

Prof. Dr. Axel Flessner
Prof. i.R. der Humboldt-Universität, Berlin



7. Oktober 2016

**An das
Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe**

Ich erhebe

Verfassungsbeschwerde

gegen das drohende Abstimmungsverhalten des Vertreters der deutschen Bundesregierung im Rat der Europäischen Union bei dessen Beschlussfassung über die Vorschläge der Europäischen Kommission vom 5. Juli 2016, das „Umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (CETA)“ für die Europäische Union zu unterzeichnen, abzuschließen und für vorläufig anwendbar zu erklären (COM(2016) 444 final, COM(2016) 443 final, COM(2016) 470 final),

und ich stelle den

Antrag,

festzustellen, dass der Beschwerdeführer in seinem Wahlrecht aus Art. 38 des Grundgesetzes verletzt wird, wenn der Vertreter der Bundesregierung im Rat der Europäischen Union die Vorschläge der Kommission nicht ablehnt.

Ich stelle ferner den

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung,

durch welche dem Vertreter der Bundesregierung im Rat der Europäischen Union bis zum Abschluss des Verfahrens über diese Verfassungsbeschwerde aufgegeben wird, gegen die Vorschläge der Kommission zu stimmen.

Die

Begründung

der Verfassungsbeschwerde und des Antrags auf einstweilige Anordnung folgt der nachstehenden

Gliederung

I. Warum diese weitere Verfassungsbeschwerde?	3
II. Beschwerdeführer und Beschwerdegegenstand	3
III. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde	4
IV. Verfassungswidrigkeit des CETA	4
1. Pflichtenstellung der Bundesregierung	5
2. Umfassendes Abkommen bei begrenzter Ermächtigung	6
3. Investitionsschutz	8
a) Investitionenbegriff	8
b) Staatshaftung	9
(1) Haftung der EU	10
(2) Haftung der Bundesrepublik	11
c) Privatisierung von Handelsvertragspolitik	12
(1) Kompetenzverzicht	13
(2) Kohärenzverzicht	14
d) Investitionsschutz gegen Justiz	16
(1) Auslagerung von Justiz	17
(2) Korrigierung von Justiz	18
e) Abgabehoheit	21
f) Eigentumsordnung	22
g) Selbstwidersprüche	24
(1) Justiz in Zivilsachen	24

	3
(2) Beihilfenrecht	25
4. Verfahrensmängel	29
5. Verfassungsidentität und Kompetenzkontrolle	30
V. Fassung der Anträge	32
1. Verfassungsbeschwerde	32
2. Einstweilige Anordnung	34

I. Warum diese weitere Verfassungsbeschwerde?

Dem Untereichner und Beschwerdeführer liegen im Ausdruck vor die anhängigen Verfassungsbeschwerden 2 BvR 1482/16 (Bevollmächtigter: *Prof. Fischer-Lescano*) und 2 BvR 1823/16 (Bevollmächtigter: *Prof. Kempen*). Er teilt vollkommen die in diesen Verfassungsbeschwerden vertretenen Rechtsauffassungen. Er ist jedoch der Überzeugung, dass die dort vorgebrachten Beschwerdegründe um einige weitere wichtige ergänzt werden müssen. Er hat sie in mehreren Veröffentlichungen bereits vorgetragen.¹ Die Begründung nun dieser Verfassungsbeschwerde fasst sie zusammen; sie wird beschränkt und konzentriert auf

- * den **umfassenden Regelungsansatz** des Abkommens
- * den **Investitionsschutz** nach Kapitel 8 des Abkommens
- * die **Schwächung der Justiz** der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten durch den Investorenschutz
- * die **unangemessene Entstehungsweise** des Abkommens.

II. Beschwerdeführer und Beschwerdegegenstand

¹ Insolvenzrecht und Investitionsschutz nach TTIP und CETA – ein noch unbemerkter Konflikt, ZIP (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht) 2016, 1046-1053.
 Investitionsschutz durch völkerrechtliche Verträge wie TTIP und CETA – ein Fall für das Verfassungsrecht!, Recht und Politik (RuP) 51 (2015) 149-161.
 Die Anstößigkeit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, Betrifft JUSTIZ (Zeitschrift) Nr. 122 (2015) 62-68.
 Selbstermächtigung und Selbstentmachtung in einem – die Europäische Union und der Investorenschutz nach CETA, www.verfassungsblog.de, 11.11.2014.
 TTIP und Verfassungsrecht, www.verfassungsblog.de, 13.5.2014.

Der Beschwerdeführer ist deutscher Staatsbürger und hat das Wahlrecht nach Art. 38 GG. Die Verfassungsbeschwerde richtet sich wie die anderen unter I. genannten Verfassungsbeschwerden gegen die bevorstehende deutsche Zustimmung im Rat der Europäischen Union zu dem im Antrag genannten Abkommen. Dieses wird im folgenden nach seiner gängigen englischen Abkürzung als *CETA* bezeichnet (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*).

III. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden der deutschen Wahlberechtigten ist in den bereits vorliegenden Verfassungsbeschwerden 2 BvR 1482/16 und 2 BvR 1823/16 ausführlich dargetan worden, und zwar

* in der Verfassungsbeschwerde 2 BvR 1482/16 unter B.II. (Seite 19 bis 21)

* in der Verfassungsbeschwerde 2 BvR 1823/16 unter A.III. (Seite 23 bis 45).

Den dortigen Ausführungen schließt der Beschwerdeführer sich an. Er sieht zur Vermeidung von Wiederholungen und zur Entlastung der Gerichtsakte einstweilen davon ab, diese Verfassungsbeschwerden hier erneut beizulegen, da sie dem Senat bereits vorliegen; die Verfassungsbeschwerde 2 BvR 1823/16 ist auch elektronisch zugänglich, www.ceta-verfassungsbeschwerde.de. Sofern der Senat die Vorlage aber wünscht, wird der Beschwerdeführer Ausdrucke der zitierten Beschwerdeschriften unverzüglich nachreichen. Auch bittet der Beschwerdeführer um einen Hinweis, falls der Senat zusätzliche Angaben und Ausführungen zur Zulässigkeit der hier vorgebrachten Verfassungsbeschwerde für erforderlich hält.

IV. Verfassungswidrigkeit des CETA

Das Abkommen verstößt sowohl gegen das Primärrecht der EU (EUV und AEUV) wie gegen das deutsche Grundgesetz durch seinen umfassenden Regelungsansatz (im folgenden 2.), durch den in seinem Kapitel 8 vorgesehenen Investitionsschutz (im folgenden 3.) und durch seine unangemessene Entstehungsweise (im folgenden 4.). Die Bundesregierung ist deshalb verpflichtet, ihm im Rahmen der EU mit ihrem

Stimmrecht entgegenzutreten, indem sie die Vorschläge der Europäischen Kommission ablehnt (im folgenden 1.).

Der Verstoß des Abkommens gegen EUV und AEUV besteht in erster Linie darin, dass die EU mit ihm Zuständigkeiten in Anspruch nimmt, die sie nach EUV und AEUV nicht hat, und neue begründet, die sie nicht haben darf. Jede Zuständigkeit, welche die EU sich zuschreibt oder durch eigenen Entschluss neu vergibt, entgeht den Mitgliedstaaten und damit auch ihren Parlamenten. Ist der Verlust hinreichend gewichtig, vermindert er auch das Wahlrecht der Bürger aus Art. 38 GG. Dasselbe gilt, wenn der Rechtsakt der EU die in Art. 79 III GG genannten Grundlagen der deutschen Verfassungsordnung angreift, die auch der deutsche Gesetzgeber nicht verändern dürfte. Beidem darf die Bundesregierung nicht zustimmen.

1. Pflichtenstellung der Bundesregierung

Die Bundesregierung ist durch die Verfassungswidrigkeit des Abkommens in doppelter Pflichtenstellung betroffen. Sie muss im Rat dafür eintreten, dass die EU bei ihren Beschlüssen das primäre Unionsrecht einhält, namentlich ihre Kompetenzen nicht überschreitet. Nach dem Bundesverfassungsgericht folgt dies aus ihrer Integrationsverantwortung, die ihr gemäß Art. 23 GG durch das deutsche Zustimmungsgesetz zu EUV und AEUV erwachsen ist.²

Auch ohne diese spezielle Herleitung hat die Bundesregierung schon aus ihrer Stellung als Sachwalterin der deutschen Außenpolitik die Amtspflicht, in allen internationalen Verbänden und Gremien, in denen die Bundesrepublik mit Sitz und Stimme vertreten ist, das deutsche Stimmrecht so auszuüben, dass die Satzung des Verbandes oder Gremiums von diesem nicht missachtet wird.

Da das CETA aber ein gemischtes Abkommen sein soll, handelt die Bundesregierung hier gleichzeitig als das Organ, welches das deutsche Zustimmungsgesetz in den Bundestag einzubringen hat, und sie würde durch ihre Zustimmung im Rat den ersten, wohl zu bedenkenden Schritt dahin tun. Wenn der Rat (mit ihrer Stimme) dem Abkommen zustimmt, kann sie nicht später plötzlich die Einbringung in den Bundestag verweigern – jedenfalls dann nicht, wenn sie weiter

² Zuletzt ausführlich BVerfG, Urteil vom 21.6.2016 - 2BvR 2728/13 ua.

von den politischen Parteien getragen wird wie zur Zeit ihrer Zustimmung im Rat. Über die spätere Einbringung in den Bundestag wird also faktisch schon im Rat der EU durch das Abstimmungsverhalten der Bundesregierung *vorentschieden*. Vorlagen von Gesetzen, die das Grundgesetz verletzen würden, und Vorlagen zu verfassungsändernden Gesetzen, denen Art. 79 III GG entgegenstünde, darf die Bundesregierung nicht einbringen; sie würde damit die ihr nach dem Grundgesetz obliegende allgemeine Amtspflicht verletzen.

Im Vordergrund der nachfolgenden Begründung dieser Verfassungsbeschwerde steht der Verstoß des CETA gegen das Unionsrecht, da die Beschlüsse des Rates der EU als erster Teilakt des gesamten Zustimmungsverfahrens bevorstehen. Der Verstoß des Abkommens auch gegen das deutsche Grundgesetz wird aber hier schon mitbehandelt. Er würde sofort akut werden, wenn Rat und Parlament der Europäischen Union die Vorschläge der Kommission annehmen.

