

# Rechtliche Probleme beim internationalen Freihandel

von Andreas Fisahn

|   |          |
|---|----------|
| <b>A.Rechtliche Probleme beim internationalen Freihandel.....</b> | <b>2</b> |
| I.Was sind TTIP und CETA?.....                                    | 2        |
| 1.Überblick über TTIP und CETA.....                               | 2        |
| 2.Freihandel(sverträge) vor CETA und TTIP.....                    | 2        |
| 3.Worüber wir sprechen.....                                       | 4        |
| II.Das Vorsorgeprinzip im Verbraucher und Umweltschutz.....       | 4        |
| III.Angriffe auf die Demokratie .....                             | 8        |
| 1.Öffentlicher Aufträge und Ausschreibungspflichten.....          | 8        |
| 2.Bindende Entscheidungen eines Joint Committee.....              | 10       |
| IV.Schiedsgerichtsverfahren im Freihandel.....                    | 12       |
| 1.Überblick .....   | 12       |
| 2.Ziel: Schiedsgerichtsverfahren als Investorschutz .....         | 13       |
| 3.Verbot von direkter und indirekter Enteignung .....             | 13       |
| 4.Sondergericht für Konzerne .....                                | 15       |
| 5.Sonderrecht für Konzerne.....                                   | 17       |

## **A. Rechtliche Probleme beim internationalen Freihandel**

### **I. Was sind TTIP und CETA?**

#### **1. Überblick über TTIP und CETA**

TTIP und CETA sind die neuesten Abkürzungen im politischen Jargon und bezeichnen die geplanten Freihandelsabkommen zwischen der EU einerseits und Kanada (CETA) bzw. Den USA (TTIP) andererseits. Für das Abkommen mit Kanada liegt inzwischen der Entwurf eines Vertragstextes vor, der zwar von der Bundesregierung noch als geheim behandelt wird, aber von der Tagesschau schon ins Netz gestellt wurde. Für TTIP ist nur ein Verhandlungsmandat für die EU Unterhändler bekannt geworden. Verhandelt wird geheim und doch wieder nicht ganz geheim, was hieße nur Regierungen sind beteiligt und eingeweiht. Eine Ausnahme gibt es für die Industrie, sie darf ihre Lobbyisten zu den Verhandlungen entsenden.

TTIP und CETA werden als Handelsabkommen bezeichnet, mit deren Hilfe eine Freihandelszone zwischen Europa und den USA entstehen soll. Handelsabkommen sind zunächst „ganz normale“ völkerrechtliche Verträge. Sie gelten zwischen den vertragsschließenden Parteien, d.h. den Staaten, nicht aber zwischen den Staaten und Privaten, d.h. aus den Verträgen entstehen regelmäßig keine Rechtsansprüche für Private, also Ansprüche des Herrn Zetsche oder des Herrn Fisahn, auch nicht zwischen juristischen Personen wie etwa der Deutschen Bank oder dem TUS Örlinghausen. Sie können bei Klagen vor deutschen oder internationalen Gerichten regelmäßig nicht direkt Rechte aus dem völkerrechtlichen Vertrag ableiten. Das soll bei TTIP und CETA anders sein. Völkerrechtliche Verträge können nur gekündigt werden, wenn das ausdrücklich im Vertrag geregelt ist oder die Geschäftsgrundlage entfällt, weil sich eine Partei nicht an die absprachen hält. So steht es in der Wiener Vertragsrechtskonvention. Anders als beim nationalen Recht ist die Durchsetzung der Vereinbarung aber von freiwilliger Rechtsbefolgung der Staaten abhängig. Es gibt keine Gewalt, die Ansprüche mittels Zwang durchsetzen könnte (Das gilt zwischen den USA und der EU selbst für erstere).

#### **2. Freihandel(sverträge) vor CETA und TTIP**

Nun sind TTIP und CETA keineswegs die ersten Freihandelsabkommen, die das Licht der Welt erblicken. Wichtige Internationale Freihandelsabkommen wurden im Rahmen der World Trade Organisation (WTO) abgeschlossen oder in diese integriert. Gleichsam einen Auftakt machte am 30.10.1947 das General Agreement on Tariffs and

Trade, kurz GATT, das im Wesentlichen einen Abbau von Zöllen zwischen den Staaten vorsah, was auch recht erfolgreich durchgesetzt wurde. 1994 wird das GATT zur WTO erweitert, also um den Handelsvertrag wird eine ganze Organisation geschaffen mit Sekretariat, Versammlungen und Gerichtsbarkeiten. Ziel der WTO ist der Freihandel zwischen den Mitgliedstaaten, der über den Zollabbau hinausgeht und insbesondere den ungehinderten Zugang zu „fremden“ Märkten anstrebt. Die WTO-Rechtsordnung besteht aus ca. 26.000 Seiten und ist so wohl das umfangreichste Übereinkommen im Völkerrecht.

Zu den wichtige Vertragsbestandteile der WTO Verträge gehören das WTO-Übereinkommen zur Errichtung der WTO als Handelsorganisation; das schon erwähnte GATT; sein Namensvetter, das GATS womit das General Agreement on Trade in Services (Übereinkommen zum Dienstleistungshandel) abgekürzt wird. Ziel des GATS ist es, einen offenen Weltmarkt für Dienstleistungen zu schaffen mit der Perspektive bisher staatliche Dienstleistungen zu privatisieren. Schließlich ist das TRIPs zu erwähnen, womit das Trade-Related Intellectual Property Agreement (Handelsbezogenes Urheberrechte-Abkommen) bezeichnet wird. Geschützt werden sollen geistige Eigentumsrechte, d.h. vor allem Patente gegen ihre Nutzung durch Unberechtigte.

