

Bremen, Oktober 2014

**Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das
Comprehensive Economic and Trade Agreement
der EU und Kanada (CETA)**

Juristisches Kurzgutachten
im Auftrag von attac/München

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, LL.M. (EUI)
Johan Horst, LL.M. (Georgetown)

Zentrum für europäische Rechtspolitik (ZERP)
Fachbereich Rechtswissenschaft, Universität Bremen

A. Inhaltsverzeichnis

A. INHALTSVERZEICHNIS	2
B. FRAGESTELLUNG	3
C. RECHTSGUTACHTEN	4
I. EUROPARECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN DAS CETA	5
1. <i>Verbandskompetenz der EU</i>	5
a) Investitionsschutz: Materielle Regelungen	6
b) Investitionsschutz: Streitbeilegung zwischen Investor und Staat	8
c) Weitere Sachbereiche	9
d) Schaffung von Ausschüssen	10
e) Zwischenergebnis	10
2. <i>Ratifikationsverfahren auf Unionsebene</i>	11
a) Zustimmung des Europäischen Parlaments	11
b) Einstimmigkeit im Rat	11
3. <i>Materielle Rechtmäßigkeit</i>	11
a) ISDS-Schiedsklauseln des CETA.....	12
aa) Der Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung.....	12
bb) Die Autonomie der Unionsrechtsordnung und ISDS-Klauseln.....	13
cc) Verletzung der Autonomie der Unionsrechtsordnung.....	14
b) Die Ausschuss-Struktur des CETA-Abkommens	15
aa) Joint Committee	16
bb) Committee on Services and Investment	16
c) Menschen- und umweltrechtliche Anforderungen	17
aa) Materieller Verpflichtungsgehalt der Umwelt- und Menschenrechte für die EU	17
bb) Menschen- und Umweltrechte beim Abschluss des CETA	20
(1) Keine Absicherung der Menschen- und Umweltrechtsstandards im Investitionsschutzrecht.....	20
(a) Die Praxis der Investitionsschiedsgerichte.....	20
(b) Die Investitionsschutzklauseln des CETA.....	22
(c) Fehlende menschen- und umweltrechtliche Gewährleistungen im CETA.....	24
(2) Fehlende Sozialstandards.....	27
(3) Mangelhafte Gesundheits- und Umweltstandards	28
(4) Fehlender Schutz von Individual- und Allgemeingütern	29
d) Kommunale Selbstverwaltung, Art. 4 Abs. 2 EUV	31
II. GRUNDGESETZLICHE ANFORDERUNGEN AN DAS CETA	33
1. <i>Formelle Rechtmäßigkeit: Verfassungskonformes Zustandekommen</i>	33
a) Vertragsabschlusskompetenz.....	33
b) Gesetzgebungsverfahren	33
2. <i>Materielle Rechtmäßigkeit</i>	34
a) Art. 92 GG: Richterliches Rechtsprechungsmonopol beim Investitionsschutz.....	34
b) Art. 38 iVm 20 Abs. 1, 28 GG: Demokratische Rückbindung	35
c) Menschen- und Umweltrechte.....	36
d) Art. 28 Abs. 2 GG: Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung.....	36
III. RECHTSSCHUTZ	37
1. <i>Rechtsschutz auf EU-Ebene</i>	37
a) Nichtigkeitsklage, Art. 263 AEUV.....	37
b) Subsidiaritätsklage, Art. 263 AEUV.....	37
c) Gutachtenverfahren, Art. 218 Abs. 11 AEUV.....	38
2. <i>Rechtsdurchsetzung auf nationaler Ebene</i>	38
a) Verfassungsbeschwerde.....	38
b) Organstreitverfahren	39
D. ZUSAMMENFASSUNG	40

B. Fragestellung

Seit 2009 verhandelt die Europäische Kommission (KOM) mit Kanada über das Freihandels- und Investitionsabkommen, das Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). Das Abkommen war zunächst als reines Handelsabkommen geplant. Der Rat für Auswärtige Angelegenheiten hat aber im Jahr 2011 das Mandat für die Verhandlungen um ein Investitionskapitel erweitert. Das geplante CETA beinhaltet neben der Beseitigung von Zollhindernissen eine Reihe von Maßnahmen, die verfassungs- und europarechtliche Fragen aufwerfen. So sollen u.a. nichttarifäre Handelshemmnisse beseitigt, gesundheits- und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen koordiniert, der Handel mit Dienstleistungen liberalisiert, direkte und indirekte Investitionen geschützt, Qualifikationen gegenseitig anerkannt, die öffentliche Auftragsvergabe geöffnet und die Rechte des geistigen Eigentums angepasst werden. Ein ständiger Regulierungsrat – der sich aus Vertretern der EU und Kanadas zusammensetzt – soll gebildet und eine Schiedsgerichtsbarkeit für Investor-Staat-Streitigkeiten eröffnet werden. Seit August 2014 ist ein erster Entwurf des CETA öffentlich verfügbar.¹

Das folgende Gutachten untersucht diesen "CETA Consolidated Text" vom 5. August 2014 auf seine europa- und verfassungsrechtliche Rechtmäßigkeit. Das Gutachten beschränkt sich auf ausgewählte Regelungsbereiche des CETA. Es erhebt keinen Vollständigkeitsanspruch, sondern konzentriert sich auf diejenigen Regelungen, die in der öffentlichen Diskussion im Vordergrund standen und stehen.

In diesem Zusammenhang stellen sich vor allem die folgenden drei Fragekomplexe:

1. Ist das CETA in seiner vorliegenden Form europarechtskonform? Beachtet es die europäische Verbands- und Organkompetenzordnung? Steht das CETA im Einklang mit den unionsrechtlichen Anforderungen, insbesondere auch hinsichtlich der Vorgaben der Europäischen Grundrechtecharta (GRCh)?
2. Ist das CETA in seiner vorliegenden Form verfassungsgemäß? Welche Vorgaben macht das Grundgesetz für ein Freihandels- und Investitionsabkommen? Wie müssen die deutschen Staatsorgane, ggf. in den Gremien der EU (wie dem Rat), die Verfassungskonformität des CETA sicherstellen?
3. Mit welchen rechtlichen Mitteln können die Europa- und Verfassungskonformität des CETA überprüft werden?

¹ Der Verhandlungsentwurf ist verlinkt bspw. bei Anthony, Auf dem Weg in die Paralleljustiz, Tagesschau v. 14.8.2014, abrufbar via <http://www.tagesschau.de/wirtschaft/ceta-101.html>.

C. Rechtsgutachten

I. Europarechtliche Anforderungen an das CETA

Im Hinblick auf die europarechtlichen Anforderungen ist zwischen der Verbandskompetenz (1.), den Anforderungen an ein ordnungsgemäßes Ratifikationsverfahren (2.) und den materiellrechtlichen Anforderungen (3.) zu differenzieren .