2. *Umfassendes Abkommen bei begrenzter Ermächtigung*

Nach Artikel 1.4 CETA errichten die Vertragsparteien eine „Freihandelszone“. In der Präambel erklären sie, dass sie die „Schaffung eines weiteren und sicheren Marktes für ihre Waren und Dienstleistungen durch den Abbau oder die Beseitigung von Handels- und Investitionshindernissen“ sowie die „Aufstellung klarer, transparenter, berechenbarer und beiderseits vorteilhafter Regeln für Handel und Investitionen“ beschließen. Eine Begrenzung auf bestimmte Waren und Dienstleistungen und auf bestimmte Arten von Regeln gibt es nicht. Dies bedeutet, dass jede Regelung der Union oder eines Mitgliedstaates, die sich auf grenzüberschreitende Wirtschaft bezieht, in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen kann; der Anwendungsbereich ist in der Tat „umfassend“. Das Abkommen selbst nimmt dann in Kapitel 28 und in einigen Einzelbestimmungen in anderen Kapiteln und den Anhängen bestimmte Waren, Dienstleistungen und Investitionen von seiner Geltung wieder aus. Was in diesen Ausnahmebestimmungen nicht genannt ist, unterfällt dem Abkommen.

Dieser umfassende Anwendungsbereich steht in klarem Gegensatz zum Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, der nach Art. 4 I und Art. 5 I und II EUV ein Wesensmerkmal der Union ist. Die Union hat zwar nach Art. 206, 207 und 216 AEUV

die Kompetenz zum Abschluss von Handelsübereinkünften mit Drittländern, aber nur insoweit, als sie Regelungen solcher Art auch für ihren Binnenmarkt treffen dürfte. Die Zuständigkeiten dafür sind nach Politikbereichen und Regelungsinhalten im Dritten Teil des AEUV aufgeführt. Der umfassende Ansatz, den die Europäische Kommission für das CETA gewählt hat, ist geradezu die Umkehrung des Regelungsprinzips, das EUV und AEUV vorgeben.

Schon dies ist ein Verstoß des CETA gegen das Verfassungsrecht der Union. Die Regierungen und Parlamente der Mitgliedstaaten werden dadurch unter einen pauschalen Rechtfertigungsdruck gesetzt. Wenn sie eine auch für die europäisch-kanadische Freihandelszone relevante Regelung erwägen, müssen sie zunächst in den sehr unübersichtlichen Ausnahmebestimmungen und Anhängen „herumkramen“, um auszuschließen, dass die Regelung als nach dem CETA verbotenes Handelshemmnis gewertet wird. Und wenn sie deshalb von der Regelung Abstand nehmen, müssen sie innenpolitisch glaubhaft vor diesem unübersichtlichen Hintergrund erklären, warum sie nicht handeln. Das behindert nicht nur die Regierungs- und Parlamentsarbeit, sondern erschwert der Regierung und dem Parlament auch, sich in der Öffentlichkeit verständlich zu machen. Außerdem erlaubt es Gegnern der erwogenen Regelung, leichthändig drohende Verstöße mit dem Abkommen zu behaupten und damit Gesetzesvorhaben zu behindern. Wenn die Öffentlichkeit dies bemerkt, wird auch ihr das Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten und der Union auf den Kopf gestellt erscheinen.

Der Verstoß gegen den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung ist vielleicht entschuldbar bei der Aushandlung von Außenhandelsabkommen, weil die Union es dabei in der Regel mit voll souveränen Drittstaaten zu tun hat, also mit Vertragspartnern, welche die „Allzuständigkeit“ für Regelungen in ihrem Hoheitsgebiet besitzen. Es wäre vermutlich schwer, in einem zu schließenden Abkommen eine Regelungsart zu vereinbaren, die den konstitutionellen Gegebenheiten sowohl der Europäischen Union wie des voll souveränen Drittstaates gleichzeitig entspricht.

Es ist deshalb verständlich, wenn die nicht voll souveräne Union sich jedenfalls zunächst so geriert, als habe sie die umfassende Zuständigkeit wie ihr ausländischer Vertragspartner. Dann muss die Union aber im Abkommen durch korrigierende

besondere Bestimmungen sicherstellen, dass der Anwendungsbereich des Abkommens auf die beschränkte Handlungsbefugnis der Union zurückgenommen wird. Das ist in dem CETA nicht gelungen; vielmehr scheint die Kommission in einer gewissen rechtlichen Vermessenheit und wirtschaftspolitischen Fixiertheit auf „Abbau“ von „Handelshemmnissen“ den Überblick verloren zu haben, und hat sich dabei in Widersprüche zum sonstigen Primärrecht verstrickt. Dies wird im folgenden Abschnitt über den *Investitionsschutz* im einzelnen begründet.

3. Investitionsschutz

Die Union nimmt mit Kapitel 8 des CETA Zuständigkeiten in Anspruch, die in EUV und AEUV nicht zu finden sind (a-e), ferner eine solche, die in EUV und AEUV sogar ausdrücklich den Mitgliedstaaten vorbehalten wird (f), und sie setzt sich in Widerspruch zu vorhandenen und wichtigen Regeln ihres eigenen Primär- und Sekundärrechts (g).

a) Investitionenbegriff

Nach Art. 206 und Art. 207 I AEUV erstreckt sich die außenhandelspolitische Zuständigkeit der EU auf die ausländischen *Direktinvestitionen*, also solche, die dem Kapitalgeber dauerhaft einen Einfluss auf die Unternehmensführung verschaffen. Nicht erfasst sind davon die sogenannten *Portfolioinvestitionen*, also die Geldanlage in Anteilstiteln oder langfristigen Schuldtiteln, die zur Wertaufbewahrung und Ertragserzielung dienen, aber keinen Einfluss auf die Unternehmensführung vermitteln.³ Nach Art. 8.1 CETA sollen dagegen auch solche Investitionen den Schutz des Abkommens genießen; als „Investitionen“ gelten schlechthin „Vermögenswerte jeder Art, die direkt oder indirekt im Eigentum oder unter der Kontrolle eines Investors stehen, also auch solche ohne „Kontrollerwerb“. Dazu zählen unter anderem „Anteile, Aktien, ..., Schuldverschreibungen sowie sonstige Schuldtitel eines Unternehmens, ein Darlehen an ein Unternehmen, ..., Verträge über schlüsselfertige Erstellungen, Bau-, Produktions- oder Einnahmeaufteilungsverträge oder sonstige ähnliche Verträge, ..., Ansprüche auf Geld oder auf Leistungen aus einem Vertrag“.

³ Hahn, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 207 Rn. 19, 20, 43; Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Kommentar, 5. Aufl. 2010, Art. 207 AEUV Rn. 6.

Mit dieser Beschreibung einer „Investition“ überschreitet das Abkommen die Zuständigkeit der EU.⁴ Das Abkommen verlässt sogar das Feld der Geldanlagen überhaupt – ob mit oder ohne „Kontrollerwerb“. Die vorstehende Aufzählung aus seinem Art 8.1. zeigt es. Der Investitionsschutz kann sich auch richten gegen gesetzliche Regeln der EU und der Mitgliedstaaten für rein schuldrechtliche Ansprüche aus Kredit-, Bau-, Anlageverträgen und aus sonstigen Verträgen und gegen zivilgerichtliche Entscheidungen über solche Ansprüche. Damit ist die Zuständigkeit aus Art. 207 AEUV eindeutig verlassen, und zwar eindeutig auch zu Lasten des Deutschen Bundestages – der sich über Art. 216 II AEUV wegen des Vorrangs des Europarechts und dann auch wegen seines eigenen Zustimmungsgesetzes an CETA zu halten hätte.

Die Überschreitung der EU-Zuständigkeit zu Lasten der Mitgliedstaaten würde auch nicht dadurch geheilt, dass die Regierungen aller Mitgliedstaaten im Rat der EU, dann das Europäische Parlament und schließlich auch alle Parlamente der Mitgliedstaaten dem CETA zustimmen. Die Organe der Union können selbst durch einstimmige Beschlüsse die Europäischen Verträge (EUV und AEUV) nicht ändern, die Aussenhandelskompetenz der EU also nicht erweitern. Das könnten nur die Mitgliedstaaten selbst, indem sie EUV und AEUV ändern Und selbst wenn sie alle dem CETA zustimmen würden, läge darin noch keine Änderung dieser Verträge selbst. In Deutschland jedenfalls müsste die Erweiterung der Unionszuständigkeit nach Art. 23 I 3 GG durch verfassungsänderndes Gesetz erfolgen, das den Anforderungen in Art. 79 II und III GG entspricht.

b) Staatshaftung

In Art. 8.10 Abs. 1 legt das CETA fest, dass die Vertragsparteien den Investoren aus der jeweils anderen Vertragspartei „eine gerechte und billige Behandlung“ sowie „vollen Schutz und Sicherheit“ für ihre Investition schulden. In den weiteren Absätzen der Vorschrift wird diese Verpflichtung spezifiziert. In Art. 8.18 wird bestimmt, dass der so geschützte Investor gegen die verpflichtete Vertragspartei Klage wegen Verletzung dieser Pflichten bei dem nach dem Abkommen gebildeten „Gericht“ einreichen kann (im folgenden wird es hier zur Unterscheidung von den staatlichen

⁴ In dieselbe Richtung schon das BVerfG im Urteil zum Lissabon-Vertrag, BVerfGE 123, 267 (420 f).

Gerichten „Investitionsgericht“ genannt), wenn er behauptet, durch die Pflichtverletzung einen Verlust oder Schaden erlitten zu haben. Auf die gemäß Art. 8.23 CETA eingereichte Klage kann das Investitionsgericht „Schadensersatz in Geld“ zusprechen. In den folgenden Bestimmungen (bis Art. 8.44) werden die Bildung des Investitionsgerichts, sein Verfahren und die Vollstreckung seines Urteilsspruchs geregelt.

Die „Verletzung“ einer Pflicht (Art. 8.18) durch eine Vertragspartei ist eine „Maßnahme“ dieser Vertragspartei – ein zentraler Begriff im System der internationalen Handelsverträge. Das CETA bezeichnet sie in Art. 1.1 als „ein Gesetz, eine sonstige Vorschrift, eine Regel, ein Verfahren, einen Beschluss, einen Verwaltungsakt, eine Auflage, eine Praxis oder jede andere Form von Maßnahme einer Vertragspartei“.

Aus dem Zusammenhang dieser Bestimmungen ergibt sich, dass das CETA den Vertragsparteien eine *Haftung* für ihr *hoheitliches Handeln* gegenüber *einzelnen Investoren* auferlegt. Wer durch abkommenswidriges hoheitliches Handeln einer Vertragspartei einen Schaden oder Verlust erleidet, hat gegen die Vertragspartei einen Rechtsanspruch auf Schadensersatz und kann diesen bei einem Gericht durchsetzen. Das ist *Staatshaftung* für rechtswidriges hoheitliches Handeln, nämlich: „Haftung der staatlichen Gewalt für das von ihren Amtsträgern begangene Unrecht, also rechtswidriges Verhalten, das Privaten Schaden zugefügt hat.“⁵

(1) *Haftung der EU*. - Zur Begründung einer eigenen Staatshaftung nach besonderen Regeln hat die EU keine Kompetenz. Ihre außervertragliche Haftung für Schadenszufügung ist geregelt in Art. 340 II AEUV, der Gerichtsweg dafür in Art. 267 AEUV. Eine Haftung nach anderen als den dort genannten Maßstäben, einklagbar bei einem eigens dafür eingerichteten Gericht, ist nicht vorgesehen. Es ist zwar anerkannt, dass die Außenhandelskompetenz nach Art. 206, 207 AEUV der EU erlaubt, sich durch völkerrechtlichen Vertrag einem Schiedsgericht zu unterwerfen und bei diesem sich auch einer durch den Vertrag begründeten Haftung auszusetzen.⁶ Aber diese Erlaubnis gilt nur für die Haftung gegenüber dem anderen

⁵ Dörr, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa – Nationales und Unionsrecht, 2014, S. 7.