Weil die WTO eine Handelsorganisation ist, geht ihre Aufgabe über „den Vollzug“ der vereinbarten Regelungen hinaus. Sie ist damit beauftragt und beschäftigt, weitere Handelserleichterungen zu initiieren, was durch sog. Runden geschieht, in denen sich die Vertreter der Mitgliedsstaaten zu Verhandlungen treffen und die nach dem Ort benannt werden, wo das Treffen stattfand. Die letzte dieser Runden, die Doha-Runde scheiterte mehr oder weniger am Interessenkonflikten zwischen Nord und Süd. In Bali wurde 2013 noch einmal ein Kompromiss erzielt, der aber im Wesentlichen in einer Absichtserklärung bestand, weiter zu arbeiten und keine substanziellen Änderungen enthielt. Der globale Süden verlangt vom Norden, dass dieser seine Märkte für Agrarprodukte des Südens öffnet und vor allem seine eigene Landwirtschaft nicht subventioniert, womit diejenige des Südens niederkonkurriert wird. Der globale Norden will dagegen vom Süden eine Öffnung der Märkte vor allem für Dienstleistungen, wozu nach dem Sprachgebrauch die Öffnung für private Wasserversorgung, Bildung, Infrastruktur usw. gemeint ist. Weil es in der WTO nicht so richtig weiter geht, weichen die Staaten des Nordens auf bi- oder multilaterale Abkommen mit Staaten des Südens aus, was „den Vorteil“ hat, das in solchen Verhandlungen ökonomische Druckmechanismen viel besser funktionieren. Die Handelsabkommen innerhalb des

Nordens sind deutlich ambitionierter. Zu nennen ist etwa die EWR, die das EU Abkommen mit Island Liechtenstein und Norwegen zur Bildung einer Freihandelszone bezeichnet, das seit 1994 in Kraft ist.

### **3. Worüber wir sprechen**

Mit Blick auf TTIP hat natürlich seine Tücken über einen Vertragsvorschlag zu diskutieren, der so noch nicht existiert. Man kann dann über den Sinn oder besser Unsinn von Freihandel an sich sprechen. Das sollten allerdings besser die Ökonomen versuchen. Folgeabschätzungen zu den ökonomischen Effekten des Freihandels liegen vor, widersprechen sich allerdings oder haben sehr unterschiedliche Prognosen und Schwerpunkte.

Wenn wir über die rechtswissenschaftlichen Aspekte des Vertrages sprechen wollen, können wir uns immerhin auf einige inzwischen veröffentlichte Dokumente stützen, nämlich:

- Das Verhandlungsmandat der EU-Kommission,
- einige veröffentlichte Textvorschläge des TTIP der EU und
- das CETA Abkommen, gleichsam als mögliches Vorbild für TTIP

Um zu einer juristischen Bewertung zu kommen, habe ich diese Texte zusammen ausgewertet und zusammen können sie Auskunft geben, was uns erwartet und was problematisch ist.

Ich möchte vier Punkte ansprechen:

1. Das Vorsorgeprinzip im Umwelt- und Verbraucherschutz
2. Öffentlicher Aufträge und Ausschreibungspflichten
3. Bindende Entscheidungen eines Joint Committee
4. Schiedsgerichte und Rechtsstaat

## **II. Das Vorsorgeprinzip im Verbraucher und Umweltschutz**

In der deutschen Öffentlichkeit gibt es eine intensive Diskussion um die Standards im Umwelt- und Verbraucherschutz. Befürchtet wird, dass mit TTIP und CETA die europäischen Standards gesenkt werden, die Schutzrechte geschleift werden. Nun könnte man dieses Problem in jeweils spezifischen Feldern diskutieren, etwa für die Gentechnik, das Fracking oder die Arzneimittelzulassung. Das soll hier nicht

geschehen. Statt dessen soll das grundsätzliche Problem, das zu eben diesen Befürchtungen Anlass gibt, erläutert und diskutiert werden.

Der veröffentlichte Textvorschlag der EU zum Umwelt- und Verbraucherschutz, also zum Kapitel über Sanitäre und Phytosanitär Maßnahmen geht von einer gegenseitigen Anerkennung der jeweiligen Standards aus. In dem Textvorschlag heißt es:

Article 9 Equivalence

The importing Party shall accept sanitary and phytosanitary measures of the exporting Party as equivalent to its own if the exporting Party objectively demonstrates to the importing Party that its measure achieves the importing Party's appropriate level of protection.<sup>1</sup>

Das Problem bei der gegenseitigen Anerkennung von Standards im Umwelt- und Verbraucherschutz liegt darin, dass die EU und die USA unterschiedliche Philosophien verfolgen und rechtlich umsetzen.

In der EU ist das Vorsorgeprinzip die handlungsleitende Maxime. Das Prinzip besagt, dass ein Produkt, ein Verfahren usw. auch unterhalb der Gefahrenschwelle nicht zugelassen wird, wenn hinsichtlich eines Elements<sup>2</sup> des Gefahrenbegriffs Ungewissheit besteht, also die Möglichkeit besteht, dass ein relevanter Schaden verursacht werden könnte.

In den USA geht man dagegen davon aus, dass eine Genehmigung solange erteilt wird, solange nicht wissenschaftlich exakt nachgewiesen ist, dass ein Verhalten zu einem Schaden führt.<sup>3</sup> Trotzdem funktioniert der Umwelt- und Verbraucherschutz in den USA – nur eben anders. Wenn ein Unternehmen, eine Person am Ende einen Schaden verursacht hat, greifen Haftungsregeln, die deutlich effektiver sind als in Europa. Die EU hat mit Haftungsrichtlinien verursacht, den europäischen Umweltschutz zu komplettieren oder vielleicht auch anschlussfähig zu machen. Das hat aber nicht funktioniert. Die Regeln sind faktisch wirkungslos, wie auch die Kommission berichtet hat. Effektive Haftungsregeln führen im Ergebnis auch dazu, dass potenzielle Verursacher, sich sehr genau überlegen, ob sie das Risiko eingehen können oder sollen, wenn an einer Stelle der wissenschaftlichen Beweiskette Ungewissheit besteht.