1. Verbandskompetenz der EU

Nach dem in Art. 5 Abs. 1 EUV kodifizierten Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung benötigt die Europäische Union für jeden Rechtsakt, durch den sie die Mitgliedstaaten bindet oder Organe schafft, eine Ermächtigungsnorm. Diese muss entweder unmittelbar in den Unionsverträgen enthalten sein oder sich auf sie zurückführen lassen.² Dies gilt uneingeschränkt auch für das Außenverhältnis der Union, so dass auch jedes Handeln der Union im Verhältnis zu Drittstaaten oder internationalen Organisationen einer vertraglichen Kompetenzzuweisung bedarf. Dem entspricht es auch, dass die Union keine Generalermächtigung für den Abschluss völkerrechtlicher Abkommen besitzt. Vielmehr muss sich die Kompetenz der EU für jeden einzelnen Sachbereich eines völkerrechtlichen Abkommens aus dem Unionsrecht ergeben.³ Zwar wird vereinzelt davon ausgegangen, dass die kompetenzförmige Zuordnung für den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages „in Ansehung seines wesentlichen Gegenstandes“ vorzunehmen ist „und nicht anhand einzelner Bestimmungen, die alles in allem den Charakter von Neben- und Hilfsbestimmungen haben“.⁴ Aufgrund des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung kann dies aber für die Kompetenzabgrenzung im Verhältnis zwischen EU und Mitgliedstaaten nicht gelten; eine regelnde Tätigkeit in Einzelbereichen ohne Spezialermächtigung ist auch als Neben- oder Hilfsbestimmung gerade nicht vorgesehen. Insofern darf nicht auf den Schwerpunkt des Vertrages abgestellt werden. Selbst wenn nur in Bezug auf einzelne Bestimmungen des völkerrechtlichen Vertrages eine EU-Kompetenz fehlt, muss dieser als gemischtes Abkommen verabschiedet werden, auch wenn diese Bestimmungen „von untergeordneter Bedeutung sind.“⁵ Weil Freihandelsabkommen i.d.S. regelmäßig eine Vielzahl von Kompetenzbereichen betreffen, sind in der Rechtspraxis auch nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon alle jüngeren Handelsabkommen als gemischte Abkommen⁶ geschlossen worden.⁷

Das CETA umfasst eine Vielzahl von Regelungsbereichen: Niederlassungsfreiheit, Zuwanderung, Bildungsanerkennung, Datenschutz, Urheberrecht, Finanzdienstleistungen, Investitionsschutz. Es ist deshalb zu prüfen, ob der EU für die Regelung der jeweiligen Sachbereiche im CETA eine Kompetenz zukommt. Wenn der Union für Teile des Abkommens die Verbandskompetenz fehlt, müsste ein sog. „gemischtes Abkommen“ geschlossen werden, an dem auch die Mitgliedstaaten als Vertragsparteien beteiligt und nach ihren jeweiligen nationalen Vorgaben in den Ratifikationsprozess einbezogen werden.

In einem aktuellen Gutachten zum CETA, das Franz C. Mayer im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums verfasst hat, wurde bereits ausführlich dargelegt, dass die EU keine

² Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, 2014, Art 5 EUV Rn. 13.

³ Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, 2014, Art. 207 AEUV Rn. 91.

⁴ Hahn, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4.Aufl. 2011, Art. 207 Rn. 59.

⁵ Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, 2014, Art. 207 AEUV Rn. 91.

⁶ Vgl. zu gemischten Abkommen allgemein: Eeckhout, EU External Relations Law, 2. Aufl. 2011, S. 212ff.

⁷ Hahn, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4.Aufl. 2011, Art. 207 Rn. 67.

ausschließliche Kompetenz zum Abschluss des CETA besitzt.⁸ Die nachfolgenden Ausführungen zur Verbandskompetenz beschränken sich deshalb auf einige besonders problematische Sachbereiche.

a) Investitionsschutz: Materielle Regelungen

Das CETA enthält u.a. ausgeprägte Regelungen zum Investitionsschutz.⁹ Gemäß Kapitel 10 Art. X.3. CETA umfasst der Begriff der Investition:

„Every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk.“

Hierunter soll unter anderem „kinds of interest in an enterprise“ (Kapitel 10 Art. X.3. CETA, „investment“ lit. e) fallen.

Ferner werden in Kapitel 15 Art. X.1. Nr.3 und 4 sowie Art. X.19 und X.20 CETA weite Teile des materiellen Investitionsschutzes sowie des Staat-Investor-Schiedsverfahrens auf den gesamten Bereich der Finanzdienstleistungen ausgeweitet. Nach der äußerst weit gefassten Definition des Art. X.2. lit. a) Kapitel 15 CETA umfasst der Begriff Finanzdienstleistung

„any service of a financial nature. Financial services include all insurance and insurance related services, and all banking and other financial services (excluding insurance), as well as services incidental or auxiliary to a service of a financial nature.“

Eine Kompetenz der EU für die Regelung des Investitionsschutzes könnte sich aus Art. 207 Abs. 1 S. 1 AEUV ergeben. Danach kommt der EU im Rahmen der Gemeinsamen Handelspolitik (GHP) die Kompetenz zur Regelung ausländischer Direktinvestitionen zu. Sehr umstritten ist, ob diese Kompetenz eng auszulegen ist und nur *Handelsaspekte* der Investition umfasst¹⁰ oder ob sie eine umfassende Kompetenz zur Regelung *aller* mit ausländischen Direktinvestitionen zusammenhängender Sachbereiche begründet.¹¹ Unter Berufung auf unionsrechtliche und internationale Entwicklungen wird zumindest einhellig „[...] davon ausgegangen, dass eine Direktinvestition eine dauerhafte und direkte Beziehung zwischen dem Investor und dem Unternehmen sowie eine gewisse effektive Mindesteinflussmöglichkeit des Investors auf die Unternehmenspolitik voraussetzt.“¹² Diese Auffassung hatte bereits das Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil vertreten:¹³

„Mit der Erweiterung der gemeinsamen Handelspolitik auf ‚ausländische Direktinvestitionen‘ (Art. 207 Abs. 1 AEUV) wird der Europäischen Union auch für diesen Bereich eine ausschließliche Kompetenz zugewiesen. Allerdings spricht vieles dafür, dass der Begriff ‚ausländische Direktinvestitionen‘ nur diejenigen Investitionen umfasst, die dem Kontrollerwerb eines Unternehmens dienen [...]. Dies hätte zur Folge, dass die ausschließliche Kompetenz nur für Investitionen dieses Typs besteht, während darüber

⁸ Mayer, Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 28. August 2014.

⁹ Vgl. Kapitel 10 CETA.

¹⁰ Krajewski, External trade law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more democratic common commercial policy?, CMLRev. 2005, S. 91ff (114).

¹¹ Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, 2014, Art. 207 AEUV Rn. 40.

¹² Herrmann, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, EuZW 2010, 207ff. (208f).

¹³ BVerfGE 123, 267 ff. (420).

hinausgehende Investitionsschutzverträge als gemischte Abkommen geschlossen werden müssten.“

Portfolioinvestitionen, d.h. solche Investitionen, die nicht auf eine Mindesteinflussnahme abzielen, fallen somit nach einhelliger Meinung nicht unter den Begriff der Direktinvestitionen und daher, aufgrund des insofern klaren Wortlauts,¹⁴ auch nicht unter die Kompetenznorm von Art. 207 Abs. 1 AEUV.¹⁵ Das Investitionsschutzkapitel des CETA wäre demnach nur von Art. 207 Abs. 1 AEUV gedeckt, wenn es ausschließlich Regelungen zu ausländischen Direktinvestitionen im Sinne von Art. 207 Abs. 1 AEUV enthielte.

