

Bähr, Robert: Die Einhegung der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit. Tübingen: Mohr Siebeck 2023. Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht 195. ISBN 978-3-16-161725-6. XXVI, 535 S. € 89,-

Kimmerle, Julian: Kleine und mittlere Unternehmen im internationalen Investitionsrecht. Tübingen: Mohr Siebeck 2023. Ius Internationale et Europaeum 199. ISBN 978-3-16-162551-0. XXVI, 612 S. € 114,-

Zwei umfangreiche Dissertationen, die erste in Hannover bei C. Wolf, die andere in Augsburg unter Betreuung von T. Rensmann entstanden, haben trotz unterschiedlicher, sich im Verlauf der Lektüre freilich einander annähernder Schwerpunkte so viele Schnittmengen, dass sich eine gemeinsame Besprechung lohnen mag. Bähr verspricht schon im Vorwort einen „exklusiven Einblick in die internationale[n] Streitbeilegungsverfahren aus der Perspektive der Praxis und der Wissenschaft“ (S. VII); Kimmerle erläutert erst in der Einleitung nach einem Problemaufriss, seine Studie wolle vor dem Hintergrund der bedeutenden Rolle ausländischer Direktinvestitionen von Kleinen und Mittleren Unternehmen (KMUs) deren „Status Quo“ im Rahmen des internationalen Investitionsrechts untersuchen und „potenzielle Reformansätze zur Verbesserung ihrer Investitionsmöglichkeiten sowie des Zugangs zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit“ in den Blick nehmen (S. 6). Beide Autoren haben insoweit neuere Entwicklungen (vor allem Comprehensive Economic and Trade Agreement [CETA] im Verhältnis Europäische Union [EU] – Kanada sowie Reformdebatten im International Centre for Settlement of Investment Disputes [ICSID] und in der United Nations Commission on International Trade Law [UNCITRAL]) fest im Blick.

Bähr befasst sich zunächst mit Begriffsbestimmungen (Rechtsstaatsprinzip, internationale Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit [ISDS]) und Rechtsstaatlichkeit (bzw. „rule of law“) als von ihm zugrunde gelegten Bewertungsmaßstab. In zwei weiteren Kapiteln wendet er sich dem ISDS nach dem ICSID-Übereinkommen zu, wobei diese Einrichtung der Weltbankgruppe und die Streitbeilegung vor einem ICSID-Schiedsgericht näher erläutert werden und danach die Kritik am Status Quo aufgegriffen wird, sodann geht es um Investor-Staat-Streitbeilegung in CETA; hier werden die Zuordnung des CETA-Gerichts am Maßstab des „Gerichts“ im Sinne des EU-Rechts, das einschlägige EuGH-Gutachten 1/17 zum „besseren, aber noch nicht ausreichenden“ (S. 9) CETA-Kapitel zur Thematik und schließlich das Streitbeilegungsverfahren vor dem CETA-Gericht behandelt. Am Ende werden nicht nur die Ergebnisse der Untersuchung in Thesen zusammengefasst, sondern es wird auch tabellarisch eine Übersicht zum Vergleich von ISDS nach dem CETA bzw. dem ICSID-Übereinkommen gegeben. Ebenso wie bei Kimmerle ist dem Haupttext ein detailliertes Inhaltsverzeichnis vorangestellt, das Stichwortverzeichnis/Sachregister ist hingegen dürftig und kaum hilfreich.

Kimmerle gliedert in fünf große Kapitel, jeweils mit einem Zwischenergebnis am Ende, stellt zuerst KMUs als Untersuchungsgegenstand vor, wobei schon auf deren Tätigkeit als grenzüberschreitende Investoren und auf wesentliche Hindernisse für „small and medium enterprises“ bei Auslandsinvestitionen eingegangen wird. Sodann werden die besonderen Interessen im (aktuellen) materiellen Investitionsrecht aufgezeigt, es wird insoweit nach einem speziellen Schutzbedürfnis gefragt und zudem geprüft, ob eine gezielte Berücksichtigung der spezifischen Interessenslage international agierender KMUs auf internationaler Ebene besteht. Im nächsten Schritt werden solche Unternehmen als Akteure in Investitionsschiedsverfahren vor internationalen Streitbeilegungsorganen näher beleuchtet, auch unter Heranziehung empirischer Daten zu ihrer Beteiligung hieran. Vertieft wird vor allem, ob und welche tatsächlichen Beeinträchtigungen und rechtlichen Probleme es beim Zugang von KMUs zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit gibt; auf die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur und nationale Investitionsgarantien wird breiter eingegangen als bei Bähr. In den beiden letzten Kapiteln zieht Kimmerle aus den zusammengetragenen Fakten und daraus gewonnenen Erkenntnissen Schlussfolgerungen. Zum einen geht es um bereits bestehende Möglichkeiten der Reduzierung faktischer Hindernisse (Kosten einschl. Drittfinanzierung; effektives Streitbelegungsmanagement durch Investor; Mehrpartei- und konsolidierte Verfahren). Zum anderen (und als „Krönung“) beschreibt und diskutiert der Autor aktuelle Ansätze und mögliche Reformen, die den Zugang von KMUs zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit verbessern könnten (Vorstellungen der EU, auch hinsichtlich eines Multilateral Investment Court; Einrichtung eines Beratungszentrums; Schaffung eines beschleunigten Verfahrens für „small claims“). Schlussbetrachtung und Ausblick sind hier nicht weiter gegliedert, anders als bei Bähr folgt dem Fazit aber noch eine englischsprachige Zusammenfassung.

