

Dr. Siegfried Broß  
Dr. h.c. Universitas Islam Indonesia – UII - Yogyakarta  
Honorarprofessor an der Universität Freiburg im Breisgau  
Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D.  
Richter am Bundesgerichtshof a. D.  
Ehrevorsitzender der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe  
und der Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission e.V.

## **Überlegungen zur Problematik der geplanten Freihandelsabkommen der Europäischen Union mit den Vereinigten Staaten von Amerika und Kanada**

**Vortragsmanuskript für mehrere Vortragsveranstaltungen zu dem  
Thema, z.B. am 9. Mai 2015 beim 2. TTIP-NRW Konvent im  
Gemeindesaal der Ev. Marienkirche in Dortmund**

### A. Einführung

1. Seit einigen Monaten haben die lange Zeit vertraulich und vor der Öffentlichkeit verborgen geführten Verhandlungen der EU-Kommission mit Kanada und den Vereinigten Staaten von Amerika die Öffentlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland, zahlreichen Mitgliedstaaten der EU, aber auch Teile der Öffentlichkeit in Kanada und in den Vereinigten Staaten von Amerika aufgeschreckt und beunruhigt. Viele Menschen sind misstrauisch geworden und fühlen sich verunsichert.

Zunächst standen im Mittelpunkt der Aufregung und der einsetzenden öffentlichen Diskussion die so genannten Chlorhühnchen und die privaten Schiedsgerichte, die unter bestimmten Voraussetzungen ausländischen Investoren Klagemöglichkeiten gegen den jeweiligen anderen Vertragsstaat, in dem sie eine Investition getätigt haben, eröffnen.

Im Folgenden soll die Problematik der Freihandelsabkommen in einen größeren Zusammenhang gestellt werden. Nur so kann die Dimension dessen, was mit einem Abschluss der geplanten Abkommen mit Kanada (abgekürzt als CETA

bezeichnet) und den Vereinigten Staaten von Amerika (abgekürzt als TTIP bezeichnet) für die Vertragsstaaten, die ihnen anvertrauten Menschen und die nicht an diesen teilhabenden Staaten verbunden ist, sinnvoll und sachgerecht dargestellt und bewertet werden. Ich schließe mit den nachfolgenden Überlegungen an meine Abhandlung im Report Nr. 4 vom Januar 2015 der Hans Böckler Stiftung an. Zum Zeitpunkt von deren Abschluss Ende September 2014 waren mir noch keine Textteile des Abkommens mit Kanada bekannt.

Es wäre verfehlt, nunmehr den inzwischen bekannt gewordenen Textentwurf des Abkommens mit Kanada im Umfang von nicht weniger als etwa 1600 Seiten im Einzelnen zu würdigen. Jeder erfahrene mit der Gestaltung von Verträgen vertraute Jurist weiß, dass der Umfang nicht Ausdruck besonders sorgfältiger Arbeit sein muss und auch keine Gewähr gegen Unklarheiten und gegen Meinungsverschiedenheiten bietet, sondern daß im Gegenteil erst recht Streitpotenzial "angelegt und versteckt" werden kann. Die geplanten Vereinbarungen umfassen mehr als 40 Teilbereiche. Für die Aufhellung der Problematik der Freihandelsabkommen genügt es, einige strukturell auffällige Regelungen aufzugreifen und die hiermit verbundenen Dimensionen in völkerrechtlicher, national-verfassungsrechtlicher und in europarechtlicher Hinsicht aufzuzeigen und näher zu beleuchten. Diese Vorgehensweise ist auch deshalb gerechtfertigt, weil das einzelne Individuum keinen Anspruch auf eine bestimmte Politik hat. Das Demokratieprinzip hat für die politische Gestaltung des Gemeinwesens bestimmte Formen vorgesehen. Vor allem ist es nicht angängig, die repräsentative Demokratie durch substantielle Mitwirkungsformen der direkten Demokratie zu relativieren und letztlich zu schwächen. Dem gilt es, im Hinblick auf die geplante regulatorische Zusammenarbeit zwischen den Vertragsstaaten und geplanten "Expertengremien" zur Vorprägung der Gesetzgebung in den Vertragsstaaten eine kritische Aufmerksamkeit zu schenken.

2. In diesem Zusammenhang ist es unumgänglich, fortwährend gleichsam das globale Umfeld und Klima mit in die Betrachtung einzubeziehen, in die solche Freihandelsabkommen eingebettet sind. Nach meiner Beobachtung dieser "Szene" über viele Jahre sind die zentralen Probleme nicht in den Blickpunkt jedenfalls der Rechtswissenschaft und eines Teils der Medien wie auch der interessierten Öffentlichkeit gelangt. Andererseits ist es den an der Entwicklung

des Freihandels der hier in Rede stehenden Prägung einschließlich der Etablierung einer privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit interessierten Kreisen etwa auch durch spezielle Fachzeitschriften gelungen, dass Terrain fortwährend zu entwickeln und zu festigen. Einzelheiten hierzu ergeben sich aus dem genannten Report Nr. 4.

Zentraler Bestandteil in Bezug auf Umfeld und Klima ist als Hauptargument das Schaffen von Arbeitsplätzen in beträchtlicher Zahl in der EU und jenseits des Atlantiks wie auch eine in ihrer Ausweitung beträchtliche Wirtschaftsentwicklung. Gleichsam als "Drohpotenzial" wird für den Fall des Scheiterns der Abkommen, vor allem dem mit den Vereinigten Staaten, auf deren Hinwendung etwa zur Volksrepublik China verwiesen. Um mit dem letzteren Argument zu beginnen: Ein solcher Schritt hätte eine nicht überschaubare geostrategische Bedeutung etwa im Verhältnis zu Indien oder Russland. Naheliegender steuert sachgerechte und vernünftige Politik unter Beachtung der rechtlichen, vor allem der verfassungsrechtlichen Vorgaben der jeweiligen Vertragsstaaten, die Wirtschaft und nicht die Wirtschaft mit innerhalb durchaus entgegengesetzten rein finanziellen Interessen einzelner übergewichtiger Teilnehmer die Politik.

Im Übrigen bestehen schon seit Jahrzehnten intensive Wirtschaftsbeziehungen zwischen vielen Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit den Vereinigten Staaten von Amerika und Kanada. Nach einem Bericht der Süddeutschen Zeitung vom 21./22. März 2015 (Nr. 67, S.1) ergibt sich, dass die Exporte der EU in die USA in den Jahren 2010 bis 2012 konstant von 242,3 Milliarden € auf 291,8 Milliarden € und der Anteil der Bundesrepublik Deutschland in diesem Zeitraum von 65,6 auf 86,8 Milliarden € angestiegen sind. Entgegen dem von den Befürwortern unreflektiert erzeugten Eindruck beginnen die Wirtschaftsbeziehungen mit dem Abschluss der Freihandelsabkommen nicht bei Null, sondern sind durch zum Teil jahrzehntelange Kontakte und wechselseitige Investitionen schon abgestützt und verstetigt.

