schutzklauseln zugunsten des Gaststaates bis zu Veränderungen des ICSID-Systems durch Einführung einer Berufungsinstanz oder die Errichtung eines internationalen Investitionsgerichtshofs reichen. In diesem Zusammenhang hätte es nahegelegen, auf die aktuelle Diskussion in Europa anlässlich des geplanten Freihandelsabkommens zwischen der EU und den USA (TTIP) einzugehen, wo diese Problematik heute in gleicher Weise die Gemüter bewegt wie zuvor in Lateinamerika.¹⁵ *Böttcher* hat sich aber die Sicht darauf verbaut, wenn sie beiläufig davon ausgeht, dass das TTIP im Gegensatz zu anderen internationalen Verträgen „keine Schiedsklausel enthalten soll“ und deshalb zur Thematik nichts beiträgt (52 Fn. 112). Offenbar ist die in aller Öffentlichkeit geführte Diskussion an ihr vorbeigegangen, obwohl sie aufgrund ihrer Arbeit dafür besonders sensibilisiert sein müsste.

Hamburg

JÜRGEN SAMTLEBEN

Chinesische Outbound-Investitionen in Deutschland. Rechtlicher Rahmen, Fälle und Analysen. Hrsg. von *Yuanshi Bu*. – Tübingen: Mohr Siebeck 2014. XIII, 355 S.

I. Seit 2000 verfolgt die chinesische Regierung eine sogenannte „Going-Out-Strategie“, durch welche die bis dahin auf die Anziehung ausländischer Investoren nach China abzielende Öffnungspolitik – die „Bringing-In-Strategie“ – ergänzt werden sollte. Mit dieser neuen Strategie werden chinesische Unternehmen ermutigt, eine Kundenbasis und Prestige im chinesischen Ausland aufzubauen und dort Märkte für weiteres Wachstum zu suchen. Das Potential an Auslandsinvestitionen aus China wird dabei angesichts der Tatsache, dass diese trotz der Stellung des Landes als zweitgrößte Wirtschaftsmacht nur 2,3% am globalen Bestand ausmachen (S. 5), begründet als hoch eingeschätzt.

II. Vor diesem Hintergrund will das zu besprechende Buch am Beispiel Deutschlands die Frage beleuchten, inwiefern Vorhaben chinesischer Investoren mit politischem Misstrauen und kulturellen Unterschieden konfrontiert sind, die sich rechtlich teilweise durch politisch gesteuerte Kontrollverfahren in den

¹⁴ International Institute for Sustainable Development, Model International Agreement on Investment for Sustainable Development (2005).

¹⁵ Siehe dazu den Beitrag von *Jan Kleinheisterkamp*, Who is Afraid of Investor-State Arbitration? (June 2014), LSE Law: Policy Briefing Paper No. 4, abrufbar unter <<http://ssrn.com/abstract=2483775>>. Vgl. auch den oben in Fn. 8 genannten Tagungsbericht von *Wiegandt*, SchiedsVZ 2015, 138 ff.; ferner *Johannes Trappe*, Schiedsgericht und TTIP – ein Bericht, ebd. 235 ff.; differenzierend *Jochim Karl*, Investor – Gaststaat – Streitschlichtung – ein Auslaufmodell?, RIW 2015, 41 ff.