Beide Studien skizzieren die geschichtliche Entwicklung des völker(vertrags)rechtlichen Investitionsschutzrechts seit den 50er Jahren des 20. Jahrhunderts, das Wachstum zunächst fast ausschließlich bilateraler Verträge („treaties“), zuweilen im Zusammenhang mit „contracts“ zwischen ausländischem Investor und Gastland (und durch Bilateral Investment Treaties [BITs] abgesichert mittels „umbrella clauses“), und fast ausschließlich zwischen (westlichen) Entwicklungsländern sowie die Schaffung eines Rahmens für Streitbeilegung (über zwischenstaatliche Konflikte zwischen den Parteien hinaus) im Verhältnis Investor/fremder Staat und die Durchführung wie Wirkung von ICSID-Verfahren (in Abgrenzung, aber auch teils mit Parallelen zur [privaten] internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit). Zudem werden die mit weltpolitischen Verschiebungen einhergehende Einbeziehung früherer Ostblockstaaten und die zunehmende Relevanz von Süd-Süd-Ver-

tragen, auch als Ausdruck nicht nur einseitiger Kapitalanlagen aus Staaten der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) in Entwicklungsländern behandelt, sondern der Graduierung vieler ehemaliger Dritt Welt-Staaten zu Schwellen- und Herkunftsländern von Auslandsinvestitionen, und nicht zuletzt Klagen auch gegen (europäische) Industriestaaten (etwa Spanien oder Deutschland). Als bisher letzte Stufe globalisierter Wirtschaftsbeziehungen werden – teils auch mit der Erweiterung der außenwirtschaftlichen EU-Kompetenzen auf „foreign direct investments“ seit Dezember 2009 einhergehend – Investitionsschutzregelungen (einschließlich ISDS) in „comprehensive free trade agreements“ zwischen Staaten und/oder intergouvernementalen Wirtschaftsorganisationen regionaler Reichweite erfasst. Nur am Rande erörtert wird das nicht zustande gekommene Transatlantische Freihandelsabkommen (TTIP) zwischen EU und USA und dessen Pendant, das auf meist asiatische Pazifikanrainer fokussierte Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP), hingegen eingehender – neben CETA und einigen neuen Freihandelsabkommen der EU mit ostasiatischen Ländern – das Nordamerikanische Freihandelsabkommen (NAFTA) und dessen Nachfolger USA-Mexiko-Kanada-Abkommen (USMCA). Bemerkenswert ist dabei freilich, dass internationale Verträge und Institutionen in Afrika und Nahost, aber auch in Süd- und Mittelasien sowie in Lateinamerika kaum in die Betrachtungen einbezogen werden. Auch wird die offenbar weithin erfolgende stärkere Betonung der (auf demokratisch-rechtsstaatliche Fundierung aufsetzenden) gaststaatlichen „Regulierungs“-Kompetenzen als Gegenpol von klassischen Investoren-Rechten fast nie mit der „Neuen Internationalen Wirtschaftsordnung“ bzw. der „Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten“ aus den 70er Jahren in Beziehung gesetzt.

Beide Autoren weisen auch auf die aus dem völkerrechtlichen Fremdenrecht entwickelten, sehr allgemein und vage gefassten Prinzipien hin, die bis heute das materielle internationale Investitionsrecht prägen, wie gerechte und billige Behandlung, Anspruch auf vollen Schutz und volle Sicherheit, auch gegenüber enteignungsgleichen Maßnahmen des Gaststaates. Vor allem Bähr zeigt zudem auf, dass zwar unbestimmte Rechtsbegriffe auch im innerstaatlichen Recht weit verbreitet sind, die dadurch ausgelöste Rechts- und Planungsunsicherheit aber durch Grundsätze und Strukturmerkmale rechtsstaatlicher Judikative kompensiert bzw. „eingehegt“ (S. 286 f.) wird. Ad hoc eingerichtete Schiedsinstanzen sind zumindest in den derzeit vorhandenen Ausprägungen allenfalls bedingt in der Lage, Gleches oder Gleichwertiges zu leisten, vor allem im Hinblick auf Status und Qualität der als Schiedsrichter amtierenden Personen und mangels Vereinheitlichung des von ihnen im konkreten Fall erkannten Richterrechts angesichts fehlender Verknüpfung zwischen Mechanismen und Institutionen sowie einer echten Berufungs-/

Revisionsinstanz. Letztlich wirken sich Defizite auch auf die weiterhin allein auf nationaler Ebene durchzuführende Vollstreckung von Schiedssprüchen aus, wenn sie dort von staatlicher Gerichtsbarkeit als Verletzungen eines „ordre public“ gewertet werden.