⁶ Ohler, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem

Vertragspartner. Um Außenhandelsverträge abzuschließen, ist es nicht erforderlich, auch einzelnen Wirtschaftsteilnehmern eigene und selbständig einklagbare Ansprüche gegen eine Vertragspartei zu beschaffen. Das System der Welthandelsorganisation (WTO), dem die EU angehört, zeigt, dass es auch ohne eine solche Ausweitung der Haftung für Vertragsverstöße geht. In der Außenhandelskompetenz der EU ist die Kompetenz zu dieser Ausweitung nicht inbegriffen.

Die Kompetenz, sich neben Art. 340 II und Art. 268 AEUV für ihr hoheitliches Handeln einer Haftung gegenüber Privaten nach eigenen Regeln auszusetzen, kann die EU auch nicht dadurch erwerben, dass sie dies in Rat und Parlament einstimmig beschließt und sich von allen Mitgliedstaaten billigen lässt. Denn ihre Haftung ist im Primärrecht (EUV und AEUV) geregelt, und über dieses bestimmen nicht die Organe der Union, sondern allein die Mitgliedstaaten durch Beschlüsse, die ausdrücklich das Primärrecht ändern. Ein Zustimmungsbeschluss aller Mitgliedstaaten nur zu CETA hätte diesen Gehalt nicht.

(2) *Haftung der Bundesrepublik.* - Die Europäische Union hat auch nicht die Kompetenz, durch einen völkerrechtlichen Vertrag mit einem Drittstaat die Staatshaftung eines Mitgliedstaates zu regeln. In der Rechtsprechung des EuGH ist zwar seit der *Francovich*-Entscheidung anerkannt, dass der Mitgliedstaat für einen Verstoß gegen Unionsrecht, soweit es Einzelinteressen schützen soll, auf Schadensersatz muss in Anspruch genommen werden können.⁷ Der Gerichtshof leitet dieses Gebot aber direkt aus dem Primärrecht her; er hält die Haftung des Mitgliedstaats aus dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts (*effet utile*) und aus dem Grundsatz der Unionstreue für geboten. Diese Grundsätze verlangen nach dem EuGH aber nur, dass der betreffende Mitgliedstaat für seine Verstöße überhaupt ein Haftungssystem bereitstellt, welches den Grundsätzen entspricht. Die Ausgestaltung der mitgliedstaatlichen Haftung im einzelnen und natürlich die Organisation des Gerichtsweges für ihre Durchsetzung bleibt (bei Wahrung der genannten Grundsätze) dem einzelnen Mitgliedstaat überlassen.⁸

Verfassungsrecht, JZ 2015, 337, 338 mit weiteren Nachweisen.

⁷ EuGH C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357 – *Francovich*; C-46/93, C-4893 – *Brasserie du Pêcheur u.a.*, Slg. 1996, I-1029..

⁸ Übersichtliche Darstellung bei *Hartmann*, in: Dörr (Hrsg.) (Fn. 5), S. 40-51. Ausführlicher: *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 595-629.

Die Bundesrepublik Deutschland kann ihre eigene Haftung für Verstöße gegen das CETA nur durch verfassungsänderndes Gesetz einführen. Denn die Staatshaftung für hoheitliches Unrecht ist in Art. 34 GG geregelt. Neben diesem Haftungstatbestand einen weiteren nach eigenen Regeln und mit eigener Gerichtsbarkeit zu stellen (der die Haftung nach Art. 34 GG ausschließt), würde eine Änderung des Grundgesetzes voraussetzen.

c) *Privatisierung von Handelsvertragspolitik*

Die Investoren können über den Rechtsanspruch, den sie nach Kapitel 8 des CETA erhalten, frei verfügen und sie können ihn bei dem Investitionsgericht gemäß Art. 8.23 und Art. 8.39 CETA einklagen. Daneben haben auch die Vertragsparteien selbst die Möglichkeit, sich über die behauptete Abkommenswidrigkeit der Maßnahme vor einem Schiedsgericht zu streiten. Diese „Streitbeilegung“ ist in Kapitel 29 des CETA geregelt. Das Verfahren gilt „für alle Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung des Abkommens“ (Art. 29.2). Das Schiedsgericht („Schiedspanel“, Art. 29.7) legt zunächst einen „Zwischenbericht“ (Art. 29.9) und sodann seinen „Schlussbericht“ (Art. 29.10) vor. Wenn dieser feststellt, dass die verklagte („ersuchte“) Vertragspartei mit der gerügten Maßnahme „ihren Verpflichtungen aus diesem Abkommen“ (Art. 29.9 Abs. 1 b) nicht „nachgekommen ist“, wird in einem Anschlussverfahren der „Vollzug des Panelschlussberichts“ geprüft (Art. 29.12). Wenn sich herausstellt, dass die verklagte Vertragspartei den Schlussbericht nicht „vollzogen“ hat, kann die klagende („ersuchende“) Vertragspartei ihre eigenen Verpflichtungen aussetzen oder Entschädigung verlangen (Art. 29.14).

Der Investitionsschutz nach Kapitel 8 mit dem einklagbaren Anspruch des Investors auf Schadensersatz ist durch Art. 8.18 Abs. 1 ausdrücklich unabhängig gestellt von der Streitbeilegung nach Kapitel 29 zwischen den Vertragsparteien (EU/Mitgliedstaaten, Kanada). Die nicht verklagte Vertragspartei – also diejenige, in welcher der Investor ansässig ist – wird über den Investitionsrechtsstreit informiert und kann in ihm gehört werden (Art. 8.38 Abs. 2). Sie darf jedoch nach Einreichung einer Investitionsklage „keinen völkerrechtlichen Anspruch geltend machen, es sei denn, dass die andere Vertragspartei den in der Streitsache ergangenen Urteilsspruch nicht befolgt“ (Art. 8.42 Abs. 1) - mit anderen Worten: sie darf während

des Investitionsrechtsstreits nach Kapitel 8 nicht das Verfahren der Streitbeilegung nach Kapitel 29 in Gang setzen oder weiterbetreiben.

Diese Regelung bedeutet, dass für die rechtliche Reaktion auf abkommenswidrige Maßnahmen einer Vertragspartei eine Konkurrenz zwischen der anderen Vertragspartei und „ihrem“ Investor eingerichtet wird – jeder kann auf dem für ihn vorgesehenen Weg (Kapitel 8 oder Kapitel 29) gegen die „ausländische“ Maßnahme die Initiative ergreifen. Wenn aber ein Investor mit seiner Klage die Initiative ergriffen hat, kann „seine“ Vertragspartei über den Rechtsstreit nicht mehr verfügen. Ob, wie und mit welchem Ziel der Rechtsstreit geführt wird, bestimmt allein der klagende Investor. „Seine“ Vertragspartei kann erst dann wieder aktiv werden, wenn die andere Vertragspartei den vom Investor erstrittenen Urteilsspruch nicht befolgt.

Die Streitbeilegung zwischen Vertragspartien wird durch eine Investitionsschutzklage nach Kapitel 8 allerdings nicht ausgeschlossen, wenn diese Klage eine „Maßnahme mit allgemeiner Geltung“ rügt (Art. 8.42 Abs. 2). Die Vertragsparteien sollen offenbar das Heft in der Hand behalten dürfen, wenn die beanstandete Maßnahme der Erlass einer Rechtsnorm ist (Gesetz, Verordnung, Richtlinie, und ähnliches). Wenn dagegen die *Anwendung* von Normen durch Verwaltung oder Justiz gerügt wird, bleibt es bei der Vorhand des klagewilligen Investors.

Mit dieser Bevorrechtigung des Investitionsschutzes wird die Kontrolle der Einhaltung und Anwendung des CETA in die Hand von Privaten (Investoren) gelegt; diese können dem Staat, in dem sie investiert haben, in Europa auch der Union, gerichtliche Durchsetzung von Haftung für deren Maßnahmen androhen, und sie beherrschen das Streitgeschehen sogar allein, sobald die Klage erhoben ist. Die Investoren werden für ihren konkreten Fall zu Mitregenten und, nachdem die Klage erhoben ist, zu Alleinregenten der Außenhandelsrechtspolitik der EU und der Mitgliedstaaten gemacht. Solche Privatisierung der europäischen Außenhandelspolitik verstößt in mehrfacher Hinsicht gegen EUV und AEUV, und sie ist auch mit dem deutschen Grundgesetz nicht vereinbar.

(1) *Kompetenzverzicht.* - Die Europäische Union hat nach Art. 207 AEUV die Kompetenz zum Abschluss von Abkommen mit Drittstaaten im Rahmen der gemeinsamen Handelspolitik. Diese Zuständigkeit ist, soweit sie reicht, eine

ausschließliche, die Mitgliedstaaten dürfen in diesem Bereich nicht tätig werden (Art. 2 I AEUV). Das Letztere bedeutet aber auch, dass die Union insofern auch tätig werden *muss*, denn sonst könnte niemand aus der Union handelspolitisch tätig werden.

Handelspolitik durch Abschluss von Abkommen mit Drittstaaten bedeutet, dass die Union auch die Auswirkungen der von ihr geschlossenen Abkommen beobachtet und die Einhaltung durch einerseits die andere Vertragspartei und andererseits durch ihre eigenen Organe und die Mitgliedstaaten kontrolliert und nötigenfalls zu Sanktionen greift. Das alles muss sie selbst tun, sie darf ihre Kompetenz zur Vertragskontrolle nicht an private Kläger aus der Hand geben. Vielmehr muss auch nach Abschluss eines Abkommens Außenhandelspolitik der Union gegenüber der anderen Vertragspartei noch stattfinden. Die gemeinsame Handelspolitik gegenüber einem Drittstaat endet nicht mit dem Vertragsabschluss.

Für das CETA bedeutet dies, dass die Union ihre unbezweifelbare Kompetenz zu seiner Implementierung nicht einfach an private Investoren weiterreichen und hoffen darf, dass diese für die vertraglich vorgesehene Ordnung in der Freihandelszone sorgen werden. Damit ist unvereinbar, dass die Union die klageberechtigten Investoren zu Mitgestaltern ihrer Abkommenspolitik macht und sich, wenn die Klage eines Investors erst einmal erhoben ist, für diesen Fall aus der Handelspolitik völlig zurückzieht. Für solchen Kompetenzverzicht zugunsten Privater hat sie nach dem AEUV keine Ermächtigung. Der Verzicht widerspricht deshalb auch dem deutschen Zustimmungsgesetz zu EUV und AEUV.