3. Was das Schaffen neuer Arbeitsplätze in beträchtlicher Zahl betrifft, ist auch dieses Argument nicht stichhaltig. In Bezug auf die geplanten Freihandelsabkommen handelt es sich um Hoffnungen und Erwartungen. Von daher steht keine belastbare oder in irgendeiner Hinsicht verlässliche Grundlage zur Verfügung. Allerdings kann man eine Anleihe bei früheren vergleichbaren

Staatenverbindungen nehmen. So ist in diesem Zusammenhang auf europäischer Ebene etwa die Vollendung des Binnenmarkts zum 1. Januar 1993 zu betrachten. Die Vollendung des europäischen Binnenmarktes hatte die Wirkung von bilateralen Freihandelsabkommen zwischen den damaligen Vertragsstaaten der Europäischen Gemeinschaft, sonach ein Bündel. Es wurden keineswegs die prognostizierten und den Menschen innerhalb der Gemeinschaft (mit dem damals schon bestehenden Wohlstandsgefälle) verheißenen 100 tausenden neuen Beschäftigungsverhältnissen geschaffen, sondern im Gegenteil in etwa dieser Größenordnung mit steigender Tendenz vernichtet. Dieser Zeitpunkt markiert maßgeblich den Beginn von Lohndumping und prekären Arbeitsverhältnissen mit inzwischen rund 30 Millionen Menschen ohne Arbeit oder regulären Arbeitsverhältnissen innerhalb der Europäischen Union und hinsichtlich der prekären Arbeitsverhältnisse allein in Deutschland von 7 Millionen, und dass bei Quoten von Jugendlichen ohne Arbeit in einzelnen Mitgliedstaaten von weit über 25 %. Vor Jahren habe ich die Entwicklung des Arbeitsmarktes in Deutschland anhand der statistischen Jahrbücher für die Bundesrepublik Deutschland von 1971 bis Mai 2003 untersucht. Die Arbeitslosigkeit hat auch nach der Vereinigung beider deutschen Staaten mit einem neuen erheblich vergrößerten Binnenmarkt konstant zugenommen und nach der Vollendung des Binnenmarkts zum 1. Januar 1993 neue Höchststände erreicht.

Eine der Ursachen für diesen Befund ist z.B. die Privatisierung öffentlicher Infrastruktur, die mit der Schaffung der genannten Binnenmärkte einherging und nach den geplanten Freihandelsabkommen auch Beachtung finden soll. Es macht allerdings keinen Sinn, staatliche Monopole durch private Monopole oder Äquivalente wie Oligopole oder Kartelle zu ersetzen. Auf diese Weise verschlechtern die Vertragsstaaten ihre Standortbedingungen, weil nicht mehr Regierung und Gesetzgeber entsprechend dem Demokratieprinzip diese bestimmen, sondern die Staaten sich vom Wohlwollen der Wirtschaftsunternehmen in den privatisierten Bereichen der Infrastruktur (Verkehrsleistungen, Energie, Wasser wie auch Krankenversorgung und Bildung) abhängig machen. Diese Fehlleistungen der Politik auf EU-Ebene werden hinsichtlich der Einführung des Euro und der Gründung der Eurozone unübersehbar: Die Abhängigkeit von intransparenten Ratingagenturen außerhalb der staatlichen Institutionen der EU und überdies ohne rechtsstaatlich-

demokratische Kontrolle. Funktionell sind die privaten Schiedsgerichte derselben Kategorie wie die Ratingagenturen zuzuordnen.

4. Kanada und die Vereinigten Staaten haben sogar einschlägige Erfahrungen mit einem Freihandelsabkommen, wie es hier in Rede steht. Es handelt sich um das Freihandelsabkommen mit Mexiko (abgekürzt als NAFTA bezeichnet). Nach verschiedenen Quellen (siehe hierzu Report Nr. 4 S. 7 f.) hat dieses 1994 abgeschlossene Vertragswerk keineswegs die vom seinerzeitigen Präsidenten der Vereinigten Staaten, Bill Clinton, versprochenen 5,9 Millionen neuen Arbeitsplätze geschaffen. Ob und in welchem Umfang Arbeitsplätze in den Vereinigten Staaten verloren gegangen sind, ist zwischen den Wissenschaftlern der verschiedensten Richtungen nahe liegend umstritten. Jedenfalls ist aber in Mexiko eine Besorgnis erregende Destabilisierung der staatlichen Ordnung in den Folgejahren zu beobachten, die ebenfalls darauf schließen lässt, dass Mexiko hinsichtlich der Beschäftigung von Jugendlichen und Erwachsenen von diesem Abkommen keine positiven Impulse erfahren hat. Gewachsen ist hingegen in den letzten Jahren in beträchtlichem Umfang der Markt mit Drogen.

Gerade die Erfahrungen der Vertragsstaaten des NAFTA- Abkommens bestätigen die früheren in Deutschland nach der Vereinigung und auf europäischer Ebene nach der Vollendung des Binnenmarkts. Zahlreiche Wirtschaftsunternehmen haben Vermeidungs- und Umgehungsstrategien entwickelt und mit dem Instrument des Lohndumpings neue Betriebsstätten in Regionen außerhalb aufgebaut, so etwa in Europa in Staaten des ehemaligen Ostblocks oder von den USA und Kanada aus gesehen in Mittel- und Südamerika (z.B. Haiti oder Dominikanische Republik, aus beiden Regionen auch in Asien mit den menschenunwürdigen Arbeitsbedingungen mit zahlreichen Toten).

5. Hinzu kommen etwa auch Steuersparmodelle, die durch die Internationalisierung der EU eher begünstigt werden und auch von Vertragsstaaten entgegen dem Geist der Verträge – wie innerhalb der Europäischen Integration genügend bekannt – rücksichtslos zum Schaden der anderen Vertragsstaaten entwickelt worden sind und vermutlich auch unter Geltung künftiger Freihandelsabkommen und der Bildung weiterer Binnenmärkte nicht verhindert werden. Auch hierdurch werden keine neuen Arbeitsplätze geschaffen, sondern fortwährend bestehende vernichtet.

## B. Einzelheiten

Vor dem beschriebenen Hintergrund sind nachfolgend zwei Ebenen zu untersuchen. Mit Freihandelsabkommen der hier in Rede stehenden Art wird wegen der Breite und der Tiefe der geplanten Vereinbarungen und Institutionen bis hin zu einer regulatorischen Zusammenarbeit der Vertragsstaaten eine Staatenverbindung geschaffen. Es geht also nicht mehr allein um den Abbau von wechselseitigen Hemmnissen in den Wirtschafts- und Handelsbeziehungen, sondern um die Schaffung eines Binnenmarktes mit institutionellen Strukturen, wie sie Staatenverbindungen eigen ist. Eine solche Zusammenarbeit ist einem föderalistischen Staatswesen wie den Vereinigten Staaten von Amerika und etwa der Bundesrepublik Deutschland fremd, aber auch der EU; denn auch dort sind die Kompetenzräume zwischen der Integrationsebene und den Mitgliedstaaten getrennt. Für die Bundesrepublik Deutschland stellt sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit sonach nicht nur unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung des Demokratieprinzips, sondern grundsätzlich, dass das Grundgesetz keine Handhabe für den Eintritt in eine Staatenverbindung der hier geplanten Art bietet und mit Rücksicht darauf für die europäische Integration durch Änderung des Grundgesetzes Art. 23 mit detaillierten Vorgaben neu gefasst wurde.

Nachfolgend wird deshalb zunächst die Makroebene (I.), anschließend die Mikroebene (II.) und schließlich die Verfassungsrechtslage (III.) beleuchtet.

### I. Makroebene

1a. In Anbetracht der Größe des angestrebten Binnenmarkts zwischen der EU und den Vereinigten Staaten – aber auch des Binnenmarkts mit Kanada, der mit in die Betrachtung einbezogen werden muss – ist es geboten, schon bestehende Staatenverbindungen, die weit ausgreifen, mit in den Blick zu nehmen. Mit Staatenverbindungen in dem hier angestrebten Umfang ist nahe liegend eine Blockbildung verbunden. Nicht an dieser Staatenverbindung teilhabende andere

Staaten sind zunächst diskriminiert. Es kommt allerdings ein anderes Problem hinzu.