Anzustrebendes Ziel ist daher ein Mehr an legitimer, institutionalisierter Streitbeilegung im internationalen Investitionsrecht, zumal wenn dessen Gegenstand weit gefasst wird und jegliche Kapitalanlagen im Ausland einbezieht. Vor allem Kimmerle kommt dabei immer wieder (S. 132 f. u. ö.) auf das notwendig im Verhältnis zu großen „transnational corporations“ und KMUs zu wahrende bzw. neu zu schaffende „level playing field“ zu sprechen, wie es durch spezifische Verfahren und Instrumente, nicht zuletzt Information, Beratung und andere Unterstützung, gewährleistet werden kann und damit eine Gleichbehandlung aller Investoren trotz zu rechtferdigender Unterschiede im Einzelnen herbeiführt. Dabei könnten zugleich Nachhaltigkeitsbelange größere Bedeutung erfahren. Bähr widmet sich mehr der prozessualen Seite, erörtert etwa ausführlicher Unterschiede zwischen Schieds- und echten Gerichten (institutionell, personell), das Projekt eines „multilateral investment court“ über das in CETA angelegte Konzept hinaus, die Rolle einer zweiten (ständigen) Instanz bis hin zur Organisation einer permanenten (unabhängig-neutralen) bereichsspezifischen Gerichtsbarkeit mit eigenem spezialisierten Personal. Beide Autoren sehen durchaus, dass eine „governance“-Rahmenregelung für internationales Investitionsrecht letztlich transnationale Verknüpfungen in einem Mehrebenensystem umfassen muss, sowohl bei Rechtsetzung als auch bei gerichtlicher Streitbeilegung in rechtsstaatlich ausgestalteten Verfahren. Bähr stellt hier stark auf das deutsche bzw. EU-Modell ab (S. 23 ff., 268 ff.), das allerdings bei vielen staatlichen Parteien von Investitionsschutzabkommen eher auf dem Papier als in der Praxis existiert, so dass dann eine Abhilfe über „local remedies“ kaum Erfolg verspricht. Zur Alternative größerer legislativer Dichte in völkerrechtlichen Regelungen sagen beide Autoren wenig. Immerhin mögen ja bei der EU als Partei zahlreicher einschlägiger Verträge die in Art. 2, 3 Vertrag über die Europäische Union (EUV) verankerten Ziele und Werte gerade diese Organisation seit der Konsolidierung durch den Lissabon-Vertrag dazu bewogen haben, solche Grundsätze auch bei der Gestaltungen ihrer Außenbeziehungen (Art. 206 ff. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV]) ernst zu nehmen. Aus globaler Perspektive wird sich ein generell verträgliches (materielles) internationales Investitionsrecht mittels Abschluss neuer oder Änderung bestehender Verträge jedoch nur gestalten lassen, wenn die je anderen Parteien gleiche oder ähnliche Interessen haben und nicht meinen, dies durch Wahl anderer Wirtschaftspartner besser verwirklichen zu können.

Bähr und Kimmerle haben jeweils eine ebenso aktuelle wie breite Aufbereitung von (deutsch- und englischsprachiger) Literatur und (Schieds-) Rechtsprechung unternommen. Kimmerle hat zudem eine gegliederte Sammlung der Rechtsquellen bei- und noch weitaus mehr Fußnoten eingefügt als Bähr. Allerdings wurde hier jeweils mehr oder weniger copy and paste verfahren, was einige Redundanzen erzeugt und die Lesbarkeit erschwert. Ärgerlich ist der Umgang mit s-Endungen bei Abkürzungen, vor allem beim Genitiv. Vor allem bei Bähr treten auch immer wieder kleine sprachliche Holprigkeiten auf, die jedoch das Verständnis nicht weiter trüben.

Beide Autoren nehmen vielfach auf Arbeiten ihrer Betreuer Bezug, setzen sich aber auch damit angemessen kritisch auseinander. Wer sich über wichtige aktuelle Entwicklungen und Probleme des internationalen Investitionsrechts in einem jeweils größeren, auch wirtschaftliche Daten umfassenden, nicht nur auf Völkervertragsrecht begrenzten Kontext informieren möchte, sollte beide Untersuchungen sorgfältig lesen (zumal kaum offensichtliche Fehler zu verzeichnen sind), aber auch bei (rechts)politischen Diskussionen über eine nachhaltigere, faire internationale Wirtschaftsrechtsordnung wären beide Schriften sehr hilfreiches Argumentationsmaterial.

Ludwig Gramlich, Münster (Hessen)