(2) *Kohärenzverzicht.* - Die Europäische Union ist nach Art. 21 III Unterabsatz 2 Satz 1 EUV zur Kohärenz zwischen den einzelnen Bereichen ihres auswärtigen Handelns sowie nach Art. 7 AEUV zur Kohärenz ihrer Politiken und ihrer Maßnahmen verpflichtet. Ihre Handelspolitik muss sie nach *einheitlichen Maßstäben* gestalten (Art. 207 I Satz 1 AEUV). Kohärenz und Einheitlichkeit kann sie nicht gewährleisten, wenn sie die Durchsetzung ihrer Handelsverträge den privaten Investoren überlässt. Jeder Investor entscheidet frei darüber, ob er gegen eine Maßnahme mit einer Klage nach Art. 8.23 CETA vorgeht und mit welchem Ziel und welchem Vorbringen er den Prozess führt. Das Urteil (und ein Prozessvergleich) wirkt nur zwischen ihm und der beklagten Vertragspartei (EU/Mitgliedstaat oder Kanada).

Wenn eine beanstandete Maßnahme mehrere Investoren betrifft – bei einem Gesetz oder anderen Rechtsnormen können es tausende sein – kann es eine Vielzahl solcher Klagen geben. Eine Verbindung aller dieser Verfahren mit einem einheitlichen Urteilsergebnis schreibt das CETA nicht vor, es eröffnet in Art. 8.43 nur die Möglichkeit dazu; diese hängt aber ab vom Einverständnis aller Kläger. Soweit dieses nicht besteht, ist beim Investitionsgericht für jede einzelne Klage ein eigener Spruchkörper („Kammer“) aus drei Richtern zu bilden (Art. 8.27 Abs. 6), die vom Präsidenten des Gerichts nach einem Rotationsverfahren und dem Zufallsprinzip ausgewählt werden. Gegen dieselbe Maßnahme können also mehrere Urteilssprüche verschiedener Spruchkörper ergehen. Eine einheitliche und kohärente Vertragspolitik ist der EU bei diesem System nicht möglich; das System ist im Gegenteil auf Dispersion der Fälle, nicht auf Kohärenz ihrer Beurteilung ausgerichtet.

Kohärenz kann die Union allerdings durch ihre Verteidigung zu erreichen versuchen, wenn sie wegen einer ihr zuzurechnenden Maßnahme die beklagte Vertragspartei ist, jedoch nicht im umgekehrten Fall – wenn Kanada von europäischen Investoren verklagt wird. Auch diese Prozessrelation zu gestalten gehört aber zur europäischen Handelspolitik.

Eine einheitliche Behandlung mehrerer Klagen wegen derselben Maßnahme oder derselben Art verschiedener Maßnahmen oder Beanstandungen kann für die anhängigen Streitsachen auch nicht durch die gemäß Art. 8.31 Abs. 3 und Art. 8.44 eingerichteten Ausschüsse erreicht werden. Diese verstoßen ohnehin gegen europäisches und deutsches Verfassungsrecht. Das ist in den vorn unter I. genannten anderen Verfassungsbeschwerden ausführlich begründet worden. Die Ausschüsse dürften aber selbstverständlich ohnehin nicht in laufende Verfahren eingreifen, sondern dürften nur für künftige Fälle Regeln aufstellen.

Die einzige Möglichkeit für die Union, auf Kohärenz in der investitionsgerichtlichen Anwendung des CETA hinzuwirken, besteht in der Streitbeilegung nach Kapitel 29. Zu dieser ist die Union *neben* Investorklagen berechtigt, wenn diese Klagen sich gegen eine Maßnahme von allgemeiner Geltung, also den Erlass von Normen richten. Dann wird sie vom Schiedsgericht einen Schlussbericht erhalten, der für die Maßnahme einheitlich klärt, ob sie mit dem CETA vereinbar ist oder nicht. Das

Abkommen enthält aber keinerlei Regelung darüber, welche Wirkung der Schlussbericht auf anhängige oder auch künftige Investorklagen haben kann. Vielmehr bestätigt es in Art. 29.18 sogar ausdrücklich, dass die Sprüche des Schiedsgerichts die Rechte und Pflichten „aus dem Abkommen“ – also auch die der Investoren! – weder ergänzen noch einschränken können.

Die Inkohärenz der Handelspolitik, die der Investitionsschutz erzeugt, wird vollends deutlich, wenn man bedenkt, dass die Freihandelszone zwischen Europa und Kanada auf Dauer angelegt ist. Es wäre also dafür Sorge zu tragen, dass eine investitionsschädliche Maßnahme oder eine Zweifelsfrage bei der Auslegung des Abkommens, die einmal in einem Investitionsrechtsstreit nach Kapitel 8 oder in der Streitbeilegung nach Kapitel 29 behandelt worden ist, nicht nach Jahr und Tag wieder aufgegriffen und anders beurteilt werden kann. Das Abkommen enthält aber keinerlei Vorschriften darüber, wie lange eine Maßnahme nach Kapitel 8 angegriffen werden kann, noch Vorschriften, die Gerichtsentscheidungen in früheren Investitionsschutzverfahren für künftige Fälle verbindlich machen. Auf diese Weise steigt mit der Zeit die Zahl der Investoren ins Unendliche, die sich von einer Maßnahme oder einer Abkommensinterpretation beengt fühlen und, nach selbständigem Entschluss, mit einer Investorklage reagieren könnten. Die Einrichtung des Gemischten Ausschusses, der das Abkommen ohne Genehmigung der ratifizierenden Parlamente im Lichte der bisherigen Rechtsprechung konsolidieren könnte, ist, wie ausführlich dargelegt⁹, keine verfassungsrechtlich zulässige Vorkehrung gegen die dauerhafte Inkohärenz der europäischen Handelspolitik, die mit der Privatisierung ihrer Durchsetzung erreicht wird.

d) Investitionsschutz gegen Justiz

Die Privatisierung ihrer Handelsvertragspolitik, zu welcher das CETA die EU führt, ist verbunden mit der Unterwerfung der EU und der Mitgliedstaaten unter die Urteilssprüche des Investitionsgerichts, das nach Art. 8.18 ff gebildet wird. Für Ansprüche eines Investors aus dem Abkommen gegen die Vertragspartei, in deren Hoheitsgebiet er investiert hat, ist ausschließlich dieses Gericht zuständig, die Gerichte der Vertragsparteien können von ihm damit nicht befasst werden.

⁹ Verfassungsbeschwerden 2 BvR 1482/2016 (Prof. Fischer-Lescano), S. 24-32; 2 BvR 1823/16 (Prof. Kempen), S. 101-115.

(1) *Auslagerung von Justiz.* - Für diese Auslagerung von Justiz an eine außerhalb ihrer selbst stehende Instanz hat die EU keine Ermächtigung erhalten, und auch die Bundesrepublik darf nach dem Grundgesetz sich einer Fremdgerichtsbarkeit zugunsten Privater nicht unterwerfen, die sonst bei ihr die allgemeine deutsche Gerichtsbarkeit anrufen müssten. Es ist ein Angriff auch auf die gewählten Gesetzgeber der EU und der Mitgliedstaaten; deren Gesetzgebung wird von dem CETA bedroht mit sofort durchsetzbaren Urteilssprüchen des Investitionsgerichts. Das ist mit den Verbürgungen der parlamentarischen Demokratie im EUV (Art. 10 bis Art. 17) und im deutschen Grundgesetz (Art. 20, 38, 39, 79 III) nicht vereinbar; die Gesetzgeber können durch drohende Urteilssprüche eingeschüchtert werden. Dieser Verstoß gegen das europäische und deutsche Verfassungsrecht wird in den anhängigen Verfassungsbeschwerden 2 BvR 1823/16 (Prof. Kempen), Seite 46 bis 95, und 2 BvR 1482 (Prof. Fischer-Lescano), Seite 37 bis 46, ausführlich dargelegt. Der Beschwerdeführer schließt sich diesen Ausführungen an.

Die Staatshaftung und das Investitionsgericht nach CETA bedrohen die Gesetzgeber aber nicht nur durch Einschüchterung bei Gesetzesvorhaben, sondern auch in ihrer *Haushaltshoheit*, weil sie den Haushalt mit ganz ungewissen Verbindlichkeiten in nicht steuerbarer Höhe belasten und so die Haushaltsplanung massiv durchkreuzen können. Gegen diesen Vorwurf liest man aus der Europäischen Kommission das Argument, dass das Haftungsrisiko des Staates, das aus seinen rechtlichen Bindungen entsteht, „per definitionem unkalkulierbar“ sei und deshalb keine unzulässige Belastung sein könne.¹⁰

Das trifft sicher zu für die „normale“, gleichsam unvermeidliche Staatshaftung, die für unvorhergesehene Schäden aus versehentlichen Fehlern von Regierung und Verwaltung entsteht. Das CETA sieht die Staatshaftung aber auch für die Justiz vor.¹¹ Diese ist ein staatlicher Bereich, für den mit „Fehlern“ und Irrtümern der Gerichte offen gerechnet und deswegen Rechtsmittel gegen ihre Entscheidungen gesetzlich vorgehalten werden; die Justiz produziert (und korrigiert mit ihren eigenen Rechtsmitteln) täglich hundert- und tausendfach ihre Fehler und Irrtümer. Diesen Bereich (einschließlich der Rechtsmittelentscheidungen) zusätzlich mit einer

¹⁰ *Hoffmeister*, Wider die German Angst – Ein Plädoyer für die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft, Archiv des Völkerrechts (AVR) 53 (2015) 35, 56.

¹¹ Dazu noch nachstehend unter (2).

Staatshaftung zu verknüpfen, erhöht das Haftungsrisiko des Staates gewaltig, da, anders als bei sonstiger Staatstätigkeit, es beim Rechtsstreit per definitionem immer einen Verlierer gibt, der geneigt sein kann, sich wegen seiner Niederlage in den Instanzen wenigstens eine Geldentschädigung bei der Staatskasse zu holen. Was *Vattenfall* heute mit der Klage beim Schiedsgericht nach der Energiecharta anbahnt – nämlich für den Fall der Niederlage beim Bundesverfassungsgericht zu versuchen, 4,7 Milliarden Euro beim Bund mit einem Schiedsspruch zu erlangen - , würde (zunächst beschränkt auf das Verhältnis zu Kanada, nach den Idealen der EU-Kommission aber für Europas Beziehungen zur ganzen Welt) dann für jeden finanziell gewichtigeren Normalfall in der allgemeinen täglichen, mehrtausendfachen Rechtspflege drohen. Die Beschränkung der deutschen Staatshaftung nach § 839 II 1 BGB auf *strafbares* Justizhandeln hat auch in dieser ganz anderen Risikolage für den Staatshaushalt ihren guten Grund – der sich auch in anderen europäischen Rechtsordnungen ausgewirkt hat.¹² Dasselbe gilt für das Zögern der deutschen Rechtsprechung, einen Geldersatz für „legislatives Unrecht“, etwa auch für Überschreitungen der Regelungsbefugnis nach Art. 14 I 2 GG vorzusehen.¹³

Das CETA kennt keine derartigen, verfassungsrechtlich wohlbegründeten Sicherungen gegen ein überdimensioniertes Haftungsrisiko aus dem normalen staatlichen Massenbetrieb. Die EU hat nicht die Kompetenz, sich selbst und die Mitgliedstaaten diesem Risiko auszusetzen. Vielmehr hat sie sich gemäß Art. 340 II AEUV auch zur Haftung für richterliches und gesetzgeberisches Verhalten an die Grundsätze zu halten, „die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“. Ein Dekretieren von ungebundener Staatshaftung gegenüber Investoren zu Lasten des Haushaltsplans ist ihr auch gegenüber den Mitgliedstaaten nicht erlaubt.