---

<sup>1</sup> [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153026.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153026.pdf).

<sup>2</sup> Gefahr ist eine Sachlage, in der (1) bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens in (2) absehbarer Zeit mit (3) hinreichender Wahrscheinlichkeit ein (4) Schaden an einem Schutzgut von (5) Jemandem verursacht wird.

<sup>3</sup> Im Streit um die Existenz, die Ursachen und die Notwendigkeit den Klimawandel abzuwehren, wird der Unterschied anschaulich.

Ein Problem tritt dann auf, jedenfalls für die EU, wenn man durch Anerkennung des US-amerikanischen Regimes das europäische Vorsorgeprinzip unterläuft ohne das Haftungsregime zu ergänzen.

Nun lässt sich einwenden, dass die Anerkennung mit Ausnahmen versehen ist oder werden kann. Prinzipiell gilt dann aber: Diese Ausnahmen sind nicht flexibel, gelten also nicht für neuere Entwicklungen. Man könnte das durch Rechtsetzungskompetenzen, Kompetenzen den Vertrag in seinen Details zu ergänzen ausgleichen. Dann tritt allerdings das Problem der demokratischen Legitimation von Kompetenzverlagerungen auf. Darüber wird später noch zu sprechen sein.

Nun beteuert das Verhandlungsmandat zu TTIP selbstverständlich, dass in den Bereichen Umwelt- und Verbraucherschutz ein hohes Schutzniveau beibehalten werden soll und sicher auch werde. Das gilt, soweit man sich im Bereich der allgemeinen, unverbindlichen Absichtserklärungen befindet.

Der Eindruck ändert sich, wenn es konkret wird. Für die Verhandlungen im Bereich der gesundheitspolizeilichen und pflanzenschutzrechtlichen Maßnahmen gilt nach TTIP-Mandat:

„Die von den Vertragsparteien festzulegenden Bestimmungen werden auf dem WTO-Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen (SPS-Übereinkommen) sowie auf den Bestimmungen des bestehenden Veterinärabkommens aufbauen ...“

Dazu gibt es auch einen Textvorschlag der EU. Dort heißt es:

*Article 2 Objectives*

The objectives of this chapter are to:

2. Ensure that the Parties' sanitary and phytosanitary (SPS) measures do not create unnecessary barriers to trade;
3. Further the implementation of the *WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures* (WTO SPS Agreement);

Und

**Article 3**

**Rights and obligations**

The Parties reaffirm their rights and obligations under the WTO SPS Agreement.

Diese Zielvorgabe werden auch im Entwurf für den CETA Vertrag explizit so formuliert. Dort heißt es im Kapitel über phytosanitäre und sanitäre Maßnahmen:

**Article 2 Objectives**

The objectives of this Chapter are to:

- b) ensure that the Parties' sanitary and phytosanitary (SPS) measures do not create unjustified barriers to trade ;
- c) further the implementation of the WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (WTO SPS Agreement).

Wichtiger ist, dass für das Kapitel über den Warenverkehr und die Investitionen eine generelle Ausnahme gemacht wird. Die auf Art. XX des GATT Abkommens verweist. Dieser Artikel, heißt es dort, müsse als in den Vertrag inkorporiert und als Bestandteil des Vertrages gelten.

Article X.02: General Exceptions

1. For the purposes of Chapters X through Y and Chapter Z (National Treatment and Market Access for Goods, Rules of Origin, Origin Procedures, Customs and Trade Facilitation, Wines and Spirits, Sanitary and Phytosanitary Measures, Investment Section 2 (Establishment of Investments) and Investment Section 3 (Non-discriminatory Treatment)), **GATT 1994 Article XX is incorporated into and made part of this Agreement.** The Parties understand that the measures referred to in GATT 1994 Article XX (b) include environmental measures necessary to protect human, animal or plant life or health. The Parties further understand that GATT 1994 Article XX (g) applies to measures for the conservation of living and non-living exhaustible natural resources.

Art. XX des Gatt Abkommens erlaubt „Maßnahmen, die für den Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Personen und Tieren oder die Erhaltung des Pflanzenwuchses erforderlich sind.“ Aber dieser Artikel ist nicht zu verstehen ohne die Interpretationshilfe oder Konkretisierung, die das WTO-SPS Abkommen formuliert hat, auf das ja - wie gesehen - auch verwiesen wurde. Dort wird die Ausnahme von der Ausnahme des freien Warenverkehrs normiert. Die Ausnahme war der Schutz von Gesundheit und Umwelt. Dieser dürfe nur erfolgen, wenn die Notwendigkeit des Schutzes wissenschaftlich exakt bewiesen ist.

Ich zitiere das SPS-Übereinkommen wörtlich:

Artikel 2 Grundlegende Rechte und Verpflichtungen:

1. Die Mitglieder haben das Recht, sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen zum Schutz von Leben oder Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen zu treffen, vorausgesetzt, dass solche Maßnahmen den Bestimmungen dieses Übereinkommens nicht entgegenstehen. 2. Die Mitglieder stellen sicher, dass sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen nur in einem solchen Ausmaß angewendet werden, das notwendig ist, um das Leben oder die Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen zu schützen, diese Maßnahmen auf **wissenschaftlichen Grundsätzen beruhen und nicht ohne ausreichende wissenschaftliche Beweise** aufrecht erhalten werden, soweit im Artikel 5 Absatz 7 nichts anderes vorgesehen ist.“

So wird die Aufhebung des Vorsorgeprinzips über Umwege und deshalb schlecht erkennbar zum Bestandteil des CETA Vertrages und voraussichtlich auch des TTIP Vertrages. Das steht nicht nur im Widerspruch zum europäischen Primärrecht, denn die Umweltpolitik der EU soll gemäß Art. 191 Abs.2 AEUV auf „den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung“ beruhen. Es dürfte auch den Grundsätzen der meisten

nationalen Verfassungen in Europa widersprechen. Für das deutsche Grundgesetz gilt dies jedenfalls.