Weltumspannend bilden die Vereinten Nationen gleichsam die oberste Ebene im politischen Miteinander der Staaten, rund 190. Die Unzulänglichkeiten dieser staatlichen Organisation zur Sicherstellung des friedlichen Zusammenlebens der Völker sind hinlänglich bekannt und aktualisieren sich bedrückend fortlaufend und während der letzten Jahre zunehmend. In der Erkenntnis, dass der internationale Warenaustausch und umfassende Handels- und Wirtschaftsbeziehungen friedensstiftende und friedenssichernde Wirkung haben, stützen weltumspannende Organisationen wie WTO, IWF und Weltbank auf einer darunter liegenden Ebene die weltumspannende politische der Vereinten Nationen. Demgemäß besteht heute in dieser Hinsicht nicht gleichsam ein "luftleerer Raum", sondern es sind weltweit im Gefolge dessen zahlreiche bi- und multilaterale Verträge etwa über den Abbau von Zollschränken und Handelskontingenten in Kraft.

Es besteht sonach schon ein weltweit wirksames Mehrebenensystem, innerhalb dessen sich eine Ebene tiefer im Verhältnis zu den beiden zuvor genannten sich die hier angestrebte Staatenverbindung etablieren möchte. Das hätte zunächst zur Folge, dass die Ebene von WTO und den anderen Organisationen dieser Ebene und rückgekoppelt die oberste Ebene der Vereinten Nationen jedenfalls nicht gestärkt und Abstimmung und Koordinierung der Ebenen weltweit schwieriger werden und kaum mehr zu handhaben sind. Durch die fortwährende Neubildung von Staatenverbindungen entstehen Teilidentitäten. Es handelt sich hierbei um ein Problem der Abstimmung und Koordinierung zwischen Staaten der verschiedenen Ebenen im Verkehr der Staaten miteinander, weil nicht alle Staaten der EU neben der dann entstehenden Staatenverbindung Partner identischer vertraglicher Bindungen mit Drittstaaten wie andere Mitgliedstaaten sind. Zudem würden sich reichlich unübersichtliche Abstimmungsprobleme zwischen der von den Staatenverbindungen neu geschaffenen autonomen Rechtsordnungen und dem WTO-Recht ergeben, wie Tietje zu Recht bemerkt (FAZ Nr. 49 v. 27.2.2015 S. 12).

Diese Problematik kann man allerdings an einem aktuellen Beispiel verdeutlichen: Die europäische Patentorganisation hat 38 Mitgliedstaaten, die – soweit

ersichtlich – alle die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten anerkannt haben. Hingegen sind von diesen nur 28 Mitgliedstaaten der EU, so dass sich hier schon Probleme hinsichtlich der Teilidentitäten ergeben. Diese Problemlage wird zwangsläufig verschärft, wenn die EU der Konvention beitrifft und es so zu einer Verdoppelung der Mitgliedschaft über die Mitgliedstaaten kommt. Der Sinn solcher Vervielfältigungen im Völkerrechtsverkehr erschließt sich nicht und der Europäische Gerichtshof in Luxemburg hat in einem Gutachten hierzu zu Recht Vorbehalte angemeldet (C 2/13 v. 18.12.2014), auch wenn das zentrale Problem so nicht gesehen wurde (hierzu schon grundlegend Broß, VerwArch 92 (2001), S. 425 ff.).

Des Weiteren ist zu bedenken, dass durch eine solche Staatenverbindung auch Risiken entstehen, die sich über das Vertragsgebiet hinaus auswirken können, wenn es um so genannte systemrelevante Wirtschaftsakteure geht, wie die weltweite Finanzmarktkrise einschließlich der Krise der Eurozone ins allgemeine Bewusstsein gerückt hat.

Vor diesem Hintergrund ist es unumgänglich, die Frage zu stellen, worin der "Mehrwert" der angestrebten Staatenverbindungen bestehen soll und warum nicht alle erdenklichen Anstrengungen unternommen werden, WTO, IWF und Weltbank unter Einbeziehung möglichst vieler Staaten weltweit weiterzuentwickeln und zu stärken. Immerhin wurde vermeldet, dass der Weltbankchef schwere Fehler von deren Politik zugegeben habe (Südd. Zeitung Nr. 54 vom 6. März 2015, S. 1).

b. Was den "Mehrwert" der geplanten Abkommen betrifft, ist eine umfangreiche Stellungnahme von Tietje "Lassen wir so etwas ins europäische Haus? – Über TTIP, das geplante Freihandelsabkommen zwischen Europäischer Union und Vereinigten Staaten, sind die wildesten Gerüchte im Umlauf. Die Wahrheit über Voraussetzungen und Folgen sieht ganz anders aus (FAZ Nr. 49 vom 27.2.2015, S. 12), aufschlussreich. Sie stützt die hier entwickelten Bedenken nachdrücklich.

In diesem Zusammenhang sind vor allem die folgenden Ausführungen fest zu halten:

"Ein bilaterales Abkommen kann rechtlich nicht die Rechtspositionen beeinträchtigen, die ein multilateraler Vertrag wie das WTO-Übereinkommen gewährt.

Es liegt damit auf der Hand, dass TTIP einen Zuwachs an Handelsliberalisierung gegenüber dem WTO-Recht bieten muss. Einige Verhandlungsgegenstände sind von ökonomischer Bedeutung, andere eher von gesellschaftspolitischer. Diese offensichtliche Feststellung erklärt aber noch nicht die Schwierigkeiten. Es ist vielmehr der strukturelle Unterschied einer so umfassend geplanten Regelung wie TTIP im Verhältnis zu klassischen Handelsabkommen, der die Komplexität begründet. Frühere Handelsabkommen betrafen ausschließlich Regelungen zur Nichtdiskriminierung und zum Marktzugang in der Form von Zöllen und anderen Einfuhrbeschränkungen....

Dieses einfache und über Jahrhunderte erfolgreich praktizierte Austauschverhältnis funktioniert heute nicht mehr. Der reine Marktzugang spielt nur noch eine kleine Rolle, da kaum mehr signifikante Zölle existieren. Das eigentliche Problem der resultierenden Abkehr vom reinen Austausch von Marktzugangszugeständnissen besteht darin, dass sich die heute relevanten Handelshemmnisse strukturell als innerstaatliche Regulierungen darstellen...."

Hiermit werden die hinter den geplanten Freihandelsabkommen stehenden wirklichen Absichten deutlich: Es kann keine Rede davon sein, dass der Welthandel auf der Grundlage der bestehenden völkerrechtlichen Vertragswerke in WTO sowie bi- und multilateralen Handelsabkommen nicht funktioniert. Gerade die Ausweitung des Volumens des Güteraustausches zwischen der EU und den USA belegt das überzeugend. Es geht um nachdrücklichen Einfluss der Wirtschaftsteilnehmer der Vertragsstaaten über die regulatorische Zusammenarbeit und "Expertengruppen" auf die Gesetzgebung der Vertragsstaaten und damit um die Umgestaltung der Gesellschaft und der Wirtschaftsordnung. Das machen die Ausführungen von Tietje zum Investorschutz (aaO), auf den nachfolgend unter II. einzugehen ist, ebenfalls deutlich. Man muss deshalb festhalten, dass die nicht den Marktzugang und die Nichtdiskriminierung ausländischer Wirtschaftsteilnehmer betreffenden

Regelungen eine das Demokratieprinzip aushöhlende überschießende Tendenz aufweisen. Sie finden weder im EU-Recht noch etwa im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland eine Grundlage; sie widersprüchen zudem den Grundregeln eines föderalistischen Staatswesens, wie es auch die Vereinigten Staaten von Amerika sind. Auch dort sind die Kompetenzräume zwischen dem Zentralstaat und den Einzelstaaten getrennt und es ist nicht vorgesehen, dass diese Trennung durch eine das Demokratieprinzip verletzende regulatorische Zusammenarbeit überspielt wird.