(2) *Korrigierung von Justiz.* - Das Investitionsgericht zielt aber auch auf die Justiz der EU und der Mitgliedstaaten. Deren Entscheidungen, sogar schon die Verfahren dahin, sind nach Art. 1.1 „Maßnahmen“, welche die abkommensbegründete einklagbare Haftung der betreffenden Vertragspartei auslösen können. Jede Gerichtsentscheidung zum Nachteil eines kanadischen Investors kann von ihm mit einer Verurteilung der EU oder des Mitgliedstaates beantwortet werden; schon die Eröffnung und Führung etwa eines Strafprozesses oder Insolvenzverfahrens, die

¹² Dörr (vorn Fn. 5), S. 10.

¹³ Dörr (vorn Fn. 5), S. 9; dazu noch nachstehend unter f), bei Fn. 17, 18.

Einforderung einer Steuer, kann diese Haftung auslösen, auch wenn sie am Ende nicht zu einer Entscheidung gegen den Investor geführt hat. In der Ziviljustiz sind besonders gefährdet Gerichtsentscheidungen zum Insolvenzrecht und zum Gesellschaftsrecht, da hier oft über Investitionen erheblichen Umfangs entschieden wird, die den Gang zu Investitionsgericht verlockend machen.¹⁴

Diese Belegung der Rechtsprechung mit Haftung ist unvereinbar mit dem Recht der EU und der Bundesrepublik. Die Union hat ihren Gerichtshof nach Art. 19 EUV, die Bundesrepublik ihre Gerichte gemäß Art. 92 ff GG, sie sind die „rechtsprechende Gewalt“, ohne welche die Bundesrepublik kein vollständiger Staat, die Union kein rechtsstaatlicher Hoheitsverband wäre. Rechtsprechung bedeutet, dass im Streit über Rechte und Pflichten aus dem anzuwendenden objektiven Recht *endgültig*, „letztverbindlich“ entschieden wird.¹⁵ Dem widerspricht es eklatant, wenn der im Rechtsstreit Unterlegene die Auseinandersetzung durch die Erhebung von Ersatzansprüchen fortsetzen und wenn dann eine neue Gerichtsentscheidung die vordem getroffene Entscheidung der Justiz verrufen und damit die Letztverbindlichkeit schwächen kann, die der Justiz doch immanent sein soll. Diejenigen, die im ordentlichen Verfahren erfolglos waren, werden dadurch zum Aufstand gegen die Justiz geradezu eingeladen. Der Rechtsstaat Bundesrepublik Deutschland und die der Rechtsstaatlichkeit ebenfalls verpflichtete Europäische Union würden durch das CETA auf eine Selbstbeschädigung ihrer Rechtspflege verpflichtet. Der Investitionsschutz nach dem Abkommen wäre ein Virus im Kern ihres Rechts- und Justizsystems, weil er latent jede gerichtliche Entscheidung, die zu Lasten eines kanadischen Investors und seiner Investition ausgeht, unter den Vorbehalt einer späteren Korrektur (mit Geld) nach dem CETA stellt.

Nach den mehrfachen Veröffentlichungen der Europäischen Kommission soll es bei dem CETA nicht bleiben. Die Kommission hält den Investitionsschutz nach seinem Muster vielmehr für den Standard, der in allen ihren Außenhandelsverträgen anzustreben ist. In Art. 8.29 wird sie deshalb auf ihr Modell eines Investitionsgerichts auch für die zukünftigen Abkommen mit anderen Drittstaaten verpflichtet, und zwar auch für Abkommen, die mit wirtschaftlichen Großmächten wie den USA und China eines Tages abgeschlossen werden könnten. Wenn diese Politik sich durchsetzt,

¹⁴ Über das Insolvenzrecht *Flessner*, ZIP 2016, 1046, 1052 f.

¹⁵ BVerfGE 103, 111 Rn. 112.

steht die europäische Rechtspflege schließlich weltweit unter einem Investitionsschutz-Vorbehalt. Dieser kann vom ausländischen Investor aktiviert werden, wenn die Größe seiner Investition den Gang zum Investitionsgericht wirtschaftlich rechtfertigt.

Betroffen sind von dem Vorbehalt alle Gerichtszweige, deren Sprüche Auswirkungen auf ausländische Investitionen haben: Verwaltungsgerichte, Finanzgerichte, Kartellbehörden und Kartellgerichte, Zivilgerichte. Sogar die Rechtsprechung zu reinem Schuldrecht steht unter Vorbehalt, da das CETA auch Ansprüche aus Darlehen und anderen Schuldverträgen zu den geschützten Investitionen zählt. Die Abweisung einer auf Vertrag gestützten Millionenklage in der Revision beim Bundesgerichtshof, diese bestätigt unter Umständen zusätzlich durch die Abweisung einer dagegen eingelegten Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht, muss also nie das letzte Wort in dem Rechtsstreit sein.

Der Investitionsschutz-Vorbehalt für die gesamte Rechtspflege schwächt die Justiz im Kern, er ist nach Art. 2 Satz 1 EUV („Rechtsstaatlichkeit“) und nach Art. 92 GG unzulässig.

Bei der EU kommt eine besondere Verantwortung für die Rechtspflege auch der Mitgliedstaaten hinzu. Die Union ist nach Art. 67 IV AEUV und Art. 81 AEUV zur Herstellung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts verpflichtet. Diese Verpflichtung setzt voraus, dass die Gerichtssysteme der Mitgliedstaaten, deren Entscheidungen unionsweit anerkannt werden sollen, intakt sind. Die Union darf sich nicht daran machen, sie durch Anerkennungsvorbehalte zu schwächen.

Die Schwächung der deutschen rechtsprechenden Gewalt durch den Investitionsschutz-Vorbehalt beschränkt auch die Gestaltungsmacht des Bundestages und damit das Wahlrecht deutscher Bürger nach Art. 38 GG. Denn es ist der Bundestag, der durch seine Gesetze zur Gerichtsverfassung und zum gerichtlichen Verfahren die Gerichte errichtet (Art. 74 I Nr. 1 GG), ihre Besetzung, allein oder mit den Bundesländern, regelt und ihnen durch seine Gesetze die Rechtsregeln gibt, nach denen sie entscheiden. Wenn die EU und schließlich auch der Bundestag für die Justiz den Investitionsschutz-Vorbehalt einführen, schwächen sie damit nicht nur die Rechtspflege und ihr Ansehen, sondern in Konsequenz auch

die bestehenden und künftigen Gesetze, die von der Rechtspflege angewendet werden sollen. An dieser Schwächung der mitgliedstaatlichen Justiz darf auch die Union wegen ihrer Verantwortung nach Art. 67 AEUV und Art. 81 AEUV nicht mitwirken.

e) Abgabehoheit

Zu den „Maßnahmen“, die nach Art. 8.18 und 8.23 CETA beim Investitionsgericht angegriffen werden können, gehören auch Steuer- und andere Abgabengesetze, Steuerveranlagungen und Urteile der Finanzgerichte. Ein kanadischer Investor kann also ein Urteil gegen die Bundesrepublik erwirken, welches seine Besteuerung für ungerecht und unbillig erklärt und deshalb dafür Schadensersatz anordnet. Das trifft den Nerv der deutschen Staatlichkeit.

Die Europäische Union hat keine Kompetenz, den Mitgliedstaaten Vorschriften über ihre Steuersysteme zu machen. Sie hat die Harmonisierungskompetenz für indirekte Steuern nach Art. 113 AEUV und sie kann von den Mitgliedstaaten die Vereinbarkeit der staatlichen Steuern und ihrer Erhebung mit den Grundfreiheiten nach dem Primärrecht und dessen Geboten in Art. 110 bis Art. 112 AEUV verlangen. Sie hat jedoch keine Befugnis, den Mitgliedstaaten durch Sekundärrecht oder Außenhandelsvertrag eine „gerechte und billige“ Besteuerung vorzuschreiben und dies mit Schadensersatzhaftung gerichtlich durchsetzen zu lassen. Hierin liegt eine krasse Überschreitung ihrer Zuständigkeiten.

Das CETA soll diesem Vorwurf dadurch ausweichen, dass in Art. 28.7 eine „Ausnahme“ für „Besteuerung“ geschaffen wird. Die Vorschrift ist verwickelt formuliert. Sie nennt in mehreren Absätzen „Steuermaßnahmen“, die vom Abkommen „unberührt“ bleiben sollen, und kommt dabei erst in Abs. 4 Buchst. f) zu der Aussage, dass bestehende Steuermaßnahmen, die in den vorangehenden Einzeltatbeständen nicht genannt sind, unberührt bleiben, falls „sich der Grad ihrer Konformität mit den Bestimmungen dieses Abkommens gegenüber der Situation unmittelbar vor der Änderung nicht verringert“. Damit ist, allerdings sehr versteckt, gesagt, dass *neue* Steuermaßnahmen nicht unter die Ausnahme fallen.

Der Investitionsschutz nach dem Abkommen bleibt demnach anwendbar auf die Einführung neuer Steuern und Abgaben. Eine neue deutsche Vermögensteuer oder Erbschaftsteuer, eine Maut für die Bundesstraßen, ein neuer Rundfunkbeitrag, eine neue Zweitwohnungsteuer in einer Kommune können demnach von kanadischen Investoren als „ungerecht und unbillig“ nach CETA angegriffen werden. Zu solchem Urteil über die deutsche Abgabengesetzgebung hat die EU keine Befugnis. Schon die sehr unübersichtliche Fassung der Freistellungsvorschrift kann in der Praxis als aufgenötigte CETA-Anwendung empfunden werden, selbst wenn die Freistellung gemäß Art. 28.7 dann im konkreten Fall bejaht werden kann.

f) Eigentumsordnung

In Art. 8.12 und dem Anhang 8-A regelt das CETA, was die *Enteignung* einer geschützten Investition ist, wann sie nach dem Abkommen erlaubt, wann verboten ist, und dass der Investor für die Enteignung prompt, adäquat und effektiv entschädigt werden muss. Wenn die Enteignung nach diesen Bestimmungen nicht erlaubt ist, weil sie nach dem anwendbaren Recht nicht auch mit einer Entschädigungsregelung verbunden ist, wird man dies als „ungerecht und unbillig“ im Sinne von Art. 8.18 ansehen müssen, was zu einer Verurteilung des enteignenden Hoheitsträgers (EU oder Mitgliedstaat) durch das Investitionsgericht zu Schadensersatz führen kann.