Nun ließe sich einwenden, dass das SPS Übereinkommen schon geltendes Recht sei und ratifiziert wurde. Das macht die Sache allerdings nicht besser. Da tickt eine Bombe für die Grundsätze des europäischen Modells des Umwelt- und Verbraucherschutzes, die möglicherweise nur deshalb noch nicht detoniert ist, weil die WTO deutlich an Bedeutung verloren hat.

### **III. Angriffe auf die Demokratie**

#### **1. Öffentlicher Aufträge und Ausschreibungspflichten**

Im Jahre 2013 war die erste Europäische Bürgerinitiative, die Initiative „right2water“ in doppeltem Sinne erfolgreich. Es wurde erstens die erforderliche Anzahl von Unterschriften in den Mitgliedstaaten der Union gesammelt. Wichtiger ist aber: Die Kommission hat ihren Vorschlag zur Privatisierung der Wasserversorgung durch die Konzessionsrichtlinie zurück genommen. Auguren haben gleich befürchtet, dass die Ideologen in der Kommission nicht von diesem Vorhaben abrücken werden. Diese Vorhersage hat sich bestätigt: TTIP und CETA machen die Privatisierung der öffentlichen Beschaffung oder Daseinsvorsorge, u.a. der Wasserversorgung, wieder zum Thema. Kurz: die Kommission ignoriert die demokratische Willensbildung in der europäischen Zivilgesellschaft.

Im Verhandlungsmandat zum TTIP heißt es:

„Das Abkommen wird höchst ambitioniert sein, und sein Geltungsbereich (Beschaffungsstellen, Bereich, Schwellenwerte und Dienstleistungsaufträge einschließlich insbesondere öffentlicher Bauaufträge) wird nach Möglichkeit über das Ergebnis der Verhandlungen über das geänderte Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen hinausgehen. Mit dem Abkommen wird das Ziel verfolgt werden, einen **verbesserten beiderseitigen Zugang zu den Beschaffungsmärkten** auf allen Verwaltungsebenen (national, regional und lokal) vorzusehen, und zwar auch in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit ... und **im Versorgungsbereich**, wobei ... eine Behandlung gewährleistet wird, die nicht weniger günstig ist als die den im eigenen Gebiet niedergelassenen Anbietern gewährte Behandlung.“

Textvorschläge der EU liegen zu diesem Bereich meines Wissens noch nicht vor, jedenfalls sind sie noch nicht veröffentlicht. Wie das System funktionieren soll, wird aber im Entwurf zum CETA Abkommen deutlich. Im Kapitel über Government Procurement, also die öffentliche Beschaffung, wird zunächst festgeschrieben, dass öffentliche Einrichtungen bestimmte Aufträge international ausschreiben müssen. Welche öffentlichen Einrichtungen das sind und welche Aufträge ausgeschrieben werden müssen, ist in langen Anhängen aufgelistet. Bei der



Aufzählung der ausschreibungspflichtigen öffentlichen Einrichtungen wird differenziert zwischen europäischen, nationalen, regionalen usw. Behörden und Institutionen. Für diese gelten jeweils andere Grenzwerte, also auszugebende Summen, die zur internationalen Ausschreibung verpflichten. Wird eine bestimmte Summe überschritten, müssen die Aufträge international ausgeschrieben werden und die Staaten sind dem Prinzip der Nichtdiskriminierung verpflichtet. Das System ist in der Tat etwas unübersichtlich.

Interessant ist nun, was ausgeschrieben werden muss. Ich will hier wegen der Geschichte der Konzessionsrichtlinie nur die Wasserversorgung betrachten. In Annex 3 zu dem Kapitel heißt es:

*Utilities which procure in accordance with the provisions of this Chapter*

Supplies

Specified in Annex 4

Thresholds SDR 400,000 (SDR ist eine Rechenwährung des IWF / 1 Euro = ca. 0,8 SDR)

Services

Specified in Annex 5

Thresholds SDR 400,000

Works

Specified in Annex 6

Thresholds SDR 5,000,000

All contracting entities whose procurement is covered by the EU utilities directive which are contracting authorities (e.g. those covered under Annex 1 and Annex 2) or public undertakings and which have as one of their activities any of those referred to below or any combination thereof:

(a) the provision or operation of fixed networks intended to provide a service to the public in connection with the production, transport or distribution of drinking water or the supply of **drinking water** to such networks;

Will sagen: Ab 400,000 bzw. 5,000,000 SDR<sup>4</sup> je nach öffentlicher Einrichtung muss die Wasserversorgung usw. prinzipiell ausgeschrieben werden. Dazu gibt es einige Ausnahmen, die hier aber nicht interessieren müssen. Das heißt für größere Städte z.B. in Deutschland, dass sie international ausschreiben müssen, wenn sie die Wasserversorgung ihrer Gemeinde vergeben wollen – auch wenn ein städtisches Wasserwerk existiert. Der Auftrag ist natürlich an denjenigen zu vergeben, der das niedrigste Gebot abgibt. Das bedeutet, der Ärger der schon in der EU bei Mindestlöhnen, Tariftreue oder Umweltstandards besteht, dupliziert sich dann im Freihandel mit Nordamerika. Der EuGH meint im Grundsatz bekanntlich, dass Tariftreuklauseln u.ä. europarechtswidrig sind. In Deutschland gibt es im Bereich

<sup>4</sup> SDR ist eine Rechenwährung des IWF / 1 Euro = ca. 0,8 SDR - Stand 22.1.2015.

der Stromerzeugung inzwischen eine richtige Bewegung zur Rekommunalisierung dieser und anderer Dienstleistungen. Das ist oft schon europarechtlich schwierig. Auch diese Schwierigkeiten werden mit einer Freihandelszone verdoppelt.