Das Argument, vergleichbare Regelungen seien schon im WTO-Recht angesiedelt, geht fehl. Der Maßstab ergibt sich nicht aus dem WTO-Recht, das insofern seinerseits schon im Widerspruch etwa zur Verfassung der Bundesrepublik Deutschland und der EU steht, sondern aus der nationalen Verfassung und dem EU- Recht. Weder die EU noch die Bundesrepublik Deutschland dürfen aber hiernach völkerrechtliche Bindungen eingehen, für die eine verfassungsrechtliche Ermächtigung fehlt.

c. Die Ausführungen von Tietje weisen allerdings auf eine weitere grundlegende Problematik hin, die mit Freihandelsabkommen der hier geplanten Breite und Tiefe verbunden ist. Es handelt sich um das "Kulturproblem". Hierbei geht es nicht um die schönen Künste, sondern darum, wie ein Staat und seine Gesellschaft den einzelnen Menschen und das gesellschaftliche Zusammenleben verstehen und praktizieren. Es ist keineswegs neu und es geht hierbei um grundlegende Fehlvorstellungen, dass verschiedene Kulturen durch möglichst umfangreiche Regelungswerke zusammengeführt werden könnten. Die Menschen und die Gesellschaften reagieren zunächst entsprechend dem eigenen Erleben und dieses wiederum ist von der historischen Entwicklung einer Gesellschaft geprägt. Die rechtsstaatliche Demokratie diesseits und jenseits des Atlantiks ist in ihren Grundlinien vergleichbar, aber nicht identisch. Im Hinblick darauf verbieten sich die geplante regulatorische Zusammenarbeit und die Vorprägung der Gesetzgebung durch gemischte "Expertengruppen" der Vertragsstaaten solcher Freihandelsabkommen. Wie unterschiedlich die insoweit maßgeblichen Kulturen sind, wird schon an dem Kampf der Republikaner in den Vereinigten Staaten

gegen eine allgemeine Krankenversicherung bis hin zum polizeilichen Schusswaffengebrauch deutlich.

Allerdings gemahnen schon die Erfahrungen bei der europäischen Integration mit erheblichen Kulturunterschieden zwischen den Vertragsstaaten zur Zurückhaltung. Man denke nur an die unterschiedlichen Auswirkungen, aber auch Schaffung der Ursachen, der Finanzmarkt- und Euro-Krise bis hin zu den gewaltigen Verwerfungen des Haushalts von Griechenland. Es ist über die Jahr zehnte eine Funktionselite herangewachsen, die von allem nur den Preis und den eigenen Vorteil und von nichts den Wert kennt. Auf diese Weise haben Wettbewerb und Ökonomie einen für einen demokratischen Rechtsstaat nicht hinnehmbaren Einfluss gewonnen, der durch die geplanten Freihandelsabkommen verstärkt und dadurch das Gefährdungspotenzial für alle teilhabenden Staaten vergrößern würde. Zu erinnern ist etwa in diesem Zusammenhang an die rücksichtslose und im Widerspruch zum Geist der europäischen Verträge – "Solidarität der Mitglieder" – stehende Steuerpolitik einiger Mitgliedstaaten, vor allem von Luxemburg, mit Milliarden-Schäden zum Nachteil der Menschen EU-weit. Unterschiedliche Kulturen kommen aber auch auf andere Weise zum Tragen. So behandelt etwa Schoepp (Mediterraner Kapitalismus. Die Ökonomie in Europas Süden hat ihre eigenen Gesetze. Sie wird geprägt von Familien und Clans – und ist längst nicht so produktiv wie die Wirtschaft des Nordens. Aber gerade in der Krise können wir uns dort einiges anschauen, Südd. Zeitung Nr. 61 vom 14./15. März 2015, S. 26) einen Aspekt der unterschiedlichen Kulturen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Die damit verbundenen Vorstellungen finden Eingang in die Gesetzgebung und die Gestaltung der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung und müssen deshalb ausländischen Einflüssen verschlossen bleiben. Das hat nichts mit Abneigung oder gar feindseliger Einstellung gegenüber Staaten zu tun. Vielmehr ist eine solche Konturierung unabdingbar, damit ein solches Vorhaben von Freihandelsabkommen überhaupt gelingen kann. Die Menschen sind nicht der Ökonomie untergeordnet. Die Ökonomie muss sich an den Menschen und den Gesellschaften orientieren und darf nicht die Grundlagen einer stabilen Gesellschaft und eines geordneten Staatswesens untergraben.

In diesem Zusammenhang sollte zu denken geben, dass die Weltbank in einer eigenen Studie 2005 zu dem Ergebnis gekommen ist, dass 25 Staaten vor dem Zusammenbruch stehen gegenüber 15 während der 10 Jahre zuvor. Damals bestanden schon neben einer umfassenden WTO-Ordnung zahllose bi- und multinationale Freihandelsabkommen – wie das eingangs erwähnte NAFTA-Abkommen –, so dass die bisher vereinbarten und entwickelten offenbar wenig hilfreich sind.

d. Zudem ist auf beiden Seiten des Atlantiks eine Funktionselite herangewachsen, die von allem nur den Preis und den eigenen Vorteil und von nichts den Wert kennt. Die Dominanz von Wettbewerb und Ökonomie über das Recht und die Menschen hat die Staaten in eine Schiefelage gebracht. Diese wird durch das Kulturproblem verschärft und damit werden Demokratie und Rechtsstaat noch mehr gefährdet. So verdient etwa Zielcke Zustimmung mit seiner Feststellung: "Sieg über das Gesetz. Was hat das Abkommen zum Investitionsschutz zwischen den USA und Europa mit der Amputation der Ukraine zu tun? Oder mit der Überwachung der NSA? Die neue Weltordnung entstellt das Recht und hebelt die Demokratie aus." (Südd. Zeitung Nr. 100 vom 2. Mai 2014, S. 11). Er fährt fort: "Zweck der Abkommen ist es ja nicht, den Investor vor entschädigungsloser Enteignung zu schützen; dazu bedürfte es keines Vertrages, das versteht sich in einem Rechtsstaat von selbst. In erster Linie soll er vielmehr geschützt werden vor geänderten rechtlichen Rahmenbedingungen, die den Wert seiner Anlage mindern. Das aber bedeutet, dass sich der vertragschließende Staat seiner gesetzgeberischen Freiheit und gesellschaftlichen Verantwortung begibt – vor allem auf den besonders empfindlichen Gebieten des Arbeits-, Verbraucher- und Umweltschutzes. Denn das sind die Politikbereiche, die die Profitabilität von Kapitalanlagen am ehesten tangieren...".

Gerade was die Struktur des Arbeitslebens, des Verbraucher- und Umweltschutzes anbetrifft, würde sich das Kulturproblem ganz erheblich auswirken. Es geht nämlich hierbei vor allem um die Stellung des einzelnen Individuums in Staat und Gesellschaft, die Sicht von Staat und Gesellschaft in Richtung der Menschen und der Menschen untereinander. Wenn man nur den Kampf der Republikaner in den Vereinigten Staaten gegen eine allgemeine

Krankenversicherung betrachtet, wird die Problemlage deutlich und man braucht keine große Vorstellungsgabe, sich das jeweilige Engagement im Streitfall auszumalen. Die verschiedenen Kulturkreise können nicht durch normative Regelungen in Übereinstimmung gebracht werden und deshalb verbieten sich in Freihandelsabkommen alle Regelungen und Strukturen, die der Einwirkung auf die Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung der Vertragsstaaten die Tür öffnen.

## II. Microebene

Die nachfolgenden Erörterungen beschränken sich auf die Organisation der Schiedsgerichte und die Ausgestaltung des Investorschutzes, die regulatorische Zusammenarbeit wie auch die vorgesehenen "Expertengruppen" in einzelnen Regelungsbereichen. Es handelt sich hierbei um die drei mir wichtigen Regelungsbereiche und Strukturkomplexe der geplanten Freihandelsabkommen, die im Widerspruch zu rechtsstaatlicher Demokratie, den Grundlagen des Völkerrechts wie auch allgemeinen Rechtsgrundsätzen stehen.