Kapitel 10 Art. X.3. CETA verwendet jedoch einen breiten Investitionsbegriff, ohne besondere Anforderungen an eine Mindesteinflussmöglichkeit durch die Investition zu stellen. Ferner enthält auch das Kapitel zu Financial Services eine Reihe von Regelungen, die auch Portfolioinvestitionen erfassen. Das CETA differenziert demnach nicht zwischen von durch Art. 207 Abs. 1 AEUV umfassten ausländischen Direktinvestitionen und den davon nicht abgedeckten Portfolioinvestitionen, sondern regelt beide gleichermaßen. Da die EU aber aus Art. 207 Abs. 1 AEUV keine Kompetenz in Bezug auf Portfolioinvestitionen besitzt, verbleibt die Kompetenz in Bezug auf Portfolioinvestitionen bei den Mitgliedstaaten. Für deren Regelung muss ein gemischtes Abkommen geschlossen werden.¹⁶ Dies gilt umso mehr, da die Erstreckung der Investitionsschutzregeln auf den weiten Bereich der Finanzdienstleistungen ebenfalls eindeutig nicht von Art. 207 AEUV umfasst ist.

Vereinzelte wird zwar versucht zu begründen, dass sich aus einer sog. implizit konkurrierenden Außenkompetenz der EU, die aus der Innenkompetenz ableitbar sei, eine Kompetenz der EU zum Abschluss völkerrechtlicher Vereinbarungen auch in Bezug auf Portfolioinvestitionen ergebe.¹⁷ Dies ist allerdings abzulehnen.¹⁸ Denn die Ausweitung der Kompetenz der Union auf ausländische Direktinvestitionen durch den Lissabon-Vertrag wurde in Kenntnis der Differenzierung zwischen ausländischen Direktinvestitionen und Portfolioinvestitionen vorgenommen. Wenn die Mitgliedstaaten durch den Vertrag von Lissabon eine Begründung der Kompetenz der Union auch für Portfolioinvestitionen bezweckt hätten, dann hätten sie in Art. 207 AEUV nicht den insofern eindeutig begrenzten Begriff der ausländischen Direktinvestition verwendet. Zudem kommt die Begründung einer implizit konkurrierenden Außenkompetenz auch aus systematischen Gründen nicht in Betracht. Denn wenn der Union über eine implizit konkurrierende Außenkompetenz ohnehin die Kompetenz zukommen würde, alle mit einer Investition zusammenhängenden Regelungen zu erlassen, wäre die Ausweitung der Kompetenz der Union durch den neuen Art. 207 AEUV nur noch von deklaratorischer Bedeutung gewesen. Jedoch wurde die im Lissabon-Vertrag vorgesehene Ausweitung der Kompetenz der Union auf ausländische Direktinvestitionen ausdrücklich damit begründet, dass die Union bisher keine Kompetenz in diesem Bereich besitze. Eine Ausweitung der Kompetenzen der Union im Wege der implizit konkurrierenden Außenkompetenz steht damit eindeutig in Widerspruch zum Regelungsgehalt des durch den Lissabon-Vertrag eingefügten Art. 207 AEUV.

¹⁴ Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon. Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 83, 2009, S. 16.

¹⁵ Siehe u.a. Hahn, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 207 Rn. 43; Bungenberg, Die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten „nach Lissabon“, in: Ders./Griebel/Hindelang (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 2010, S. 81ff.;

¹⁶ Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, 2014, Art. 207 AEUV Rn. 92.

¹⁷ Hindelang/Maydell, Die Gemeinsame Europäische Investitionspolitik – Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 2010, S. 11ff.

¹⁸ Hierzu schon Mayer, Fn. 8, S. 12 f.

Systematisch scheitert die Begründung einer impliziten Außenkompetenz aus Art. 63 ff. AEUV ferner daran, dass Art. 63 AEUV inhaltlich ein Beschränkungsverbot aufstellt. Die investitionsschutzrechtlichen Regelungen des CETA gehen jedoch über ein Beschränkungsverbot weit hinaus, so dass sich insofern auch keine implizite Außenkompetenz aus Art. 63ff. AEUV ableiten lässt. Schließlich ist für implizite Außenkompetenzen in teilweiser Kodifikation der AETR Rechtsprechung Art. 216 Abs. 1 AEUV geschaffen worden.¹⁹ Selbst wenn man annimmt, dass neben Art. 216 Abs. 1 AEUV überhaupt noch Raum für weitere ungeschriebene Kompetenzen besteht, dürften derartige Kompetenzen zumindest den Regelungsgehalt von Art. 216 Abs. 1 AEUV nicht unterlaufen. Denn nach Art. 216 Abs. 1 AEUV kommt der Union eine ungeschriebene Kompetenz zur Verwirklichung eines der in den Verträgen genannten Ziele nur dann zu, wenn dies erforderlich ist. Schon nach der eher weiten Auslegung setzt die Erforderlichkeit voraus, dass eine „Vertragsschlusskompetenz notwendig ist, um eine bestehende Binnenkompetenz effektiv auszuüben [...]“.²⁰ Dies ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn es möglich ist, ein gemischtes Abkommen zu schließen,²¹ so dass in Bezug auf das CETA jedenfalls nicht von einer Erforderlichkeit iSd. Art. 216 Abs. 1 AEUV auszugehen ist. Wenn eine ungeschriebene Außenkompetenz aber schon nach den Kriterien des Art. 216 Abs. 1 AEUV nicht vorliegt, wäre es systemwidrig, außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 216 AEUV an das Vorliegen impliziter Außenkompetenzen noch geringere Anforderungen zu stellen. Eine derartig weite Auslegung der EU-Außenkompetenzen, die keine Verankerung mehr im Wortlaut der Verträge hat, dürfte zudem das in Art. 5 Abs. 1 EUV kodifizierte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung unterlaufen.

b) Investitionsschutz: Streitbeilegung zwischen Investor und Staat

Für Streitigkeiten zwischen Investor und Staat sieht das CETA die schiedsgerichtliche Streitbeilegung (sog. *investor-state dispute settlement*, ISDS) vor. Diese umfasst wie bereits dargelegt auch den weiten Bereich der Finanzdienstleistungen. Solche Schiedsklauseln sind (mit Ausnahme der Finanzdienstleistungen) nicht selten Bestandteil bilateraler Investitionsschutzverträge und ermöglichen es einem Investor, einen Staat vor einem Schiedsgericht zu verklagen.

Damit stellt sich die Frage, ob die Kompetenz der EU zur Regelung ausländischer Direktinvestitionen nach Art. 207 AEUV auch die Aushandlung investitionsschutzrechtlicher Schiedsklauseln umfasst. Teilweise wird hierzu vertreten, dass diese Norm der EU eine umfassende Kompetenz in Bezug auf ausländische Direktinvestitionen zuweise, die auch die Aushandlung von Schiedsklauseln umfasse. Diese pauschale Ausweitung der Kompetenz zur Regelung ausländischer Direktinvestitionen begegnet jedoch erheblichen Bedenken. Denn die Übertragung der Judikativfunktion und die daraus resultierenden Haftungsrisiken benötigen eine spezielle Kompetenzgrundlage.²² Dies ergibt sich grundlegend daraus, dass die Übertragung von Judikativfunktionen rechtlich eine Übertragung von Hoheitsrechten bedeutet.