## 2. Bindende Entscheidungen eines Joint Committee

Mit komplexen Verträgen wie denen über den übergreifenden Freihandel ist regelmäßig auch die Einrichtung gemeinsamer Institutionen, einer Administration verbunden. Das Verhandlungsmandat formuliert relativ offen:

Mit dem Abkommen wird ein institutioneller Rahmen geschaffen werden, der eine wirksame Überwachung der Einhaltung der im Rahmen des Abkommens eingegangenen Verpflichtungen gewährleistet und der Förderung der schrittweisen Verwirklichung der Kompatibilität der Regulierungssysteme dient.

Das ergänzende Factsheet der Kommission zu dieser Frage spricht von der Einrichtung eines „Regulatory Cooperation Body.“ Lehrreich ist hier wieder der Entwurf des CETA Abkommens.

CETA sieht vor, dass in den verschiedenen Bereichen des Abkommens, also etwa für den Zoll, den Handel mit Gütern und Dienstleistungen oder das geistige Eigentum Committees eingerichtet werden sollen. Deren Aufgabe soll im Wesentlichen die Überwachung der Implementation und der Beratung sein. Sie können aber auch Vorschläge erarbeiten, wie das jeweilige Vertragskapitel erweitert werden könnte. Über diesen speziellen Committees soll es ein „Joint Committee“ geben.

### Article X.01: The CETA Joint Committee

The Parties hereby establish a CETA Joint Committee comprising representatives of the European Union, on the one hand, and representatives of Canada, on the other. The CETA Joint Committee shall be co-chaired by the Minister for International Trade of Canada and the Member of the European Commission responsible for Trade, or their respective designees. ...

The CETA Joint Committee may:

Das Komitee soll jeweils aus Vertretern der Exekutiven von EU und Kanada bestehen und im Konsens entscheiden. Diese Entscheidungen sollen verbindlich sein. Im Vertrag heißt es:

### Article X.03 Decision Making

The CETA Joint Committee shall, for the purpose of attaining the objectives of this Agreement, have the power to take decisions in respect of all matters in the cases provided by this Agreement.

**The decisions taken shall be binding on the Parties**, which shall take the measures necessary to implement the decisions taken. The CETA Joint Committee may also make appropriate recommendations.

The CETA Joint Committee shall make its decisions and recommendations by agreement between the Parties.

Das Joint Committee hat eine grundsätzliche Allzuständigkeit, aber nicht in allen Bereichen eine Entscheidungsbefugnis. Entscheidungsbefugnisse hat das Joint Committee in allen Bereichen, also mit Blick auf alle Regelungsmaterien, für welche der Vertrag dem Komitee eine Entscheidungsbefugnis einräumt. Dazu gehören die Befreiungstatbestände im Hinblick auf die Erhebung von Einfuhrzöllen (Art. 5 des Kapitels zu „National Treatment and Market Access for Goods“). Diese soll der Ausschuss genauso erweitern können wie die „Rules of Origin“ (Art. 34 des betreffenden Kapitels). Schließlich soll der Ausschuss darüber bestimmen können, welche weiteren Immaterialgüterrechte in das Abkommen einbezogen werden sollen (Art. X.03 des Investitionsschutzkapitels).<sup>5</sup> Entscheidungen, die das Joint Committee in diesen Fragen trifft, sind verbindlich für EU und damit auch die Mitgliedstaaten.

Es stellt sich die Frage, ob die Übertragung solcher Entscheidungsbefugnis mit dem Demokratieprinzip in Europa und den Nationalstaaten vereinbar ist. Zunächst betreffen die Entscheidungsbefugnisse, soweit das zu übersehen ist, nicht die Ausweitung der Regelungsbereiche, sondern im Wesentlichen die Details der grundsätzlichen Regelungen, die in den Anhängen bestimmt werden. Es handelt sich also um die Kompetenz, Ausführungsbestimmungen konsensual abzuändern. Ausführungsbestimmungen sind i.d.R. nicht Sache des Parlaments. Das heißt, mit demokratischen Grundsätzen ist es zunächst vereinbar, wenn der Exekutive sachlich begrenzte Regelungsbefugnisse übertragen werden, wenn die Exekutive gleichsam ermächtigt wird, Ausführungsbestimmung zu erlassen.

Die nationalstaatliche Exekutive ist, wenn sie untergesetzliches Recht setzt, demokratisch legitimiert, weil sie vom Parlament gewählt ist. Das gilt für die Kommission in abgeschwächter Weise, weil die EU auch in dieser Hinsicht überföderalisiert ist, was im Rahmen eines Staatenbundes von der h.M. akzeptiert wird. Hier werden aber Entscheidungen von einer Institution getroffen, die zur Hälfte – nämlich aus europäischer Perspektive zur kanadischen Hälfte – in keiner Weise demokratisch legitimiert ist. Könnte man das im Rahmen eines internationalen Vertrages noch hinnehmen, ist die Grenze jedoch spätestens überschritten, wenn diese Entscheidungen als verbindlich gegen die EU und die Mitgliedstaaten wirken.

Dort nämlich kann das Parlament nach demokratischen Grundsätzen im Zweifel administrative Entscheidungen der bezeichneten Art zurückholen - im guten Denglisch

---

<sup>5</sup> Fischher-Lescano/ Horst, Europa-- - und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA) - Juristisches Kurzgutachten im Auftrag von attac/München, S. 15.

overulen. Administrative Durchführungsverordnungen, die das Parlament - aus welchen Gründen auch immer - für falsch hält, kann es letztlich durch eine eigene gesetzliche Regelung außer Kraft setzen. Das geht nicht, wenn die Exekutive Recht setzt, das auch für das europäische und die nationalen Parlamente verbindlich ist und nicht abgeändert werden kann. Die Exekutive entzieht sich der demokratischen Kontrolle und der Reversibilität ihrer Entscheidungen. Das ist mit demokratischen Grundsätzen nicht vereinbar und beschneidet wieder einmal die Rechte der Parlamente, indem diejenigen der Exekutive erweitert werden.