Auf einer übergeordneten Ebene stehen der Investorschutz und die privat organisierten Schiedsgerichte, die regulatorische Zusammenarbeit zwischen Staaten und die zur Vorprägung der Gesetzgebung beabsichtigten "Expertengruppen" in einem engen Zusammenhang. Der Investorschutz soll dem Schutz von Anlagen ausländischer Unternehmen dienen, weil der Sitzstaat keine geordnete Gerichtsbarkeit habe. Zudem wird in diesem Zusammenhang auch Korruption von staatlicher Seite ins Feld geführt (hierzu etwa Tietje, FAZ Nr. 49, S. 12). Des weiteren wird auch für Staaten, die nachweisbar rechtsstaatliche Demokratien sind, lückenhafter Grundrechtsschutz für ausländische juristische Personen ins Feld geführt. Nach dieser Lesart würden unzutreffend hierunter auch etwa die Bundesrepublik Deutschland, die EU wie auch die Vereinigten Staaten von Amerika und Kanada fallen. Das überrascht; denn das Rechtsstaatsprinzip schützt ungeachtet der Ausgestaltung der Grundrechte im einzelnen gegen Willkür und gegen entschädigungslose Enteignung. Art. 14 Abs. 1 GG ist ferner kein auf deutsche Staatsangehörige beschränktes Grundrecht, sondern hat eine Institutsgarantie zum Gegenstand. Sie schützt selbstverständlich auch ausländische Unternehmen in Deutschland. Das hat

nichts mit Art. 19 Abs. 3 GG zu tun, weil die Einordnung in das Rechtsstaatsprinzip übergeordnet ist.

Zudem liegt hierin ein großer Denkfehler: Da nicht erst das Investorschutz- und Freihandelsabkommen auf ein Diskriminierungsverbot angelegt sind, sondern sich dies schon aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip und allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt (Willkürverbot), besteht schon von vornherein das Gebot der Gleichbehandlung auch hinsichtlich der einzelnen grundrechtlichen Gewährleistungen. Dieses wird durch die Überlagerung durch die WTO - Rechtsordnung verstärkt. Eine weitere gedankliche Fehlleistung ergibt sich daraus, dass auf der einfachen Gesetzesebene statt dieser Klauseln und privaten Schiedsgerichten der Grundrechtsschutz auf ausländische juristische Personen erstreckt werden kann. Die Grundrechte sind keine Sperren, wenn die Individualrechtsposition erweitert wird. Hierfür mag der Hinweis auf die frühere nur einfachrechtliche Eröffnung der Verfassungsbeschwerde in § 90 BVerfGG genügend.

Fehlvorstellungen in dieser Hinsicht waren schon ursächlich für das – soweit ersichtlich – erste Investorschutzabkommen, das geschlossen worden ist. Allerdings war die Ausgestaltung 1959 in dem zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan ausgehandelten Vertrag dem damit verfolgten Ziel, Rechtsstaat und Demokratie zu stärken, abträglich. Zunächst leuchtet es nicht ein, dass ausländische Investoren gegenüber einheimischen eine Vorzugsstellung einnehmen sollen. So werden Rechtsstaat und Demokratie nicht gestärkt, sondern die ihnen entgegenstehenden Strukturen und die sie umfassende "Kultur" bewahrt und perpetuiert. Dieser Effekt wird durch die Einrichtung einer privaten Schiedsgerichtsbarkeit verstärkt. Es fällt auf, dass in einem gedanklichen Kurzschluss die Lösung in einer privaten Schiedsgerichtsbarkeit gesucht und nicht ein Staatsschiedsgericht eingerichtet wurde. Ein auf der Staatsebene angesiedeltes Gericht bietet nahe liegend die Möglichkeit, die rechtsstaatliche Demokratie des insoweit beargwöhnten Vertragspartners zu beeinflussen und damit zu entwickeln und zu stärken. Auf diese Weise ist es möglich, auch Korruption zurückzudrängen. Mit der Installierung eines privaten Schiedsgerichts macht man sich nämlich die Vorstellungen der anderen "Kultur" zu eigen, gegen die der Schutz durch ein

privates Schiedsgericht gesucht wird. Der Einfluss in rechtsstaatlich-demokratischer Hinsicht gelingt nur über institutionelle und auf Dauer angelegte Gerichtsbarkeit und nicht durch ad hoc beliebig gebildete "Gerichte". Zudem wird schon durch ein solches Investorschutzabkommen eine autonome Rechtsordnung geschaffen, die parlamentarischer Kontrolle generell, hinsichtlich der privaten Schiedsgerichte aber auch dahingehend entzogen ist, ob der demokratisch gebildete Wille des Gesetzgebers noch gewahrt ist. Auf diese Weise wird das demokratische Prinzip ausgehöhlt und deshalb werden die Wirkkräfte gestärkt, gegen die man sich schützen möchte.

Ein weiteres kommt hinzu. Seit Jahrzehnten ist die Bundesrepublik Deutschland lobenswert tätig, durch entsprechende Organisationen, unter Einbeziehung der Gerichte und etwa politischer und anderer Stiftungen Demokratie und Rechtsstaat in vielen Ländern zu begleiten und auf diese Weise zu fördern. Demokratie und Rechtsstaat können aber nur durch transparente Strukturen und offene staatliche Institutionen entwickelt und aufrechterhalten werden. Anders vermögen die Menschen gerade in den hier in Rede stehenden Ländern kein Vertrauen in die Staatsgewalt entwickeln. So kann man die als bedenklich beurteilte "Kultur" nie ändern, wenn man nicht bereit ist, dem entgegengesetzte Strukturen zu entwickeln.

Was die regulatorische Zusammenarbeit und die Vorprägung der Gesetzgebung der Vertragsstaaten durch "Expertengruppen" (hierzu etwa Kap. 15 Finanzdienstleistungen, 24 Handel und Arbeitsmarkt, 25 Handel und Umwelt sowie 26 Regulatorische Zusammenarbeit) betrifft, ist auf einen weiteren Systembruch hinzuweisen. Sie laufen dem Demokratieprinzip aus mehreren Gründen zuwider. Zum einen fehlt es an der demokratisch gebotenen Transparenz und zum anderen ist der demokratische Willensbildungsprozess, der in der Demokratie dem Parlament vorbehalten ist, nicht mehr frei und unbelastet. Ein weiterer Widerspruch im System ergibt sich daraus, dass die Elemente der direkten Demokratie in Deutschland, am sinnfälligsten auf der kommunalen Ebene, zurückgedrängt werden sollen (auf der Kommunalebene etwa auch durch Privatisierung von öffentlicher Infrastruktur), andererseits aber der parlamentarische Willensbildungsprozess für intransparente Einflussnahmen geöffnet wird. Dieser Standpunkt hat nichts mit einer Völkerrechtsunfreundlichkeit

zu tun. Vielmehr ist es hoch an der Zeit, vereinzelte Entwicklungen im internationalen Verkehr zwischen Staaten wieder in Einklang mit den Grundlagen von Rechtsstaat und Demokratie zu bringen; denn ohne deren Beachtung kann auch das Völkerrecht nicht seine friedensstiftende und friedenssichernde Wirkung entfalten.