Selbst wenn man für Art. 207 AEUV von einer Kompetenz zur Aushandlung von Schiedsklauseln ausgeht, so kann diese nur so weit reichen wie der materielle Gehalt der Kompetenznorm. CETA beinhaltet jedoch Schiedsklauseln, die nicht nur Streitigkeiten in Bezug auf ausländische Direktinvestitionen umfassen, sondern auch auf Portfolioinvestitionen anwendbar wären. Da die

¹⁹ Siehe hierzu Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 6, 2011, Rn. 5152 ff.

²⁰ Vöneky/Beylage-Haarmann, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, 2014, Art. 216 AEUV Rn. 11.

²¹ Hindelang/Maydell, Fn. 17, S. 69 in Fn. 225.

²² Siehe Krajewski, Fn. 10, S. 114.

Union aber schon keine Kompetenz zur Regelung von Portfolioinvestitionen besitzt, kann sie für diese auch keine Schiedsklauseln vereinbaren.²³

Besonders problematisch ist zudem, dass CETA den Anwendungsbereich der Schiedsklauseln auf den Bereich der Finanzdienstleistungen ausweitet. Dieser Bereich ist nicht von Art. 207 AEUV umfasst. Eine Kompetenz für die Aushandlung von Schiedsklauseln, sofern sie auf den Bereich Finanzdienstleistungen zielen, könnte sich deshalb nur als Annexkompetenz aus Art. 63 ff. AEUV ergeben, die den Kapital- und Zahlungsverkehr betreffen. Aus den nach innen gerichteten Kompetenznormen im Rahmen der Marktfreiheiten kann aber keine pauschale Kompetenz folgen, für diese Bereiche nach außen Schiedsverfahren zu etablieren. Denn die Union weist die Aufgabe der Rechtsprechung den mitgliedstaatlichen Gerichten (sofern sie Unionsrecht anwenden) und dem EuGH zu. Die unionsrechtliche Aufgabenzuweisung zur Rechtsprechung etabliert grundsätzlich ein abschließendes und aufeinander abgestimmtes System des Rechtsschutzes für das Unionsrecht. Änderungen an diesem System, wie die Schaffung des Gerichtes der Europäischen Union (EuG, ehemals Gericht Erster Instanz) oder die Unterwerfung unter die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) bedurften deshalb der Primärrechtsänderung. Der Union kommt mithin nach Innen schon nicht die Kompetenz zu für weite Teile der Marktfreiheiten, wie der Dienstleistungsfreiheit oder der Warenverkehrsfreiheit pauschal einen Schiedsmechanismus zu schaffen, der außerhalb der unionsrechtlichen Gerichtsbarkeit steht. Zwar geht der EuGH davon aus, dass der Union beim Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages im Einzelfall die Kompetenz zukommen kann, sich einer externen Gerichtsbarkeit für die diesen völkerrechtlichen Vertrag betreffenden Streitigkeiten zu unterwerfen.²⁴ Diese Kompetenz beinhaltet aber nicht die pauschale und weitgehende Übertragung von Judikativfunktionen der Unionsgerichte auf externe Stellen. Eine solche Unterwerfung kann vielmehr nur dort erfolgen, wo das Rechtsprechungsmonopol des EuGH für das Unionsrecht nicht betroffen ist. So hat der EuGH in Bezug auf die Schaffung eines Patentgerichtes festgehalten, dass es den Mitgliedstaaten untersagt sei, die Zuständigkeit für Patentstreitigkeiten an ein internationales Gericht zu übertragen, obwohl die Union gar keine Zuständigkeit für Patentstreitigkeiten besitze. Denn dies würde den Gerichten der Mitgliedstaaten als ‚ordentlichen Unionsgerichten‘ die Aufgabe entziehen, das Unionsrecht durchzuführen.²⁵ Dies gilt auch für die Übertragung von Judikativfunktionen durch die Union. Somit hat die Union im Rahmen der Marktfreiheiten keine pauschale Kompetenz zur Etablierung von Schiedsgerichten für ganze Wirtschaftsbereiche. Sie darf Judikativfunktionen nicht ohne Weiteres an Mechanismen übertragen, die außerhalb der unionsrechtlichen Gerichtsbarkeit stehen. Die Union besitzt deshalb keine umfassende Annexkompetenz zur Schaffung von Schiedsgerichten für alle Sachbereiche des Unionsrechts. Aus den Art. 63 ff. AEUV ergibt sich mithin keine Kompetenz zur Etablierung von Schiedstribunalen für den Bereich der Finanzdienstleistungen.

Schließlich bestehen für die Mitgliedstaaten im Rahmen von Investitionsschutzverfahren erhebliche Haftungsrisiken. Auch für die Begründung der Haftung der Mitgliedstaaten im Rahmen von Investitionsschutzverfahren hat die Union keine Kompetenz.²⁶

c) Weitere Sachbereiche

Daneben ist die Verbandskompetenz der EU in einer ganzen Reihe weiterer Regelungsbereiche des CETA höchst problematisch. Dies gilt vor allem für den Bereich Verkehr, betrifft daneben aber auch

²³ Mayer, Fn. 8, S. 15f.

²⁴ Vgl zu den materiellen Anforderungen an die Übertragung von Judikativfunktionen ausführlich unten I.3.a.

²⁵ EuGH, Gutachten 1/09 vom 8.3.2011 – Patentgericht, Rn. 80.

²⁶ Mayer, Fn. 8, S. 16.

den Bereich des Schutzes des geistigen Eigentums (siehe insbesondere die Kompetenzausübungsschranke in Art. 345 AEUV, der die mitgliedstaatliche Disposition über die Eigentumsordnung schützt), die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen, den Arbeitsschutz, die gute Herstellungspraxis im Arzneimittelbereich sowie aufenthaltsrechtliche Vorschriften und Normen zur Regelung des Verwaltungsverfahrens. In diesen Bereichen – für Details sei auf das Gutachten von Franz C. Meyer verwiesen – hat die EU nur eingeschränkte Kompetenzen. Das CETA geht über diese hinaus.²⁷

d) Schaffung von Ausschüssen

Das CETA etabliert ferner einen administrativen Unterbau, der aus einem CETA Joint Committee und einer Reihe spezialisierter Ausschüsse besteht.²⁸ Diesen überträgt das CETA weitreichende Kompetenzen in Bezug auf die Durchführung des Abkommens.²⁹ Fraglich ist allerdings, ob die Schaffung dieser Ausschuss-Struktur mit der Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten vereinbar ist. In den Ausschüssen sind ausschließlich Exekutivvertreter der Union und Kanadas, nicht jedoch der Mitgliedstaaten repräsentiert, obwohl es sich bei dem CETA um ein gemischtes Abkommen handelt.