#### **IV. Schiedsgerichtsverfahren im Freihandel**

##### **1. Überblick**

Intensiv wird diskutiert, dass CETA wie TTIP die Möglichkeit vorsehen (sollen), dass private Investoren vor einem speziellen Schiedsgericht die Staaten auf Schadensersatz verklagen können, wenn sie direkt oder indirekt enteignet werden. Zu klären sind die genaueren Umstände dieser Schiedsgerichtsverfahren in Abgrenzung zu bestehenden Streitschlichtungsverfahren. Im Überblick lässt sich feststellen, dass die WTO ein Streitschlichtungsverfahren (dispute settlement) zwischen Staaten kennt, aber keine Investitionsschutzklauseln und ein entsprechendes Schiedsgerichtsverfahren (arbitration) zwischen privaten Investoren und Staaten. Bilaterale Verträge enthalten dagegen oft auch Investitionsschutzklauseln. Es existiert ein spezielles Abkommen über Investitionsschutz aus dem Jahre 1965, nämlich das „Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten“ (ICSID-Konvention) mit dem das internationale Schiedsgericht für Investitionsstreitigkeiten (International Center for the Settlement of Investment Disputes – ICSID) etabliert wurde. Mit TTIP und CETA soll beides etabliert werden, die Streitschlichtung zwischen den beteiligten Staaten oder Parteien und mit dem Ziel des Investitionsschutzes ein Schiedsgerichtsverfahren zwischen Privaten und einem Staat. Um die Besonderheit von CETA und TTIP zu klären ist deren Schiedsgerichtsverfahren mit dem alten ICSID Verfahren zu vergleichen und zu bewerten.

Erinnert werden soll nur kurz, dass ein Investitionsschutzabkommen, nämlich das Multilaterale Abkommen über Investitionen, kurz MAI schon einmal auf den Weg gebracht worden war. Es scheiterte 1998 am Widerstand einer kritischen Bewegung und der ablehnenden Haltung Frankreichs. Nun wird der alte Hut in neuer Form wieder gehandelt.

## **2. Ziel: Schiedsgerichtsverfahren als Investorschutz**

Im Verhandlungsmandat für TTIP wird ausdrücklich formuliert, dass ein Investitionsschutzkapitel mit entsprechenden privaten Klagemöglichkeiten geschaffen werden soll. Es heißt dort: „Bei den Verhandlungen im Bereich der Investitionen wird das Ziel darin bestehen, auf der Grundlage des höchsten Liberalisierungsniveaus und der höchsten Schutzstandards, die die beiden Vertragsparteien bis dato ausgehandelt haben, Bestimmungen über die Liberalisierung und den Schutz von Investitionen einschließlich der Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investor und Staat auszuhandeln.“ Klar ist damit auch, dass ein Klagerecht von (privaten) Unternehmen gegen Staaten eingeführt werden soll. Dazu sollen Schiedsgerichte geschaffen werden, wozu die Verhandlungsführung der EU in folgender Weise mandatiert wird: „Das Abkommen sollte nach Möglichkeit einen wirksamen Mechanismus für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investor und Staat enthalten, ... Es sollte ein breites Spektrum von Schiedsgremien für Investoren vorgesehen werden, wie sie derzeit im Rahmen der bilateralen Investitionsabkommen der Mitgliedstaaten zur Verfügung stehen.“

Im Ceta Vertrag wird in Art. X.17 normiert, dass private Investoren ein Klagerecht gegen Staaten wegen Verletzung der Investitionsschutzartikel haben.

## **3. Verbot von direkter und indirekter Enteignung**

Investitionsschutz wird gegen indirekte und direkte Enteignungen gewährt. Staaten dürfen nur unter speziellen Voraussetzungen enteignen, und sind außerdem verpflichtet, eine „zügigen, adäquaten und effektiven Entschädigung“ zu zahlen. Das läuft im Zweifel auf den Wertersatz hinaus, den das GG nicht kennt. Gemäß Art. 14 Abs.3 GG muss bei Enteignungen zum Wohle der Allgemeinheit nur eine „angemessene Entschädigung“ gezahlt werden, die nach der Rechtsprechung des BVerfG unter dem Wertersatz liegen kann.

In Art. X 11. CETA heißt es: Neither Party may nationalize or expropriate a covered investment either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation. (hereinafter referred to as “expropriation”), except: (a) for a public purpose; (b) under due process of law; (c) in a non-discriminatory manner; and (d) against payment of prompt, adequate and effective compensation. “

Entsprechend lautet die Formulierung im TTIP Mandat: Zu gewähren ist „Schutz vor direkter und indirekter Enteignung, einschließlich des Rechts auf unverzügliche, angemessene und effektive Entschädigung.“

Es stellt sich die Frage: Was ist indirekte Enteignung?

CETA definiert im Annex zu Art. X.11: „Indirect expropriation occurs where a measure or series of measures of a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure.“

Unter indirekte Enteignung fallen also alle Maßnahmen, d.h. auch Gesetze, die mit Blick auf das Eigentum ähnliche Effekte haben wie die Enteignung, weil die Nutzungsmöglichkeiten verringert werden, ohne das Eigentum zu transferieren. Kurz: Indirekte Enteignung bedeutet jede Einschränkung der Möglichkeiten, Profit zu machen.

Entschieden werden soll aber von Fall zu Fall nach explizit benannten Kriterien, zu denen Folgende gehören: Nur negative Effekte auf den Wert einer Investitionen reichen nicht, um eine Enteignung anzunehmen. Es sind aber die vernünftigen Gewinnerwartungen der Investoren zu berücksichtigen.