## 1. Schiedsgerichte

Bei den Schiedsgerichten geht es bei einer grundlegenden Betrachtung nicht um Einzelheiten wie Auswahl der Schiedsrichter, Verfahren und dergleichen. Vielmehr steht im Mittelpunkt die Organisation der Schiedsgerichte als private Institution. Hier stellen sich die grundsätzlichen Fragen des Völkerrechts, des Gemeinschaftsrechts und des nationalen Verfassungsrechts, so der Bundesrepublik Deutschland.

a. Deutschland gilt gleichsam als "Erfinder" dieser privaten Schiedsgerichte. Ein solches Schiedsgericht wurde – soweit ersichtlich – erstmals in einem Investorschutzabkommen zwischen Pakistan und der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1959 vereinbart. Seit langem sind solche Schiedsgerichte weltweit in Investitionsschutz- und Freihandelsabkommen im weiteren Sinne vereinbart. Allein Deutschland hat dem Vernehmen nach etwa 130 solcher Abkommen geschlossen. Es handelt sich nicht um staatliche Gerichte etwa der Vertragsstaaten oder eines Internationalen Gerichtshofs ähnlich dem in Den Haag oder dem Seegerichtshof in Hamburg, wie aber auch den internationalen Strafgerichten für das frühere Jugoslawien oder Ruanda.

Diese Schiedsgerichtsbarkeit ist im übrigen sehr vital. So berichtet z.B. Balsler (Südd. Zeitung vom 20. März 2015, S. 18) für das Jahr 2014 von 17 erhobenen Klagen. Der Ausgang der 2014 beendeten Schiedsgerichtsverfahren ergibt folgendes Bild: Zehn Verfahren zu Gunsten des Investors, zehn Verfahren mit Einigung, immerhin fünf Verfahren mit Abweisung der Klage und weitere fünf aus nicht bekannten Gründen eingestellt. Aus den Niederlanden kamen sieben Kläger, aus den USA und Großbritannien je fünf, unter anderen aus Frankreich

vier und Deutschland zwei. Des Weiteren erfährt man in diesem Bericht, dass deutsche Firmen immer öfter Staaten verklagen und das mit Tipps einer Bundesagentur. Ferner teilt Brühl (aaO) mit, dass Spanien am häufigsten verklagt wurde und auch häufig unterlegen ist. Nur in fünf Verfahren von insgesamt 30, deren Ergebnis bekannt geworden ist, konnten sich die Staaten erfolgreich zur Wehr setzen.

Dieser Umstand und die hiermit verbundenen Fehlvorstellungen von Rechtsstaat und Demokratie werden häufig ausgeblendet (vgl. z.B. Ohler, JZ 2015, 337 ff.). Private Schiedsgerichte und Ausübung von Gerichtsbarkeit gegenüber Staaten bei Streitigkeiten, die aus Freihandelsabkommen und damit aus zwischen Staaten geschlossenen völkerrechtlichen Verträgen erwachsen, schließen sich von vornherein aus. Der tiefere Grund liegt darin, dass sich Staaten als Vertragschließende eines Freihandelsabkommens – anders als etwa beim Kauf oder Tausch von Grundstücken – auf der Ebene des Völkerrechts begegnen. Demgemäß richten sich der Abschluss und die Abwicklung eines solchen Abkommens nach den Regeln des Völkerrechts. Subjekte und Teilnehmer am Völkerrechtsverkehr sind Staaten und nicht Privatpersonen. Wird eine Gerichtsbarkeit im Rahmen eines solchen Freihandelsabkommens vereinbart, ist sie notwendigerweise Bestandteil der Völkerrechtsebene und nicht einer darunter liegenden. Privatpersonen und private Institutionen sind nur mittelbar über den jeweiligen "Heimatstaat" am Völkerrechtsverkehr beteiligt oder betroffen. Sinnfälliges Beispiel hierfür ist etwa die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Über Ihre Gewährleistungen nimmt das einzelne Individuum vermittelt durch seinen "Heimatstaat" an den Gewährleistungen dieses völkerrechtlichen Vertragswerks teil, was sich auch für Ausländer in diesem Staat positiv auswirken kann.

Hierin liegt ein weiterer Unterschied zu einer Staatenverbindung wie der EU oder einem Bundesstaat wie der Bundesrepublik Deutschland. Die durch die EMRK geschaffene Rechtsordnung bleibt ebenso wie die Rechtsordnungen ihrer Teilnehmerstaaten autonom. Sie bleiben selbständig und zwischen ihnen wirken die völkervertragsrechtlichen Bindungen und Verpflichtungen. Die EMRK schöpft ihre Wirkkraft aus der Ermächtigung durch die vertragschließenden Teilnehmerstaaten. Anders hingegen bei den geplanten Freihandelsabkommen.

Durch die beabsichtigte regulatorische Zusammenarbeit und die Expertengremien in den einzelnen Sachbereichen wird die Autonomie der Rechtsordnungen überspielt und es entsteht dadurch ein Staatenverbund in Gestalt eines Teilbundesstaates für die vertraglich vereinbarten Sachbereiche (hierzu nachfolgend im Schlußteil).

b. Bei diesen Überlegungen handelt es sich nicht um "Neuland". Vielmehr steht nicht nur der Grundstein des angelsächsischen Rechtssystems inmitten, sondern des Rechtsstaats und letztlich der Demokratie, weil sich beide bedingen, um für die Menschen **voll wirksam werden zu** können. So bestimmt die erste Magna Charta von 1215 in Art. 39 folgendes (nach Menden, Südd. Zeitung Nr. 63 vom 17.3.2015, S. 9): "Kein freier Mann soll verhaftet, gefangen gesetzt, seiner Güter beraubt, geächtet, verbannt oder sonst wie angegriffen werden; noch werden wir ihm etwas anderes zufügen oder ihn ins Gefängnis werfen, außer durch das rechtmäßige Urteil durch seinesgleichen, oder durch das Gesetz des Landes." Der nachfolgende Art. 40 ordnete an: "Wir werden das Recht oder die Gerechtigkeit an niemand verkaufen, niemandem verweigern und für niemand aufschieben. "

c. Nach allem darf ein Schiedsgericht im Rahmen eines Freihandelsabkommens nur als Staatsschiedsgericht eingerichtet werden. Gerade im Hinblick auf die große Zahl der bestehenden Investorschutz- und Freihandelsabkommen auch außerhalb Deutschlands müsste sich diese Überlegung auch der "Gegenseite" aufdrängen. Zahlreiche ihrer Argumente sprechen im übrigen gegen private und für staatliche Schiedsgerichte. Durch die Regelungsdichte über die Jahrzehnte durch bi- und multilaterale Verträge wie auch durch GATT und WTO ist eine autonome Rechtsordnung entstanden, der aber die "ordnende" institutionelle und unabhängige Gerichtsbarkeit fehlt, die ihrerseits allein befähigt ist, eine neue Rechtskultur zu schaffen, die diesem neuen Rechtsraum gerecht wird.

Zugleich wird so die Verletzung des Demokratieprinzips vermieden. Jedes Vertragswerk begründet für seinen Geltungsbereich eine neue autonome Teilrechtsordnung außerhalb der Rechts- und Verfassungsordnung der Vertragsstaaten, hier der Bundesrepublik Deutschland. Die Gerichtsgewalt, die

mit der nationalen Rechts- und Verfassungsordnung deckungsgleich ist, wird in Bezug auf das jeweilige Freihandelsabkommen aufgegeben und auf diese Weise die Rechts- und Verfassungsordnung zur Disposition einer privaten Einrichtung gestellt. Das Demokratieprinzip gebietet, dass die Deutungshoheit darüber, was in völkerrechtlich vertragsgemäßer Weise vereinbart wurde, beim parlamentarischen Gesetzgeber der Vertragsstaaten verbleibt. Diese staatliche Macht darf in der Demokratie nicht auf Private verlagert werden. Diesen rechtsstaatlich-demokratischen Anforderungen wird ein internationaler Handelsgerichtshof naheliegender nicht gerecht. Die Organisation und strukturelle Einbindung dieses Staatsschiedsgericht hat sich innerhalb der vertraglich zwischen den teilnehmenden Staaten vereinbarten autonomen Rechtsordnung zu halten, weil nur so der demokratische Willensbildungsprozess aus den teilnehmenden Staaten und deren Parlamente als Ausprägung des Willensbildungsprozesses ihrer Völker sichergestellt werden kann.

d. Es geht hier um substantielle Fragen der Staatlichkeit, der Souveränität, der Selbstdefinition und der Gestaltungsmacht demokratisch legitimer Regierungen und Parlamente. Durch die mit den Freihandelsabkommen geplante Organisation der Schiedsgerichte begibt sich die Bundesrepublik Deutschland hingegen – wie auch die anderen Vertragsstaaten und die EU – eines Teils ihrer Politikfähigkeit. (Es handelt sich zeitlich früher schon um die gleiche gedankliche Fehlleistung wie die Einbindung der Rating-Agenturen und die damit geschaffene Abhängigkeit der Staaten bei der Einführung des Euro). Die Politik und Ihre Gestaltungsmöglichkeiten werden mittelbar durch private Schiedsgerichte geleitet. Solches ist im demokratischen Rechtsstaat nicht hinnehmbar. Diese Mängel weisen staatliche Gerichte und deshalb auch internationale Staatsschiedsgerichte innerhalb des Geltungsbereichs eines Abkommens nicht auf.