Diese Gesamtregelung verstößt gegen Art. 345 AEUV. Durch ihn wird den Mitgliedstaaten zugesichert, dass die „Verträge“ (EUV und AEUV) die „Eigentumsordnung“ in den verschiedenen Mitgliedstaaten „unberührt“ lassen. Die EU darf also die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten nicht antasten und schon gar nicht verändern. Das tut sie aber, wenn sie mit dem CETA für kanadische Investoren ein eigenes Enteignungssystem an die Stelle der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen setzt, denen die kanadischen Investoren sonst unterliegen würden.

Die Enteignungsregelung im CETA weicht auch in wesentlichen Punkten vom deutschen System ab, das in den Art. 14 und 15 GG sowie einigen Bundes- und Landesenteignungsgesetzen und subsidiär durch die ständige Rechtsprechung zum

sogenannten enteignungsgleichen Eingriff geregelt ist.¹⁶ Die wichtigste Abweichung ist, dass nach dem CETA auch für die „indirekte“ Enteignung zu entschädigen ist. Wenn sie durch Gesetz erfolgt oder auf Grund eines Gesetzes eintritt, ist sie an Art. 14 I 2 GG zu messen. Seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Nass-Auskiesungs-Fall¹⁷ wäre das Gesetz entweder eine angemessene Inhaltsbestimmung des Eigentums und damit unangreifbar und allenfalls ausnahmsweise als enteignungsgleicher Eingriff entschädigungswürdig, oder es wäre eine verfassungswidrige Überschreitung der mit Art. 14 I 2 GG an sich bestehenden Regelungsbefugnis; dann aber wäre es als nichtig zu behandeln und würde kassiert, würde den Staat grundsätzlich aber nicht zu einer Geldentschädigung verpflichten – ausgenommen auch hier die Haftung für enteignungsgleichen Eingriff.¹⁸

Dieses von Art. 14 GG vorgegebene System könnte auch das deutsche Zustimmungsgesetz zu CETA nur als verfassungsänderndes Gesetz gemäß Art. 79 II und III GG abwandeln. Dabei müsste dann auch verändert werden, dass nicht mehr die deutschen (ordentlichen) Gerichte über die Höhe der Entschädigung entscheiden (Art. 14 III 4 GG), sondern das vom CETA eingerichtete Investitionsgericht. Dies dürfte aber schon nach der Rechtsstaatsgarantie in Art. 79 III GG unzulässig sein.

Der Vorbehalt des Art. 345 AEUV zugunsten der landesrechtlichen Eigentumsordnung wird in der Rechtsprechung des EuGH und in der Regelungspraxis der EU allerdings nur mit Zurückhaltung ins Spiel gebracht.¹⁹ Das ist verständlich, wenn die EU etwa zur Herstellung des Binnenmarkts gemäß Art. 114 AEUV Rechtsangleichung betreibt, zum Beispiel das Kreditsicherungsrecht oder das Gesellschaftsrecht vereinheitlichen würde, oder gemäß Art. 81 II c AEUV jedenfalls das Kollisionsrecht für diese Gebiete. Diese Nutzung ihrer Kompetenzen ist der EU schwerlich möglich, ohne dass die mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen dadurch berührt werden.²⁰ Es ist auch verständlich, dass der EuGH den Art. 345 AEUV nicht

¹⁶ Neuere Überblicke bei *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rn. 1449-1456,

1481-1485, 1488-1494; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 14 Rn. 29-89.

¹⁷ BVerfGE 58, 300.

¹⁸ *Jarass* (oben Fn. 16), Art. 14 Rn. 56-58.

¹⁹ Übersichtlich darüber *Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 345 AEUV Rn. 6-8.

²⁰ Dazu jüngst *Basedow*, Die Entwicklung des Eigentumsrechts in der Europäischen Union, ZEuP 2016, 573-590.

als Hindernis betrachtet, wenn er landesrechtliche Regelungen von Eigentum an den Grundfreiheiten und sonstigem grundsätzlichen Primärrecht messen muss.²¹

Mit dem CETA geht es aber nicht um die Wahrung des Primärrechts, sondern um Eigentumsregelung durch von der EU selbst gesetztes *neues* Recht, und dieses gerichtet auf einen zentralen Punkt jeder Eigentumsordnung, nämlich das Verhältnis zwischen dem Staat und den Eigentümern auf seinem Gebiet. Die Regelungsmacht des Staates, mit der das Gemeinwohl, die Sozialpflichtigkeit des Eigentums, in das politisch angemessene Verhältnis zu den Eigentümerinteressen gebracht wird, ist geradezu der Ausgangspunkt für jede Eigentumsordnung. Um die Regelungsmacht der Mitgliedstaaten zu wahren, und damit auch ihre Enteignungs- und Sozialisierungsmacht, wurde der Vorbehalt der landesrechtlichen Eigentumsordnung schon in den EWG-Vertrag von 1957 aufgenommen.²² Mit dem Investitionsschutz nach Kapitel 8 des CETA soll im europäisch-kanadischen Verhältnis, auf die Länge aber gegenüber *allen* Drittstaaten, die Beziehung zwischen den Kapitaleigentümern und der hoheitlichen Staats- und Verbandsmacht durch das Investitionsschutz-System des Abkommens *ersetzt* werden. Das ist der Union nach Art. 345 AEUV nicht erlaubt.

g) Selbstwidersprüche

Mit dem Investitionsschutz nach dem CETA überschreitet die EU nicht nur ihre Kompetenzen (vorstehend a-e), greift hinüber in ein Reservat des Landesrechts (vorstehend f), sondern wendet sich auch gegen Primärrecht, das sie selbst verpflichtet, und gegen Sekundärrecht, das sie auf Grund unbezweifelnder Kompetenz selbst geschaffen hat. Die von Selbstwiderspruch betroffenen Gebiete sind die *Ziviljustiz* (1) und das *Beihilfenrecht* (2).

(1) *Justiz in Zivilsachen.* - Im Rahmen ihres Auftrags zur Herstellung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 67 ff AEUV) hat die EU gemäß Art. 81 AEUV zwei Verordnungen über die unionsweite Anerkennung zivilgerichtlicher Entscheidungen erlassen, die Investitionen betreffen können,

²¹ Darüber *Kühling* (Fn. 19), Rn. 17; *Basedow* (vorn Fn. 20), S. 577 f; ausführlich: *Ramaekers*, *European Union Property Law – From Fragments to a System*, 2013, S. 45-100, 120-124.

²² Ausführlich darüber *Kühling* (Fn. 19) Rn. 3, 4; *Ramaekers* (Fn. 21), S. 104-126.

nämlich die EuGVO²³ und die EuInsVO.²⁴ Nach diesen Verordnungen sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, zivilgerichtliche Verfahren in den anderen Mitgliedsstaaten unter den in den Verordnungen genannten Voraussetzungen anzuerkennen und die ergehenden Entscheidungen anzuerkennen und zu vollstrecken. Wenn es im Rahmen dieser Anerkennungspflicht zu gerichtlichen Verfahren, Entscheidungen oder gar Vollstreckungen zu Lasten eines kanadischen Investors kommt, sind auch diese „Maßnahmen“ im Sinne des CETA und können den betreffenden Staat (Anerkennungsstaat) ebenso haftbar machen wie den Staat, in dem das Verfahren stattfindet und aus dem die Entscheidung kommt (Verfahrens- und Entscheidungsstaat). Der Anerkennungsstaat wird also zusätzlich zum Entscheidungsstaat von der Union selbst der Entscheidung des Investitionsgerichts ausgesetzt, weil er seine unionsrechtliche Pflicht erfüllt.²⁵

Dasselbe ergibt sich schon für den Verfahrens- und Entscheidungsstaat. Denn die Verordnungen regeln in ihrem Anwendungsbereich auch die internationale *Zuständigkeit* der mitgliedstaatlichen Gerichte, und zwar auch gegenüber Klägern und Antragstellern aus Drittstaaten. Auch die Verfahrens- und Entscheidungsstaaten tun deshalb nur ihre unionsrechtliche Pflicht, wenn ihre Gerichte zum Missfallen eines kanadischen Investors sich für zuständig erklären oder ihre Zuständigkeit ablehnen und der Investor dadurch finanzielle Nachteile hat.

Zu solchem Selbstwiderspruch ist die Union nicht befugt. Sie hat die Kompetenz nach Art. 67, 81 AEUV und muss sie auch aktiv wahren. Dem widerspricht es, wenn sie die Anerkennung von Entscheidungen mit Nachteilen belegt für diejenigen Staaten, die sich an die Verordnungen halten. Zu einem solchen internen Rückwärtsgang hat die Union ihre Außenkompetenz nicht erhalten.

In dem Vorspruch zu dem CETA wird der eklatante Selbstwiderspruch nicht erklärt. Es kann sein, dass er von den Verhandlern der Europäischen Kommission nicht bemerkt worden ist. Auch in wissenschaftlichen Veröffentlichungen von Kommissionsbeamten, die mit der Aushandlung des Abkommens befasst waren,

²³ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 12. Dezember 2012, ABl. EU Nr. L 351 (Neufassung).

²⁴ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, ABl. 2000 Nr. L 160; ab 26.6.2017 ersetzt durch Verordnung (EU) Nr. 848/2015 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung), ABl. 2015 Nr. L 141, S. 19.

²⁵ Zum Insolvenzrecht *Flessner*, ZIP 2016, 1046, 1053.

kommt die Problematik nicht vor (wie überhaupt die Wirkung des Abkommens auf die europäische Justiz nicht).²⁶

Nicht einmal diejenige EU-Verordnung spricht den europäischen Justizraum an, mit der die Verteilung der Prozessführung und der Finanzierung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten geregelt wird, wenn ein Rechtsstreit über Investitionsschutz anhängig gemacht wird.²⁷ Die Verordnung schreibt zwar, wenn ein Investor sich über die Behandlung durch einen Mitgliedstaat beklagt, der Union die Prozessführung und die finanziellen Lasten zu, „wenn die Behandlung nach Unionsrecht vorgeschrieben war“ (Art. 13 I c). In den Erwägungsgründen wird aber nur der Fall genannt, dass der Mitgliedstaat eine Richtlinie der Union umsetzte.²⁸ Dass aber die gesamte mitgliedstaatliche Ziviljustiz gegenüber Drittstaaten bei ihrer internationalen Zuständigkeit und bei der unionsweiten Anerkennung der Entscheidungen nach Vorschrift des Unionsrechts handelt, wird nicht erwähnt; die erhebliche unionsweite Dimension des Themas wurde offenbar nicht erkannt oder bewusst ignoriert, weil die Kommission den Investitionsschutz als problemlos darstellen möchte. Oder sie hat den europäischen Justizraum und dessen Problem mit Investitionsschutz wegen ihrer Fixiertheit auf liberalisierende Außenhandelspolitik überhaupt nicht in den Blick genommen. Dies alles erweckt den Verdacht, dass das CETA wegen unzureichender Sachprüfung in den Organen der Union noch gar nicht beschlussreif ist.