Wörtlich: „the extent to which the measure or series of measures interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations.“

Was heißt das praktisch: Jede Gesetzgebung, die soziale Standards erhöht, etwa den Kündigungsschutz verbessert oder die Umlage für Sozialkassen anhebt, kann zunächst als indirekte Enteignung gelte. Das Gleiche lässt sich für Maßnahmen im Bereich des Umwelt- oder Gesundheitsschutz feststellen, wie etwa die Einführung neuer Grenzwerte oder Verschmutzungsabgaben oder die Pflicht zum Hinweis auf Gesundheitsgefahren. Das gilt zunächst auch für den Eigentumsschutz nach dem Grundgesetz, alle diese Maßnahmen bedeuten eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums und müssen gerechtfertigt werden, nach deutschem Verfassungsrecht am Ende verhältnismäßig sein. Auch nach den Formulierungen im CETA ist nicht jede Einschränkung unzulässig oder löst eine Entschädigungspflicht aus – nur dann, wenn sie den vernünftigen Gewinnerwartungen der Investoren widerspricht. Was darunter zu verstehen ist, wird in der Hand der

entscheidenden Gerichte liegen. Es kann sich jedenfalls im Ergebnis deutlich von den Vorgaben des GG unterscheiden.

Anders sind die Verfahrensvoraussetzungen nach der ICSID-Konvention. Dort heißt es in Art. 25 ICSID zu Gegenstand und Voraussetzung des Verfahrens:

„Die Zuständigkeit des Zentrums erstreckt sich auf alle unmittelbar mit einer Investition zusammenhängenden Rechtsstreitigkeiten zwischen einem Vertragsstaat (oder einer von diesem abhängigen Gebietskörperschaft oder Stelle, die er dem Zentrum benennt) einerseits und einem Angehörigen eines anderen Vertragsstaats andererseits, wenn die Parteien schriftlich eingewilligt haben, die Streitigkeiten dem Zentrum zu unterbreiten.“

Es geht also erstens nicht nur um indirekte Enteignungen und Entschädigungen, sondern umfassender um Streitigkeiten. Entscheidend ist aber zweitens, dass dem Investor, also Konzernen, nicht einfach ein Klagerecht eingeräumt wird, sondern Staat und Investor sich von Fall zu Fall darauf einigen, den Streit von dem Schiedsgericht klären zu lassen. Stimmt der Staat nicht zu, findet das Verfahren nicht statt, was bedeutet, dass der Konzern vor den jeweiligen nationalen Gerichten klagen muss.

Bis Mitte der achtziger Jahre war der Schlichtungsmechanismus des ICSID ausschließlich Bestandteil konkreter, einzelner Verträge. Es bedurfte also jedesmal einer vertraglichen Vereinbarung, in das Streitschlichtungsverfahren einzutreten. Inzwischen gibt es generelle Verpflichtung von Regierungen, sich bei Investitionsstreitigkeiten dem Schlichtungsmechanismus des ICSID zu unterwerfen, nämlich in über 2000 bilateralen Investitionsschutzabkommen (<http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/streitbeilegung/schiedsgericht/icsid/index.html> 16.9.14). Auch der CETA Vertrag nimmt auf die ICSID-Konvention Bezug. Das heißt die Freihandelsabkommen, darunter CETA und TTIP, machen die Anrufung eines Schiedsgerichtes zur verbindlichen Form der Lösung eines Rechtsstreits.

#### **4. Sondergericht für Konzerne**

CETA sieht nach Konsultation und Mediation als Möglichkeiten konsensualer Lösung das Schiedsgerichtsverfahren zwischen Investor und Staat vor, um die Frage zu klären, ob eine indirekte Enteignung unzulässig oder entschädigungspflichtig ist. Wer sitzt nun in diesen Schiedsgerichten und entscheidet solch wichtige Verfahren.

Nach Art. X 25 CETA bestimmen zunächst die Parteien die Richter, also Investor und Staat. Erzielen sie einen Konsens können sie die Entscheidung einem Einzelrichter

übertragen. Wenn nicht besteht das Gericht aus drei Richtern, wovon jede Partei einen wählt, der „neutrale“ Dritte muss wieder konsensual ernannt werden.

„Unless the disputing parties have agreed to appoint a sole arbitrator, the Tribunal shall comprise three arbitrators. One arbitrator shall be appointed by each of the disputing parties and the third, who will be the presiding arbitrator, shall be appointed by agreement of the disputing parties. If the disputing parties agree to appoint a sole arbitrator, the disputing parties shall seek to agree on the sole arbitrator.“

Die Richterernennung nach der ICSID-Konvention hat offenbar als Vorlage für das CETA Verfahren gedient. Art. 37 ICSID-Konvention bestimmt:

„Das Gericht besteht aus einem Einzelschiedsrichter oder einer ungeraden Anzahl von Schiedsrichtern, die entsprechend der Vereinbarung der Parteien ernannt werden. Können die Parteien sich nicht über die Anzahl der Schiedsrichter und die Art ihrer Ernennung einigen, so besteht das Gericht aus drei Schiedsrichtern, wobei jede Partei einen Schiedsrichterernennt und der dritte, der den Vorsitz im Gericht führt, im gegenseitigen Einvernehmen von den Parteien ernannt wird.“

Das heißt zunächst, dass CETA und TTIP ebenso wie die ICSID-Konvention Sondergerichte für Unternehmen installieren. Geklagt werden kann nicht nur vor den üblichen nationalen Gerichten, sondern vor speziellen, internationalen Gerichten. In der ICSID Konvention wurde immerhin eine spezielle vertragliche Vereinbarung verlangt. Das Sondergericht für Konzerne wird über Freihandelsabkommen allgemein. Dabei wird die Zusammensetzung des Gerichts zur Hälfte von den Parteien bestimmt.