Der Union kommt keine alleinige Kompetenz zur Regelung aller Sachbereiche des CETA zu. Sofern in den Ausschüssen Sachbereiche behandelt werden, für die die Mitgliedstaaten zuständig sind, geht die Kompetenz der Ausschüsse über die Kompetenz der Union hinaus. Eine solche Kompetenz kann auch nicht über den Weg einer Annexkompetenz begründet werden. Denn die Union hat gerade keine Kompetenz zum Abschluss des Abkommens, sofern Sachbereiche betroffen sind, für die die Mitgliedstaaten zuständig sind. Sie kann dann aber insofern auch nicht die Kompetenz zur Schaffung eines Ausschusses besitzen, welcher in diesen Sachbereichen tätig werden soll.

Auch für den Fall, dass das CETA als gemischtes Abkommen geschlossen wird, kann dieser Kompetenzmangel nicht behoben werden. Der EU können nicht einfach im Wege eines gemischten Abkommens neue Kompetenzen übertragen werden. Völkerrechtliches Nebenunionsrecht ist nach der Rechtsprechung des EuGH im Gegenteil nur soweit zulässig, wie es die unionale Kompetenzordnung nicht verfälscht.³⁰ Das CETA darf daher keine Ausschüsse einrichten, in denen die Mitgliedstaaten nicht repräsentiert sind. Die Union ist nicht „zur Kompetenzverschiebung durch den Abschluss gemischter Abkommen befugt“.³¹

Mithin ist die derzeitige Ausschuss-Struktur des CETA wegen Verstoßes gegen die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten europarechtswidrig. Dies könnte allenfalls dadurch kompensiert werden, dass auch Vertreter der Mitgliedstaaten für die Ausschüsse bestellt werden, sofern diese Sachbereiche betreffen, für die nach unionaler Kompetenzverteilung den Mitgliedstaaten die Kompetenz zukommt.

e) Zwischenergebnis

Der EU fehlt für zahlreiche Bereiche des CETA die Regelungskompetenz, die damit weiterhin den Mitgliedstaaten zukommt. Damit hat die EU auch keine alleinige Vertragsabschlusskompetenz, sondern die Mitgliedstaaten der EU müssen dem CETA zustimmen. Das CETA ist also ein sog.

²⁷ Ausführlich hierzu Mayer, Fn. 8, S. 16ff.

²⁸ CETA, Kapitel 30, „Administrative and Institutional Provisions“. Art. X.01.

²⁹ Vgl. zu den Ausschüssen ausführlich unten I.3.b.

³⁰ EuGH, Urteil vom 27. 11. 2012 – C-370/12, Pringle, Rn. 158.

³¹ Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 216 AEUV Rn. 43.

„gemischtes Abkommen“. Aber auch wenn das CETA als gemischtes Abkommen geschlossen wird, verstößt die Einrichtung der Regulierungsausschüsse gegen die Verbandskompetenz der EU, solange die Mitgliedstaaten in den Ausschüssen nicht repräsentiert sind. Ein Verstoß gegen die Kompetenzverteilung kann auch nicht dadurch geheilt werden, dass die Mitgliedstaaten im Rat dem Abschluss des CETA zustimmen. Denn die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten steht nicht zur Disposition der Vertragsparteien. Sie kann deshalb auch nicht durch völkerrechtlichen Vertrag oder durch das Abstimmungsverhalten im Rat umgangen werden. Zudem dürfte aus verfassungsrechtlicher Sicht die deutsche Vertreterin im Rat gar nicht dem Abschluss eines kompetenzwidrigen Abkommens zustimmen.

2. Ratifikationsverfahren auf Unionsebene

Fraglich ist sodann, wie das Verfahren für die Ratifikation des CETA auszugestalten ist. Das Verfahren für die Zustimmung der Mitgliedstaaten ergibt sich aus den jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften; für Anforderungen des Grundgesetzes sei auf die Darstellung in Teil II dieses Gutachtens verwiesen.

Die unionsrechtlichen Vorgaben für die Ratifikation des CETA sind den Art. 207 und 218 AEUV zu entnehmen.

a) Zustimmung des Europäischen Parlaments

Nach Art. 218 Abs. VI UAbs. 2 lit. a) Ziff. iii) AEUV, den auch Art. 207 AEUV nicht derogiert, muss das Europäische Parlament solchen Übereinkünften zustimmen, die durch die Einführung von Zusammenarbeitsverfahren einen besonderen institutionellen Rahmen schaffen. Das CETA sieht u.a. die Bildung eines Ausschusssystem und eines Regulierungsrates vor,³² die einen solchen institutionellen Rahmen darstellen. Daraus folgt, dass für eine Ratifikation des CETA nach Unionsrecht die Zustimmung des Europäischen Parlaments notwendig ist.

Die Zustimmungspflicht ergibt sich zudem aus Art. 218 Abs. VI UAbs. 2 lit. a) Ziff. iv) und Ziff. v) AEUV, da über die Schiedsgerichtsvereinbarung und die Zollbefreiungen erhebliche finanzielle Folgen für die EU eintreten können (Ziff. iv). Zudem ist im Hinblick auf eine Reihe von Regelungsbereichen des CETA das ordentliche Gesetzgebungsverfahren vorgesehen (Ziff. v). Dies gilt beispielsweise für die Migration von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (Art. 46 AEUV), Qualifikationsanerkennungen (Art. 53 AEUV) oder den Umweltschutz (Art. 192 AEUV).

b) Einstimmigkeit im Rat

Nach Art. 207 Abs. IV UAbs. 2 AEUV muss der Rat – also nach Art. 15 EUV die jeweiligen Fachminister – über den Abschluss von Handelsabkommen einstimmig beschließen, wenn es sich um ein Abkommen über den Dienstleistungsverkehr, Handelsaspekte des geistigen Eigentums oder Direktinvestitionen handelt. Da das CETA alle drei Bereiche betrifft, reicht eine qualifizierte Mehrheit im Rat nicht aus. Die EU kann das CETA nur bei einstimmiger Zustimmung im Rat ratifizieren.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Ferner stellt sich die Frage, ob die im CETA enthaltenen Regelungen die materiellen Anforderungen des Unionsrechts erfüllen. Gemäß Art. 205 AEUV wird das Handeln der Union auf internationaler Ebene „von den Grundsätzen bestimmt, von den Zielen geleitet und an den allgemeinen Bestimmungen ausgerichtet, die in Titel V Kapitel 1 des Vertrages über die Europäische Union niedergelegt sind.“

³² Hierzu unten I.3.b.