(2) *Beihilfenrecht.* - Der Investitionsschutz nach dem CETA und nach den von der EU-Kommission betriebenen weiteren solchen Abkommen soll aus europäischer Sicht die europäischen Investoren im Ausland gegen unerwünschte „Maßnahmen“ des Investitionslandes dadurch schützen, dass die europäischen Investoren gegen den ausländischen Staat eine besondere Gerichtsbarkeit erhalten, die nach ihren eigenen Regeln dem ausländischen Staat eine Haftung auferlegen kann. Den europäischen Investoren wird so im Investitionsland das Rechts- und Prozessrisiko abgenommen, das sie hätten, wenn sie sich gegen die Maßnahme nach dem Recht und vor den Gerichten des Investitionslandes wehren müssten. Das ist eine Begünstigung gegenüber den dortigen heimischen Investoren und gegenüber

²⁶ So z. B. bei *Hoffmeister*, Archiv des Völkerrechts (AVR) 53 (2015), S. 35-67, der hervorhebt, dass er mit dem Beitrag „die zentralen juristischen Fragen“ ansprechen will (S. 36).

²⁷ Verordnung (EU) Nr. 912/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 zur Schaffung der Rahmenbedingungen für die Regelung der finanziellen Verantwortung bei Investor-Staat-Streitigkeiten vor Schiedsgerichten, welche durch internationale Übereinkünfte eingesetzt wurden, bei denen die Europäische Union Vertragspartei ist, ABl. 2014 Nr. L 257/121.

²⁸ Erwägungsgrund 7 zu der Verordnung.

solchen Investoren, die dort nicht durch ein Abkommen geschützt sind – eine *legislative Beihilfe* im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts.

Um diese Begünstigung „ihrer“ Investoren in Kanada zu erhalten, müssen die EU und ihre Mitgliedstaaten Gegenrecht gewähren, also auch kanadische Investoren in Europa so schützen. Die heimischen europäischen Investoren und diejenigen aus anderen Drittstaaten, die kein solches Abkommen mit der EU haben, erhalten diese legislative Beihilfe nicht, sie müssen sich weiterhin an das Recht und die Gerichtsbarkeit der EU und des für sie zuständigen Mitgliedstaats halten. Dadurch kann die legislative Bevorzugung der kanadischen Investoren durch den Investitionsschutz auch den Investitionswettbewerb auf dem europäischen Binnenmarkt verfälschen.

Das *Beihilfeverbot* in Art. 107 AEUV ist nach allgemeiner Ansicht nicht auf Beihilfen anwendbar, die von der EU selbst gewährt werden.²⁹ Hier ist aber zu bedenken, dass das CETA als gemischtes Abkommen auch von den Mitgliedstaaten abgeschlossen, die legislative Beihilfe also auch von ihnen gewährt wird. Das Beihilfeverbot beschränkt sich zudem auf mitgliedstaatliche Beihilfen deshalb, weil es eng mit der Beihilfeaufsicht der Union über ihre Mitgliedstaaten nach Art. 108 und 109 AEUV verknüpft ist. Diese Aufsicht kann und soll die Union natürlich nicht über sich selbst ausüben.

Der Union ist freilich auch ohne eine Herleitung aus Art. 107 AEUV untersagt, den Wettbewerb durch eigene Beihilfen zu verfälschen. Sie ist nach dem gesamten Vertragswerk auf die offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet; Ausdruck davon sind die Art. 119 bis 121 AEUV über die Wettbewerbspolitik. Nach diesen Grundsätzen sind Unionsbeihilfen nur erlaubt, wenn für sie besondere politische, vielleicht auch außenpolitische Gründe bestehen. Das ist für den Investitionsschutz aber nicht der Fall.

Freier Außenhandel kann international auch ohne Investitionsschutz vereinbart werden, das zeigen das Vertragssystem der Welthandelsorganisation (World Trade Organisation – WTO) und viele bilaterale Handelsverträge, besonders aus der Zeit

²⁹ Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2012, Art. 107 AEUV Rn. 5.

vor der „Erfindung“ und Ausbreitung des Investitionsschutzes unter dem Einfluss der Weltbank.³⁰ Die Europäische Kommission bringt für ihren Vorschlag auch nicht vor, dass Kapital aus Kanada für Europa ohne den Investitionsschutz nicht zu gewinnen oder teurer wäre.

Gegen die politischen und rechtlichen Risiken von Auslandsinvestitionen können die Kapitalenleger auch professionellen Versicherungsschutz erhalten; eine dieser Versicherungsinstitutionen wird ebenfalls von der Weltbank unterhalten.³¹

Versicherungsschutz muss vom Investor freilich bezahlt werden. Dies wird ihm durch den Investitionsschutz abgenommen, eine Staatskasse übernimmt nach dem anwendbaren Abkommen dieses Risiko und tritt im Versicherungsfall ein. Der Subventionscharakter des Investitionsschutzes wird durch diesen Vergleich besonders augenfällig. Der Investitionsschutz durch Abkommen wie das CETA steht in klarem Widerspruch zum Wettbewerbsprinzip im Recht der EU.

Die Begünstigung der kanadischen Investoren verstößt schließlich gegen das *Diskriminierungsverbot* in Art. 18 AEUV (in Verbindung mit Art. 54 AEUV) und in Deutschland gegen Art. 3 III GG. Die kanadischen Investoren werden im Wettbewerb auf dem Kapitalmarkt wegen ihrer Herkunft bevorzugt, die europäischen und die ausländischen, nicht von einem solchen Abkommen begünstigten Investoren werden benachteiligt. Sachliche Gründe dafür gibt es nicht. Kapital ist Kapital, seine Herkunft merkt man ihm nicht an, wenn es investiert wird – *pecunia non olet*. Es ist allein der *Anbieter* des Kapitals auf dem Markt, nach dessen Landeszugehörigkeit für den Investitionsschutz unterschieden wird.

Die Europäische Kommission gibt in ihrem Vorschlag keine Begründung dafür, wie der Investitionsschutz mit dem Grundsatz des unverfälschten Wettbewerbs in einem offenen Kapitalmarkts vereinbar sein und auf Abstand vom Diskriminierungsverbot gehalten werden soll. Auch hier besteht der Eindruck, dass die Fixierung der Gedanken auf die Wohlstandsgewinne, die mit der Liberalisierung des *Handels*

³⁰ Über die Entstehungsgeschichte des von der EU verfolgten Investitionsschutzes und den Einfluss der Weltbank dabei ausführlich *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2. Aufl. 2012; *Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch* (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook, 2015, Chapter 4.

³¹ Darüber etwa *Bungenberg u.a.* (oben Fn. 31), Chapter 12.

einhergehen sollen, die Kommission das wesentliche Wettbewerbsprinzip der Union auch für *Investitionen* hat vergessen lassen.

4. Verfahrensmängel

Die Europäische Kommission hat die Verhandlungen über das CETA seit 2011 zunächst geführt wie Unternehmen ihre Verhandlungen über einen größeren entgeltlichen Vertrag auf irgendeinem Gebiet der internationalen Wirtschaft. Ihr vom Rat für das TTIP-Abkommen erteilter Verhandlungsauftrag ist erst 2014 amtlich veröffentlicht worden, der für das CETA bisher amtlich überhaupt nicht, und die Verhandlungen wurden auch über rechtsstrukturelle Fragen (nicht nur über die kommerziellen) vertraulich geführt. Die Vertraulichkeit wurde gegenüber der nachfragenden Öffentlichkeit immer wieder damit begründet, dass man der anderen Seite nicht zu früh die eigene Strategie und die eigene Konzessionsbereitschaft zu erkennen geben darf.

Für einen völkerrechtlichen Vertrag wie das CETA ist diese Verhandlungsweise unangemessen. Das Abkommen hat *Verfassungsqualität*. Es soll die Beziehungen zu Kanada über die gesamte Breite der Wirtschaft auf unbestimmte Dauer festlegen und es soll unmittelbar, besonders mit dem Investitionsschutz, in den Innenbereich der Vertragspartner hineinwirken und bei alledem auch einen weltweiten Standard setzen, dem die EU für alle künftigen Abkommen folgen will; es soll also die Wirtschaftsverfassung sein, welche die EU schließlich dauerhaft umgibt und auch nach innen verpflichtet. Für ein so grundlegendes Abkommen wäre eine beständige öffentliche Erörterung in Europa und Kanada, auch eine ständige Rückkopplung mit den für das Gemeinwohl verantwortlichen Instanzen in Europa und Kanada notwendig gewesen und nicht ein abgeschirmtes Verhandeln wie unter Geschäftsleuten.

Die unangemessene Verhandlungsmethode ist nun nicht mehr rückgängig zu machen. Sie kann aber noch zu Verfahrensmängeln im bevorstehenden Beschlussverfahren führen. Der Beschluss des Rates, der den Vorschlägen der Kommission zustimmt, ist ein Rechtsakt der Union im Sinne von Art. 288 AEUV. Er ist deshalb „mit einer Begründung zu versehen“ (Art. 296 II AEUV). Zu solcher Begründung müssen die Vorschläge der Kommission den Rat vorbereiten. Die

Vorschläge enthalten als Begründung aber nur die Angabe der Ermächtigungsgrundlagen für den Rat und den Vorspruch zu dem Text des Abkommens. Er sagt in drei Sätzen, was die Vertragsparteien mit dem Vertrag erreichen wollen, und in fünf weiteren Sätzen, welche allgemeinen Grundsätze sie dabei beachten wollen.

An keiner Stelle ihrer Vorschläge gibt die Kommission zu erkennen, auf welche Grenzen ihrer Kompetenzen sie geachtet hat und wie der Inhalt des Abkommens sich in das schon bestehende Unionsrecht einfügt. Namentlich ist keiner der Punkte, an denen das Abkommen nach Auffassung der Beschwerdeführer gegen das Unionsrecht verstößt, auch nur als erklärungsbedürftig angesprochen. Vielmehr erwecken die Vorschläge und sämtliche öffentlichen Erklärungen der Kommission zu den neuen Handelsabkommen den Eindruck, dass die Kommission, wenn sie einmal die Planke ihrer Vertragsschlusskompetenz (Art. 216 AEUV) betreten hat, sich aller weiteren Voraussetzungen und Begrenzungen ihrer Hoheitsmacht enthoben fühlt und, so gestimmt, jeden unionsrechtlichen Einwand mit dem Hinweis auf diese Kompetenz abtun kann. Die Außenhandelskompetenz wird von der Kommission zur Überkompetenz erhoben.