## 2. Investorschutz

Nach den geläufigen und dem entsprechend auch hier geplanten Investorsschutzklauseln sollen im jeweiligen anderen Vertragsstaat die ausländischen Unternehmen für ihre Investitionen Schutz gegen Enteignungen oder gleichwirkende Maßnahmen ohne Entschädigung genießen. Sie dürfen die geplanten privaten Schiedsgerichte wegen solcher Maßnahmen anrufen und den

"Sitzstaat" auf Entschädigung verklagen. Die bisher bekannten Investorschutzklauseln werden durchweg begrüßt und gegen staatliche Willkür in ausländischen Staaten für die heimischen Wirtschaftsunternehmen für unentbehrlich gehalten. Auf den ersten Blick sind die Investorschutzklauseln einleuchtend und gegen die geschilderte Beurteilung könnte nichts zu erinnern sein.

a. Betrachtet man aber die Investorschutzklauseln systematisch in einem größeren Zusammenhang, werden Ungereimtheiten augenfällig. Diese wiegen so schwer, dass sie nicht hingenommen werden können. Sie verstoßen gegen allgemeine Rechtsgrundsätze einer rechtsstaatlich-demokratischen Rechtsordnung wie sie allen Vertragstaaten der geplanten Freihandelsabkommen einschließlich der EU eigen ist. Es werden die ausländischen Unternehmen aus der Geltung der jeweiligen nationalen Rechtsordnung insoweit ausgenommen. Ihnen wird gegenüber den nationalen Unternehmen, die mit ihnen im Wettbewerb stehen, eine Vorzugsstellung eingeräumt. Das verletzt das Gerechtigkeitsempfinden der Menschen. Zudem wird systemwidrig der Gleichbehandlungsgrundsatz im Wirtschaftsleben und im Wettbewerb "neutralisiert", weil in dieser Hinsicht nur die jeweils nationalen Unternehmen mit einem substantiellen Handicap belastet werden.

Das widerspricht selbst den Grundsätzen der Ökonomie und verfassungsrechtlich wie etwa in der Bundesrepublik Deutschland Art. 3 des Grundgesetzes als allgemeiner Gleichheitssatz. Dieses Grundrecht wirkt hier derivativ in dem Sinn, dass alle Unternehmen gleich behandelt werden müssen, bei denen identische Sachverhalte vorliegen. Das ist hier der Fall, weil die Nationalität nicht der sachgerechte Anknüpfungspunkt ist, sondern es geht um die Investitionen. Aus diesem Grunde liegen keine unterschiedliche rechtliche Behandlung legitimierende verschiedene Sachverhalte vor. Wieder rein ökonomisch betrachtet muss man hier die falsche Einordnung des "Sitzstaates" sehen: Er nimmt den Unternehmen über Investorschutzklauseln ein ganz wesentliches Risiko ihrer wirtschaftlichen Betätigung ab, was der sonst geforderten Enthaltensamkeit des Staates in wirtschaftlichen Dingen eklatant widerspricht.

b. Zudem werden weitere allgemeine Grundsätze verletzt: In "unsicheren" Staaten investiert man nicht. Sie bieten auch keine Gewähr für die Beachtung und

Durchsetzung der Menschenrechte, allgemein bekannt. Was könnte also diese Investition unter Inanspruchnahme der Verletzung elementarer verfassungs- und völkerrechtlicher Grundlagen des Heimatstaates legitimieren? Es wurde schon zu Beginn dieser Entwicklung im Jahr 1959 eine grundlegende Frage nicht gestellt, die allerdings unmittelbar auf dem rechtsstaatlich-demokratischen Prinzip beruht: Steht hier überhaupt eine schützenswerte Investition inmitten. Das ist gerade nicht der Fall, wenn man die Begründung für die Investorschutzklausel ernst nimmt. Sie wie das private Schiedsgericht knüpft an Strukturen an, gegen die die Klausel schützen soll, damit aber die Zielbestimmung etwa von Art. 1 Abs. 3 UN-Charta verletzt. Eine so blanco geschützte Investition stützt das beargwöhnte Regime, das erfahrungsgemäß zudem die Menschenrechte gering achtet und damit etwa gegen Art 22 ff. der Allg. Erklärung der Menschenrechte aus dem Jahre 1948 verstößt. Des weiteren wurde bei den hier in Rede stehenden Konstellationen der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dez. 1966 (BGBl. 1973 II, S. 1570) nicht sachgerecht beachtet. Aktuell spielen diese Gesichtspunkte keine Rolle; sie verdeutlichen aber die Fehlentwicklung von Investorschutz und privatem Schiedsgericht noch unter weitergehenden Aspekten.

Die Investorschutzklauseln müssen deshalb so gefasst werden, dass alle miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen in ihren Genuss kommen, was in den rechtsstaatlichen Demokratien westlicher Prägung aufgrund des Rechtsstaatsprinzips ungeachtet besonderer Gewährleistungen im einzelnen – wie etwa durch Art. 14 des Grundgesetzes – ohnehin sichergestellt ist. Die Verfassungswidrigkeit der Investorschutzklauseln in den geplanten Freihandelsabkommen kann sehr einfach durch Streichen behoben werden.

### 3. Regulatorische Zusammenarbeit

In Kap. 26 des geplanten Abkommens der EU mit Kanada ist eine regulatorische Zusammenarbeit vorgesehen. Es geht hierbei um die Entwicklung und methodologischen Aspekte regulatorischer Maßnahmen seitens der Regulierungsbehörden der Vertragsparteien. Diese Zusammenarbeit wird in einzelnen Fachbereichen durch Expertengruppen ergänzt, so in Kap. 15

bezüglich der Finanzdienstleistungen, in Kap. 24 bezüglich Handel und Arbeitsmarkt wie auch in Kap. 25 bezüglich Handel und Umwelt. Auf diese Weise wird die gesetzgeberische Tätigkeit der demokratischen Staatsorgane der Vertragsstaaten vorgeprägt. Es entstehen durch die eingegangenen Verpflichtungen zur Zusammenarbeit Abhängigkeiten. Solche Zusammenarbeit ist in einem föderalistischen Staatswesen wie der Bundesrepublik Deutschland, aber auch in anderen föderalistisch aufgebauten Staatswesen zwischen dem Zentralstaat und den Teilstaaten fremd, weil die Kompetenzräume getrennt sind. Das beruht auf dem Grundsatz der Gewaltentrennung im demokratischen Rechtsstaat. Für eine solche Zusammenarbeit bedarf es besonderer verfassungsrechtlicher Ermächtigungen. Eine solche Ermächtigung etwa ist in Art. 77 Abs. 2 des Grundgesetz durch die Einrichtung des Vermittlungsausschusses zwischen Bundestag und Bundesrat enthalten. Die hier geplante regulatorische Zusammenarbeit ist deshalb verfassungswidrig und widerspricht auch dem parlamentarischen Prinzip der EU.