Damit wird vor allem auf Art. 21 EUV Bezug genommen, in dem die allgemeinen Bestimmungen für das auswärtige Handeln der Union niederlegt sind. Die Bezugnahme in Art. 205 AEUV ist keine lediglich deklarativ wirkende Erklärung, sondern stellt eine verbindliche Verpflichtung der EU zur Beachtung dieser Grundsätze, Ziele und allgemeinen Bestimmungen dar, die justiziabel ist.³³ Gemäß Art. 21 Abs. 1 EUV ist die EU in ihrem Handeln auf internationaler Ebene unter anderem auf Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, die universelle Gültigkeit und Unteilbarkeit der Menschenrechte sowie die Grundsätze des Völkerrechts verpflichtet. Ferner enthält Art. 21 Abs. 1 EUV eine Festlegung hinsichtlich nachhaltiger Entwicklung und Umweltschutz. „Die damit systemisch angelegte Politisierung der Gemeinsamen Handelspolitik wird durch das durch den Vertrag von Lissabon deutlich aufgewertete Kohärenzgebot in Art. 21 Abs. 3 Unterabs. 3 EUV n.F. nochmals intensiviert.“³⁴ Das CETA müsste diesen unionsrechtlichen Anforderungen inhaltlich genügen.

a) ISDS-Schiedsklauseln des CETA

Zunächst stellt sich die Frage, ob die im CETA vorgesehenen Schiedsgerichtsklauseln für Investor-Staat-Streitigkeiten (ISDS), die auf den Bereich der Finanzdienstleistungen ausgeweitet werden, materiell mit Unionsrecht vereinbar sind. Dies ist zweifelhaft im Hinblick auf eine Reihe von EuGH-Gutachten zur Frage, ob und inwiefern es für Mitgliedstaaten möglich ist, sich durch völkerrechtlichen Vertrag einer zusätzlichen Gerichtsbarkeit zu unterwerfen. Relevant sind hier vor allem das EWR 1-Gutachten zur EWR-Gerichtsbarkeit,³⁵ das GELR-Gutachten zur Streitbeilegung im Zusammenhang mit dem gemeinsamen europäischen Luftverkehrsraum³⁶ und das Gutachten zur Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems.³⁷ Der EuGH hat die Schaffung derartiger Gerichtsbarkeiten von unterschiedlichen Voraussetzungen abhängig gemacht,³⁸ die sich aus dem Grundsatz der Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung ergeben.³⁹

aa) Der Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung

In seinem EWR-Gutachten stellte der EuGH heraus, dass „ein internationales Abkommen, das ein Gerichtssystem mit einem Gerichtshof vorsieht, der für die Auslegung der Bestimmungen dieses Abkommens zuständig ist, nicht grundsätzlich unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht“ sei.⁴⁰ Jedoch dürfe die Schaffung eines solchen Gerichtes nicht dazu führen, „die in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung der Gemeinschaft zu beeinträchtigen“, deren Wahrung der Gerichtshof sichere.⁴¹ Im GELR-Gutachten bekräftigt der EuGH die im EWR-Gutachten aufgestellten Grundsätze und hält fest, dass durch externe Gerichtsbarkeiten das dem Gerichtshof zuerkannte Monopol für die Feststellung der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Gemeinschaftsorgane nicht in

³³ Nettesheim/Duvigneau, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 205 Rn.1; Cremer, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 205 Rn. 2.

³⁴ Tietje, Fn. 14, S. 19f.

³⁵ EuGH, Gutachten 1/91 vom 14.12.1991 – EWR 1.

³⁶ EuGH, Gutachten 1/00 vom 18.4.2002 – GELR.

³⁷ EuGH, Gutachten 1/09 vom 8.3.2011 – Patentgericht.

³⁸ Vgl. eine Zusammenfassung der Voraussetzungen: EuGH, Patentgericht-Gutachten, Rn. 74ff.

³⁹ Vgl. zur Autonomie der Unionsrechtsordnung und Investitionsschiedsgerichten: Hindelang, Der primärrechtliche Rahmen einer EU-Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU Abkommen, WHI-Paper 01/11, abrufbar unter <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0111.pdf>.

⁴⁰ EuGH, EWR-Gutachten, Fn. 35, Rn. 70.

⁴¹ EuGH, EWR Gutachten, Fn. 35, Rn. 35.

Frage gestellt werden dürfe.⁴² Schließlich stellt er in Bezug auf Patentstreitigkeiten fest, dass es zwar zutreffe,

„dass der Gerichtshof für die Entscheidung in Klageverfahren zwischen Einzelnen im Zusammenhang mit Patenten nicht zuständig ist, da diese Zuständigkeit den Gerichten der Mitgliedstaaten übertragen ist, doch können Letztere die Zuständigkeit für die Entscheidung über solche Rechtsstreitigkeiten nicht einem durch ein internationales Übereinkommen geschaffenen Gericht übertragen, das diesen Gerichten in dem fraglichen Bereich ihre Aufgabe entziehen würde, als ‚ordentliche Unionsgerichte‘ das Unionsrecht durchzuführen, und damit auch die in Art. 267 AEUV vorgesehene Möglichkeit oder gegebenenfalls die Verpflichtung, den Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen.“⁴³

Der Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung begrenzt daher deutlich den Gestaltungsspielraum bei der Einrichtung von Investitionsschiedsgerichten.

bb) Die Autonomie der Unionsrechtsordnung und ISDS-Klauseln

Diese aus dem Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung fließenden Anforderungen werden im Schrifttum auf die primärrechtliche Zulässigkeit einer Investitionsschiedsgerichtsbarkeit übertragen.⁴⁴ Denn auch investitionsschiedsgerichtliche Fallgestaltungen können die Autonomie der Unionsrechtsordnung potenziell unterlaufen.⁴⁵ Dies wäre bspw. dann der Fall, wenn ein Schiedsgericht „damit befasst wird, festzustellen, ob Unionssekundärrecht einen Verstoß gegen Investorenrechte aus einem Investitionsschutzabkommen darstellt.“⁴⁶ Ferner ist es möglich, dass etwa ein Mitgliedstaat zur Rückforderung einer Beihilfe europarechtlich verpflichtet ist und von einem Investitionsschiedsgericht deshalb zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt werden könnte.⁴⁷ Dies stellt die Autonomie der Unionsrechtsordnung deshalb in Frage, weil die Zahlung von Schadensersatz dem Investor faktisch die Vorzüge einer unionsrechtswidrig gestatteten Beihilfe erhalten und somit einen unionsrechtswidrigen Zustand darstellen würde.

Deshalb wird in der Literatur hervorgehoben, dass der Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung sehr enge Grenzen für die Zulässigkeit einer Investitionsschiedsgerichtsbarkeit setze.⁴⁸ Die Schaffung von Investitionsschiedsgerichten sei zwar nach EU Recht nicht von vornherein ausgeschlossen, setze aber eine Vorlagepflicht für die Schiedsgerichte voraus:

⁴² EuGH, GELR-Gutachten, Fn. 36, Rn. 24.

⁴³ EuGH, Patentgericht Gutachten, Fn. 37, Rn. 80.

⁴⁴ Vgl. u.a. Herrmann, The Role of the Court of Justice of the European Union in the Emerging EU Investment Policy, in: The Journal of World Investment & Trade 15 (2014), S. 570ff.; Hindelang, Der primärrechtliche Rahmen einer EU-Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU-Abkommen, in: Bungenberg/ Herrmann (Hrsg.), Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 2011, S. 157ff (177f.); Burgstaller, Dispute Settlement in EU International Investment Agreements with Third States: Three Salient Problems, in: The Journal of World Investment & Trade 15 (2014), S. 551ff. (569).

⁴⁵ Hindelang, Fn. 44, S. 173ff.

⁴⁶ Bings, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 2014, S. 120.

⁴⁷ Vgl. zu dieser Konstellation: Hindelang, Fn. 44, S. 177f.