Es ist nicht zu erwarten, dass der Rat, wenn er den Vorschlägen zustimmt, aus den Vorschlägen der Kommission eine ausreichende Begründung für seinen Beschluss entwickeln könnte. Einen Beschluss, der die nach Art. 296 II AEUV bestehende Begründungspflicht nicht erfüllt, muss die Bundesregierung ablehnen. Wenn sie es nicht tut, behindert sie damit auch den Deutschen Bundestag in seiner Mitwirkung in europäischen Angelegenheiten, die ihm vom Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union vom 13.12.2007 (ABl. Nr. C 306 S. 148) und vom deutschen Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 12.3.1993 (BGBl. I S. 311) zugesichert ist. Auch diese Mitwirkung des Bundestages gehört zu dem, worauf die Wahlberechtigten gemäß Art. 38 GG einen Anspruch haben.

5. Verfassungsidentität und Kompetenzkontrolle

Unter vorstehend IV.1-3 ist dargelegt worden, dass der grundsätzliche Regelungsansatz des CETA und sodann in zahlreichen Einzelheiten der

Investitionsschutz nach Kapitel 8 des Abkommens dem Unionsrecht und dem Grundgesetz widersprechen, und zwar hervorgehend aus einer grundsätzlichen Verhandlungsstrategie der EU-Kommission, welche eine Zustimmung des Rates zu dem CETA sogar mit einem Verfahrensmangel zu behaften droht (vorstehend 4.). Die Mitwirkung deutscher Staatsorgane an Verstößen gegen das Unionsrecht korrigiert das Bundesverfassungsgericht freilich nur zurückhaltend mit der Leitlinie, dass nur gegen *qualifizierte Verstöße* einzuschreiten ist, nämlich unter den Gesichtspunkten der Wahrung der deutschen Verfassungsidentität und der notwendigen Kontrolle Deutschlands darüber, ob die Union im Rahmen ihrer Kompetenzen geblieben ist.

Die Zurückhaltung wird begründet mit der Mitverantwortung für die europäische Integration, welche die Bundesrepublik gemäß Art. 23 GG und mit ihrer Zustimmung zu EUV und AEUV übernommen hat. Als Verletzung des Wahlrechts (Art. 38 GG) kann deshalb die Mitwirkung Deutschlands nur an solchen Rechtsakten der Europäischen Union angesehen werden, die zu einer „substantiellen Erosion der Gestaltungsmacht des deutschen Bundestages“ führen oder diejenigen Grundsätze missachten, die in Art. 79 III GG als unantastbar selbst für den deutschen Gesetzgeber erklärt sind, mit anderen Worten: welche die *Verfassungsidentität* der Bundesrepublik ausmachen. *Kompetenzüberschreitungen* der EU mit Hilfe deutscher Staatsorgane müssen deshalb „offensichtlich und strukturell bedeutsam“ sein, um eine Korrektur durch das Bundesverfassungsgericht zu rechtfertigen.³² Ein solcher Fall der offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitung liegt schon in dem misslungenen Versuch, den umfassenden Regelungsansatz des CETA mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (s. vorn bei IV.2.) zu vereinbaren. Er hat bedeutendes Gewicht auch deshalb, weil die Kommission in ihren öffentlichen Erklärungen den konzeptionellen Ansatz des Abkommens für ihre künftige Außenhandelspolitik und die künftigen weiteren Handelsabkommen als mustergültig betrachtet. Dabei scheint sie sich ihrer Politik so sicher zu sein, dass sie nicht einmal ihre klaren Übergriffe in die Steuerhoheit und die Eigentumssysteme der Mitgliedstaaten (vorstehend IV.3. e und f) als erklärungsbedürftig ansieht. Schon diesem anmaßenden Kompetenzverständnis der Kommission muss die Bundesregierung, auch im Interesse der Union selbst, als unvereinbar mit dem deutschen Zustimmungsgesetz zu EUV und AEUV prinzipiell entgegenreten.

³² So jüngst wieder ausführlich BVerfG, Urteil vom 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 ua.

In speziellerer Hinsicht ist der Investitionsschutz nach Kapitel 8 des CETA ein qualifizierter Grund für das Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts. Er ist es schon durch die Häufung der Punkte, in denen das Abkommen dem europäischen und dem deutschen Verfassungsrecht widerspricht (vorn IV.3.a-g). Aber auch manche CETA-Regeln allein rühren an die deutsche Verfassungsidentität oder überschreiten offensichtlich und strukturell bedeutsam den Kompetenzrahmen der EU. *Staatshaftung*, die der Bundesrepublik nach anderen als ihren eigenen, zum Teil in der Verfassung enthaltenen Haftungsregeln auferlegt wird, trifft den Kern des staatlichen Selbstverständnisses; *Auslagerung und Schwächung von Justiz* trifft die ganze rechtsprechende Gewalt, also einen der drei Bestandteile der Staatsgewalt; die *Selbstermächtigung zu Steuerkritik* berührt den empfindlichsten Bereich des Staates, die *Neudefinition der Beziehung zwischen Staat und Eigentümern* einen Pfeiler des mitgliedstaatlichen Sozial- und Wirtschaftssystems.

Es hilft dagegen auch nicht der Verweis darauf, dass es mit dem CETA nur um die europäisch-kanadischen Beziehungen geht. Dieselben Regelungen müssen den Investoren aus anderen Ländern angeboten werden, und sie gelten der Kommission sowie den großen Wirtschaftsverbänden als weltweit mustergültig. Und am Ende müssten sie zur Vermeidung von Diskriminierung auch den inländischen Kapitalanlegern angeboten werden, der Schutz von Kapitalanlegern nach besonderen Verfassungsregeln wäre dann komplett. Es ist erforderlich, dass die Bundesregierung der weltweiten Verbreitung und Verharmlosung dieses Sonderregimes für Kapitalanleger durch die EU von Anfang an entgegentritt.

V. Fassung der Anträge

1. Verfassungsbeschwerde

Die Bundesregierung verletzt die Rechte des Beschwerdeführers aus Art. 38 GG, wenn sie daran mitwirkt, dass das CETA im Rat der Europäischen Union angenommen wird (vorn zu IV.). Sie muss im Rahmen ihrer Möglichkeiten verhindern, dass es zum wirksamen Abschluss des Abkommens kommt, und darf deshalb dem Abkommen dort nicht zustimmen. Stimmenthaltung würde nicht ausreichen (Art. 238 IV AEUV), die Bundesregierung muss die Vorschläge der

Kommission *ablehnen*. Aus dieser Verpflichtung und § 95 I 1 BVerfGG erklärt sich der auf vorbeugenden Rechtsschutz gerichtete Feststellungsantrag.

Für die *Annahme* der Kommissionsvorschläge ist Einstimmigkeit im Rat erforderlich. Dies ist in der schon vorliegenden Verfassungsbeschwerde 2 BvR 1823/16 (Prof. Kempen) und in der Literatur ausführlich begründet worden.³³

Sollte der Rat mehrheitlich, und gegen die hier geforderte deutsche Ablehnung, eine andere Rechtsauffassung einnehmen und schon nach einer erreichten qualifizierten Mehrheit für das Abkommen dessen Annahme im Europäischen Parlament und in den Mitgliedstaaten betreiben, müsste die Bundesregierung die Einbringung der Zustimmungsvorlage in den Bundestag verweigern und die Europäische Union wegen der Vertragsverletzung beim Europäischen Gerichtshof verklagen. Der Beschwerdeführer behält sich vor, seinen Antrag dann umzustellen.

Noch anders wäre es, wenn die Europäische Kommission sich entschließen würde, das Abkommen als ein alleiniges der EU und Kanadas vorzuschlagen. Solange der Rat über den jetzt vorliegenden Vorschlag eines gemischten Abkommens nicht beschlossen hat, könnte die Kommission ihn im laufenden Verfahren noch zu einem auf Alleinabschluss gerichteten ändern (Art. 293 II AEUV), anderenfalls müsste sie ihn neu einbringen. In beiden Fällen wäre aber das erwartete Gutachten des EuGH zu dem Abkommen mit Singapur nicht auch für den Abschluss des CETA bindend. Die deutsche Bundesregierung müsste das deutsche Stimmrecht im Rat also auch dann so ausüben, wie vom Bundesverfassungsgericht angeordnet.

Würde der Rat auch in diesem Fall die nur mehrheitliche, nicht einstimmige Annahme des Kommissionsvorschlags zulassen und den Abschluss des Abkommens weiterbetreiben, müsste die Bundesregierung andere Mittel ergreifen, um das Wirksamwerden des Abkommens zu Lasten der Gestaltungsmacht des Bundestages und damit zu Lasten des Wahlrechts der deutschen Bürger zu verhindern oder zu korrigieren. Der Beschwerdeführer behält sich auch für diesen Fall eine Anpassung seiner Anträge vor.

³³ *Schiffbauer*, Mehrheitserfordernisse für Abstimmungen im Rat über TTIP, CETA & Co., EuZW 2016, 252-258.

2. *Einstweilige Anordnung*

Ohne die einstweilige Anordnung würde der hier mit der Verfassungsbeschwerde beantragte vorbeugende Rechtsschutz leerlaufen. Die mit der Verfassungsbeschwerde aufgeworfenen Rechtsfragen sind so weitreichend und grundsätzlich, dass mit einer längeren Dauer des Hauptsacheverfahrens gerechnet werden muss. Auch zeigt der von der Kommission gemachte Vorbehalt, nach dem für Januar 2017 erwarteten Gutachten des Gerichtshofs zu dem Singapur-Vertrag ihren Vorschlag noch auf einen anderen Abkommensinhalt umzustellen, dass es ihr jedenfalls zur Zeit gar nicht besonders eilig mit dem CETA ist. Durch einen schon jetzt erfolgenden zustimmenden Beschluss des Rates würde sie genötigt, das Annahmeverfahren für das CETA dann neu zu beginnen. Die Kommission wird also mindestens bis zu ihrer Entscheidung über die Konsequenzen, die sie aus dem Singapur-Gutachten ziehen will, durch einen einstweiligen Aufschub jedenfalls bis zu jenem Zeitpunkt in ihrem Interesse an dem CETA-Abschluss nicht schwerwiegend getroffen

Der Beschwerdeführer schließt sich im übrigen zur einstweiligen Anordnung voll den Begründungen des Antrags in den schon vorliegenden Verfassungsbeschwerden 2 BvR 1482/16, Seite 60 bis 62, und 2 BvR 1823/2016, Seite 124 bis 127 an.

Frankfurt am Main, 7. Oktober 2016

Prof. Dr. Axel Flessner

NB. Falls der Senat es wünscht, kann dieser Text auch elektronisch übermittelt werden.