### III. Verfassungsrechtliche Aspekte

Nachfolgend werden noch einige verfassungsrechtliche Aspekte angesprochen, die sich auf die behandelten Strukturprobleme beschränken.

#### 1. Schiedsgerichte

a. Die Einrichtung von Schiedsgerichten als solche im Rechtsverkehr ist unproblematisch, solange sie entsprechend dem von der staatlichen Gesetzgebung gesetzten Rahmen verfährt. Sie ist im privaten Rechtsverkehr eine Ausprägung der Privatautonomie. Es ist also den natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts freigestellt, ob sie innerhalb vertraglicher Beziehungen für den Streitfall die Anrufung der staatlichen Gerichte oder eines privaten Schiedsgerichts vorsehen. Allerdings hat die private Gerichtsbarkeit während der letzten Jahrzehnte bedenkliche Ausmaße erreicht, die in der rechtsstaatlichen Demokratien nicht übersehen werden dürfen. Private Schiedsgerichtsbarkeit gewährleistet nicht von vornherein die Gleichgewichtigkeit der Beteiligten und in ihr ist ein Gefährdungspotenzial hinsichtlich der Gewährleistung der Grundrechte angelegt.

Nicht hinnehmbar ist es aber, wenn der Staat selbst bei privaten Rechtsgeschäften die staatliche Gerichtsbarkeit scheut und Schiedsklauseln in privatrechtliche Vereinbarungen aufnimmt, so z.B. im Fall Toll-Collect. Er stellt damit der rechtsstaatlichen Demokratie in der Bundesrepublik Deutschland mit seiner unabhängigen Justiz ein schlechtes Zeugnis aus und verletzt in dieser Hinsicht seine Vorbildfunktion. Zudem wird ein Systembruch offenkundig: Warum regen wir uns über eine parallele Justiz auf, die ausländische Mitbürgerinnen und Mitbürger einrichten?

b. Für den Rechtsverkehr auf der Völkerrechtsebene macht das Grundgesetz verfassungsrechtliche Vorgaben. Nach Art. 24 Abs. 3 wird der der Bund zur Regelung zwischenstaatlicher Streitigkeiten Vereinbarungen über eine allgemeine, umfassende, obligatorische, internationale Schiedsgerichtsbarkeit beitreten. Die Gestaltung der Streitbeilegung im Verkehr mit ausländischen Staaten steht hiernach nicht zu Disposition. Eine private Schiedsgerichtsbarkeit scheidet deshalb aus und ist infolgedessen auch im Rahmen von Freihandelsabkommen ausgeschlossen.

Ferner kann Art. 101 des Grundgesetzes hier angezogen werden. Nach seinem Satz 1 sind Ausnahmegerichte unzulässig und können Gerichte für besondere Sachgebiete nur durch Gesetz errichtet werden, wie Abs. 2 verdeutlicht. Diese Vorschriften lassen erkennen, dass in der rechtsstaatlichen Demokratie der Bundesrepublik Deutschland eine institutionelle allgemeine Gerichtsbarkeit das Leitbild ist und hiervon auch nicht auf gesetzlicher Grundlage abgewichen werden darf. Die Gerichte für besondere Sachgebiete sind nämlich, wie sich aus dem Verbot von Ausnahmegerichten ergibt, in die institutionelle Gerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland einzugliedern. Sonach lässt Art. 101 des Grundgesetzes erkennen, dass die Bundesrepublik Deutschland auch im Völkerrechtsverkehr keine privaten Schiedsgerichte, die nicht allgemein und institutionell auf Dauer angelegt werden, einrichten darf.

Das Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 des Grundgesetzes bildet keine tragfähige Grundlage im Sinne des Art. 101 Abs. 2, weil sich das Zustimmungsgesetz innerhalb der übrigen Verfassungsbestimmungen und deren Regelungszusammenhang halten muss. Die Vorschrift ist keine die übrigen Verfassungsbestimmungen überspielende Brücke.

## 2. Binnenmarkt und Teilbundesstaat

Eine Gesamtschau der in dem geplanten Freihandelsabkommen mit Kanada beabsichtigten Vereinbarungen lässt – wie schon teilweise ausgeführt – erkennen, dass es nicht um Freihandelsabkommen im herkömmlichen Sinne geht, sondern wechselseitig diesseits und jenseits des Atlantiks Interessen geleitete Einwirkung der maßgeblichen Wirtschaftakteure im Vordergrund steht.

- a. Diese Feststellung beruht zunächst darauf, dass zahlreiche Handelshemmnisse schon auf der Ebene der WTO und bisher geschlossener Abkommen bezüglich Zöllen, Doppelbesteuerung und Handelskontingenten beseitigt sind. Es geht also, wie Tietje (aaO in der FAZ) zutreffend bemerkt, eher um auf die Gesellschaft einwirkende Regelungen und aus meiner Sicht deutlich um die Konturierung der jeweiligen Wirtschaftsordnung und dazu bedarf es der Beseitigung regulatorischer Hürden in den Vertragsstaaten. Die zentralen Staatsstrukturelemente der Bundesrepublik Deutschland wie etwa Demokratie und Rechtsstaatsprinzip wie auch das Sozialstaatsgebot bedürfen der Absicherung und Stützung durch Teilorganisationsstrukturen. Das bedeutet, dass Institutionen und Organisationsformen erforderlich sind, dass Demokratie und Rechtsstaat wie auch der umfassende Grundrechtsschutz für die den Staaten anvertrauten Menschen keinen Schaden nehmen.

Der Staat begibt sich hier seiner elementaren verfassungsrechtlichen Bindungen und Verpflichtungen. Die regulatorische Zusammenarbeit und die vorgesehenen "Expertengruppen" zur Vorklärung und damit zur Lenkung der Gesetzgebung verletzen das Demokratieprinzip elementar. Dieser Effekt wird durch die private Schiedsgerichtsbarkeit durch die Gesamtheit der getroffenen Vereinbarungen verstärkt; denn sie und nicht nur die Investorschutzklausel stehen in einem Gesamtgeflecht.

- b. Das geplante Freihandelsabkommen vermittelt nach allem das Bild, daß über einen herkömmlichen Binnenmarkt hinaus der Sache nach ein Teilbundesstaat mit gemeinsamen staatlichen Institutionen der Vertragsstaaten geschaffen

werden soll unter wechselseitiger Übernahme geplanter gesetzgeberischer Maßnahmen. Damit ist das Demokratieprinzip in der Substanz verletzt und der Verstoß gegen die hier grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 89, 155 – Maastricht und 123, 267 – Lissabon offenkundig. Das Grundgesetz stellt diese Zusammenhänge klar in Art. 23. Die Neufassung wurde erforderlich, weil die ursprüngliche Fassung des Art. 23 und auch die Regelung in Art. 24 die europäische Integration und die Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland hieran nicht zuließ. Daraus folgt zwingend, dass außerhalb von Art. 23 des Grundgesetzes die Bundesrepublik Deutschland keine Staatenverbindung eingehen darf, die die zentralen Strukturelemente aushöhlt. Das ergibt sich zumal in der Zusammenschau von Art. 23 und Art. 24, dessen Abs. 1 ausdrücklich die Übertragung von Hoheitsrechten auf Einzelfälle beschränkt und damit konkludent die Verminderung staatlicher Strukturelemente ausschließt. Unter Art. 24 Abs. 1 GG fallen z.B. die Europäische Patentorganisation auf der Grundlage des EPÜ wie auch EUROCONTROL oder der Internationale Seegerichtshof mit dem Sitz in Hamburg.