⁴⁸ Burgstaller, Dispute Settlement in EU International Investment Agreements with Third States: Three Salient Problems, in: The Journal of World Investment & Trade 15 (2014), S. 551ff.; Lavranos, Designing an International Investor-to-State Arbitration System After Opinion 1/09, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg.), Common Commercial Policy after Lisbon, 2013, S. 199ff.

„To the extent that investment tribunals may apply and interpret EU law in an international arbitration under an EU IIA, which seems likely to be the case, investment tribunals could not settle such disputes. This is because they would, as a matter of EU law, have to be in a position to request a preliminary ruling on the interpretation of the EU Treaties from the CJEU in accordance with Article 267 TFEU. In effect, it would seem that the EU could only include investor-State arbitration clauses in EU IIAs with third States following a change in EU primary law such that investment tribunals could request a preliminary ruling. Even if the EU were to make this change, the EU’s treaty partners are unlikely to accept a dispute settlement mechanism which would require, or even provide the possibility of a tribunal to request a preliminary ruling from the CJEU.”⁴⁹

Sofern Investitionsschiedsgerichte demnach EU-Recht auslegen oder anwenden, ist dies nach hM nur zulässig, wenn eine Einbindung derselben in das Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV sichergestellt sei. Dies setzt allerdings eine Primärrechtsänderung dahingehend voraus, dass die Investitionsschiedsgerichte nach Art. 267 AEUV zur Vorlage berechtigt sind.⁵⁰ Denn bislang sind sie dies nach der Rechtsprechung des EuGH⁵¹ sowie einhelliger Meinung in der Literatur⁵² nicht.

Der Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung geht allerdings noch weiter. Denn mit diesem Grundgedanken stellt der EuGH klar, dass die Etablierung einer Parallelgerichtsbarkeit im Rahmen der EU nicht dazu führen darf, dass an die Handlungen der Union und der Mitgliedstaaten Anforderungen gestellt werden, die zu materiellem Unionsrecht in Widerspruch geraten können. Ferner darf durch eine Parallelgerichtsbarkeit die unionale Kompetenzaufteilung nicht unterlaufen werden. In der Gesamtschau wird dadurch letztlich an die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit die Anforderung einer sehr umfassenden und weitgehenden Kohärenz mit den materiellen und kompetenziellen Vorgaben des Unionsrechts gestellt.

cc) Verletzung der Autonomie der Unionsrechtsordnung

Das durch das CETA vorgesehene Investitionsschiedsverfahren entspricht diesen Anforderungen nicht. Das CETA verfügt über keinerlei Regelungen zur Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung. Vielmehr kann es Konflikte zwischen unionalen und investitionsschutzrechtlichen Anforderungen erzeugen, die auch nicht durch ein im Wege der Primärrechtsänderung umzusetzendes Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV kompensiert werden können. Dies betrifft nicht nur die bereits genannten Beihilfekonstellationen. Zu direkten Widersprüchen zwischen Entscheidungen eines Schiedsgerichts mit Unionsrechts kann es überall dort kommen, wo Zahlungspflichten eines Investors aus umweltrechtlichen, abgabenrechtlichen, oder steuerrechtlichen Vorgaben durch Zuerkennung von Schadensersatz durch ein Schiedsgericht faktisch konterkariert werden. Dies wirkt umso schwerer, da die Schiedsgerichtsbarkeit durch CETA auch auf den gesamten Bereich der Finanzdienstleistungen ausgeweitet wird und deshalb einen weiteren Wirtschaftsbereich einschließt. In Bezug auf Finanzdienstleistungen ist völlig ungeklärt, wie sich die Tätigkeit der Schiedsgerichte auf Anleger_innen oder auf Sachverhalte mit Insolvenzbezug auswirkt. Auch das Auslegungsmonopol des EuGH ist nicht hinreichend sichergestellt – dies schon allein deshalb, weil die Schiedsgerichte Klauseln des CETA auslegen. Das CETA ist aber als

⁴⁹ Burgstaller, Fn. 48, S. 569.

⁵⁰ Hindelang, Fn. 44, S. 183.

⁵¹ Vgl. u.a. EuGH, Urteil vom 23.3.1982, Rs. 102/81, Nordsee Hochseefischerei; EuGH, Urteil vom 27.01.2005, C-125/04, Denuit & Cordenier v. Transorient.

⁵² Statt aller: Bings, Fn. 46, S. 119f.

völkerrechtliches Abkommen „integrierender Bestandteil der Unionsrechtsordnung“.⁵³ Darüber hinaus dürfte eine faktische Auslegung von Unionsrecht durch Schiedsgerichte jedenfalls auch dann vorliegen, wenn ein Schiedsgericht darüber befindet, ob eine Handlung eines Unionsorgans oder eines Mitgliedstaates in Vollzug von Unionsrecht gegen Zusicherungen der Investitionsschutzklauseln verstößt.

Das im CETA vorgesehene Investitionsschiedsverfahren ist deshalb mit dem Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung unvereinbar und damit europarechtswidrig.

b) Die Ausschuss-Struktur des CETA-Abkommens

Das CETA schafft mit der Ausschuss-Struktur einen eigenen administrativen Unterbau. Ausgestaltung und Funktion der Ausschüsse ergeben sich vor allem aus Kapitel 30, „Administrative and Institutional Provisions“. Art. X.01 Abs. 1 dieses Kapitels etabliert das CETA Joint Committee, welches nach Abs. 3 eine generelle Zuständigkeit für alle Fragen im Zusammenhang mit dem CETA besitzt und nach Abs. 4.b. auch die Arbeit der Sonderausschüsse (Specialized Committees) überwacht.

Das Joint Committee wird gebildet aus Exekutivvertretern der EU und Kanadas. Das Joint Committee bildet nicht nur das CETA fort, es beaufsichtigt auch die speziellen Ausschüsse und macht ihnen weitgehende Vorgaben (siehe Art. X.01 des Administrativkapitels). Das Joint Committee hat dabei auch inhaltlich zahlreiche Befugnisse. So kann dieser Ausschuss den Vertragsgegenstand nicht unwesentlich erweitern. Die Befreiungstatbestände im Hinblick auf die Erhebung von Einfuhrzöllen (Art. 5 des Kapitels zu „National Treatment and Market Access for Goods“) soll der Ausschuss genauso erweitern können wie die „Rules of Origin“ (Art. 34 des betreffenden Kapitels). Schließlich soll der Ausschuss darüber bestimmen können, welche weiteren Immaterialgüterrechte in das Abkommen einbezogen werden sollen (Art. X.03 des Investitionsschutzkapitels). Bindungen des Ausschusses werden hier nicht genannt.

Die in Art. X.02 geregelten Sonderausschüsse sind unter anderem das Committee on Trade and Goods⁵⁴, das Committee on Services and Investment⁵⁵, das Joint Customs Cooperation Committee⁵⁶, das Sanitary and Phytosanitary Committee⁵⁷, das Financial Services Committee⁵⁸ und das Sustainable Development Committee.⁵⁹ Die Aufgaben und die Ausgestaltung der Specialized Committees sind grundsätzlich in Kapitel 30 und daneben in den jeweiligen Kapiteln des CETA geregelt, welche die Sachbereiche betreffen, die unter die Zuständigkeit des jeweiligen Ausschusses fallen. Auch den zahlreichen Sonderausschüssen kommen eine Reihe teilweise sehr weitreichender Aufgaben in Bezug auf die Weiterentwicklung, Ausgestaltung und Interpretation des CETA zu.