Diese Regelung wirft verschiedene rechtsstaatliche Probleme auf: Die konsensuale Ernennung der Richter führt dazu, dass die Sondergerichte nicht dem Gebot des gesetzlichen Richters folgen. Die Richter sind im Zweifel gleichzeitig ihrem Mandatgeber und nicht dem Recht verpflichtet. Durch die Zusammensetzung des Gerichts kann der Ausgang des Verfahrens bestimmt werden. In Schiedsgerichtsverfahren, auf die man sich im Einzelfall verständigt, mag das noch vertretbar sein, weil man gleichsam eine gütliche Einigung anstrebt. Wenn aber so ein Verfahren gegen den Willen einer Partei eröffnet werden kann – und das ist hier immer nur der Staat – wird diese Form der Ernennung von Richtern rechtsstaatlich problematisch.



Sondergerichte widersprechen außerdem dem rechtsstaatlichen Gebot der Allgemeinheit des Gesetzes, die eine zentrale Errungenschaft des bürgerlichen Rechtsstaates gegenüber dem feudalen Privilegienrecht oder auch den NS-Sondergerichten darstellen. Sondergerichte widersprechen dem Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz, als einem wichtigen Prinzip des Rechtsstaates, das in Art. 3 Abs.1 GG formuliert ist. Die Konzerne können strategisch überlegen, bei welchem Gericht sie höhere Erfolgsaussichten haben und den entsprechenden Verfahrensweg wählen. Bei Schiedsverfahren, welche die Form gütlicher Einigungen haben, ist das hinnehmbar, insbesondere wenn die Entscheidungen nicht verbindlich sind. In Art. X.39 CETA ist ebenso wie in ICSID-Konvention eine solche bindende Wirkung normiert, was auch den ICSID Vertrag problematisch macht.

## **5. Sonderrecht für Konzerne**

Schließlich schafft CETA und TTIP ein Sonderrecht für Konzerne, nämlich das dort formulierte Freihandelsrecht. Die Entscheidung des Gerichts basiert auf Rechtsvorschriften; es kommt also darauf an, welche Normen anzuwenden sind.

Art. X 27 CETA bestimmt, dass das Schiedsgericht auf der Grundlage des Vertrages und seiner Auslegung zu entscheiden hat. Angewendet werden also nicht die nationalen Rechtsvorschriften, auch nicht das nationale Verfassungsrecht. Der Handels-Kommission, die mit CETA etabliert wird, kommt dabei das Recht zu einer für das Schiedsgericht bindende Auslegung des Vertrages zu.

„A Tribunal established under this Chapter shall render its decision consistent with this Agreement as interpreted in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties, and other rules and principles of international law applicable between the Parties. Where serious concerns arise as regards matters of interpretation that may affect investment, the Committee on Services and Investment may, pursuant to Article X.42(3)(a), recommend to the Trade Committee the adoption of interpretations of the Agreement. An interpretation adopted by the Trade Committee shall be binding on a Tribunal established under this Chapter. The Trade Committee may decide that an interpretation shall have binding effect from a specific date.“

Anders ist die Situation beim Verfahren vor dem ICSID. Grundlage dessen Entscheidung ist nämlich nicht der Vertrag selbst, sondern nach Art. 42 ICSID das nationale Recht oder spezifische zwischen den Parteien vereinbarten Normen, also etwa Europarecht oder ein von Konzern und Staat abgeschlossener Vertrag. (Das

macht den Atomausstieg durch vertragliche Vereinbarung der Regierung Schröder so problematisch.)

„Das Gericht entscheidet die Streitigkeit gemäß den von den Parteien vereinbarten Rechtsvorschriften. Liegt eine solche Vereinbarung nicht vor, so wendet das Gericht das Recht des Vertragsstaats, der Streitpartei ist, – einschließlich seines internationalen Privatrechts – sowie die einschlägigen Regeln des Völkerrechts an.“

Das Problem ist hier, dass nicht nur ein Sondergericht, sondern auch ein Sonderrecht für Konzerne geschaffen wird, das am Ende nationalen Rechtsvorschriften einschließlich der Verfassung vorgehen wird.

Nimmt man beispielsweise an, ein Konzern verklagt die BRD, weil sie schärfere Arbeitsschutzgesetze geschaffen hat, was europarechtlich zulässig wäre. Dann kann das Schiedsgericht entscheiden, dass die BRD damit gegen CETA verstößt, dem Bundestag also aufgeben, das Gesetz zu ändern. Das ginge auch dann, wenn das BVerfG ein solches Gesetz für unproblematisch vereinbar mit Art. 12 GG, also der Berufsfreiheit des Unternehmers halten würde. Der Freihandelsvertrag hat so Vorrang vor nationalem Recht, also vor Entscheidungen des demokratisch gewählten Gesetzgebers und spielt die Verfassung an den Rand.

CETA und TTIP gehen im Ergebnis deutlich über die ICSID-Konvention hinaus, weil eben nicht das nationale Recht Grundlage des Schiedsgerichtsverfahrens ist, sondern das Abkommen selbst. Das heißt nationales Recht wird an den Vorschriften des Abkommens gemessen. Widerspricht es, muss es möglicherweise geändert werden oder eine Entschädigung gezahlt werden. Die Privatgerichtsbarkeit gab es schon bei ICSID, aber sie ist deutlich beschränkter, weil sich die Parteien erstens von Fall zu Fall verständigen müssen, das Schiedsgericht zu akzeptieren und zweitens das nationale Recht die Rechtsgrundlage bildet.

Warum belässt man es nicht beim „normalen“ Weg zu den Instanzgerichten oder zum BVerfG, wenn man – wie bei ICSID – nationales Recht anwendet? Es handelt sich eben um Sonderrecht für Konzerne, weil eine Sondergerichtsbarkeit geschaffen wurde, die auch in der Fassung von ICSID problematisch ist.