Diese Ausschuss-Struktur muss die innerunionale Kompetenzverteilung wahren. Denn völkervertraglich darf die europäische Kompetenzordnung nicht verfälscht werden.⁶⁰ Eine Verfälschung würde aber beispielsweise dann eintreten, wenn durch die Ausschuss-Struktur ein Unionsorgan in den ihm nach Unionsrecht zukommenden Kompetenzen beschnitten würde, etwa indem Beteiligungsrechte des Europäischen Parlaments oder Auslegungskompetenzen des EuGH

⁵³ Vgl. Ehrlicke, in: Streinz, EUV/AEU, 2. Aufl. 2012, Art. 267 AEUV Rn. 21.

⁵⁴ Kapitel 30, Art. X.02. Abs. 1 a.

⁵⁵ Kapitel 30, Art. X.02. Abs. 1 b.

⁵⁶ Kapitel 30, Art. X.02. Abs. 1 c.

⁵⁷ Kapitel 30, Art. X.02. Abs. 1 d.

⁵⁸ Kapitel 30, Art. X.02. Abs. 1 f.

⁵⁹ Kapitel 30, Art. X.02. Abs. 1 g.

⁶⁰ EuGH, Urteil vom 27. 11. 2012 – C-370/12, Pringle, Rn. 158.

unterlaufen werden. Wenn und sofern also die Mitwirkung in den Ausschüssen rechtliche Handlungen betrifft, für die nach Unionsrecht besondere Verfahrens- und Kompetenzvorschriften gelten, muss die Union daher sicherstellen, dass diese nicht durch die Ausschuss-Struktur unterlaufen werden.

Allgemein stellt das Unionsrecht hier für jeden Aufgabenbereich eines Ausschusses die Anforderung, dass die Vertretung der Union so ausgestaltet wird, dass die Rückbindung der Entscheidung an die demokratischen und rechtsstaatlichen Erfordernisse des Unionsrechts gewahrt bleibt. Dies bedeutet etwa, dass überall dort, wo das Europäische Parlament nach innerunionalen Vorgaben an der Verabschiedung einer Regelung zu beteiligen wäre, sichergestellt werden muss, dass die parlamentarische Beteiligung auch in den Ausschüssen möglich ist. Deshalb muss für das CETA Joint Committee sowie für jeden Sonderausschuss gesondert geprüft werden, inwiefern die Arbeit desselben mit unionalen Verfahren und Organkompetenzen konkurriert.

aa) Joint Committee

Das Joint Committee erhält im CETA insbesondere die Möglichkeit, den Vertragsgegenstand im Bereich der Immaterialgüterrechte, der Zollaussnahmen und der Herkunftsregeln materiell auszuweiten. Eine inhaltliche Grenzbestimmung für diese Ausweitung findet sich im CETA nicht.

Das ist vor dem Hintergrund der unionalen Kompetenzverteilung insbesondere deshalb problematisch, weil Art. 218 AEUV dem Europäischen Parlament bei der Begründung neuer völkerrechtlicher Verbindlichkeiten Beteiligungsrechte einräumt. So können bspw. rechtliche Verpflichtungen, die „erhebliche finanzielle Folgen für die Union“ haben, nur nach Zustimmung des Europäischen Parlamentes begründet werden (Art. 218 Abs. 6 UAbs. 2 lit. a) Ziff. iv) AEUV. Da die Zolleinnahmen nach Art. 28 und 31 AEUV der EU als eigene Mittel (Art. 311 AEUV) zustehen, kann die Ausweitung von Zollbefreiungen nicht ohne eine fallbezogene Zustimmung des Europäischen Parlamentes beschlossen werden.

Bereits daher ist die Kompetenzübertragung an das Joint Committee rechtswidrig.

bb) Committee on Services and Investment

Ferner müssen – im Folgenden soll dies exemplarisch anhand des Committee on Services and Investment untersucht werden⁶¹ – auch die Spezialausschüsse den unionsrechtlichen Kompetenzrahmen beachten. Das Committee on Services and Investment ist unter anderem für die mit dem Investitionsschutzkapitel zusammenhängenden Fragen zuständig.⁶² Die Aufgaben und Zuständigkeiten des Committee on Services and Investment ergeben sich unter anderem aus Art. X 42 des Kapitel 10 CETA.

Eine der wichtigsten Aufgaben des Committee on Services and Investment besteht darin, dass es für die Schiedsribunale verbindliche Interpretationen des CETA erarbeiten kann.⁶³ Schon das NAFTA-Abkommen enthält für den Investitionsschutz in Art. 1131 Abs. 2 eine ähnliche Regelung für die NAFTA-Kommission.⁶⁴ Dieser Mechanismus wird als neue Form⁶⁵ zur Bindung und Kontrolle der

⁶¹ Vgl. Kapitel 30, Art. X.02. Abs. 1 b.

⁶² Vgl. Tams, Procedural Aspects of Investor-State Dispute Settlement: The Emergence of a European Approach?, in: The Journal of World Investment & Trade, 15 (2014), S. 585ff. (599f).

⁶³ Vgl. Kapitel 10, Art. X.27. Abs. 2.

⁶⁴ Vgl. Tams, Fn. 62, S. 599f.

Schiedsribunale verstanden.⁶⁶ Denn dadurch soll gewährleistet werden, dass die Tribunale bei der Auslegung der Investorenrechte nicht über das von den Vertragsparteien gewollte Schutzniveau hinausgehen. Allerdings ist aus unionsrechtlicher Sicht problematisch, ob die EU völkervertraglich einen derartigen Ausschuss mit Kompetenz zur verbindlichen Auslegung schaffen darf.

Unionsrechtlich kommt grundsätzlich dem EuGH die Aufgabe zur verbindlichen Auslegung des Unionsrechts zu.⁶⁷ Dies gilt auch für völkerrechtliche Verträge, die der EuGH in ständiger Rechtsprechung als Handlungen der Unionsorgane unter Art. 267 Abs. 1 b. AEUV subsumiert.⁶⁸ Die Union kann aus den oben im Zusammenhang mit der Errichtung der Schiedsgerichtsbarkeit genannten Gründen⁶⁹ dem EuGH die Auslegungskompetenz im Hinblick auf das Unionsrecht nicht durch die Schaffung einer Ausschuss-Struktur entziehen.

Schließlich sind durch die Zuweisung der verbindlichen Auslegungskompetenz nicht nur Kompetenzen des EuGH betroffen, denn an den Auslegungserklärungen partizipieren auch andere EU-Organe wie das Europäische Parlament nicht. Dieses ist aber bei der Begründung völkervertraglicher Pflichten nach Art. 218 AEUV einzubeziehen. Die Zuweisung der Auslegungskompetenz an den Ausschuss nimmt deshalb dem Europäischen Parlament wichtige Einflussmöglichkeiten, die diesem bei der Aushandlung und Verabschiedung von EU-Recht zustehen. Auf diese Einflussmöglichkeiten kann das Europäische Parlament auch nicht a priori verzichten. Es darf dem CETA vielmehr nur dann zustimmen, wenn sichergestellt ist, dass die Fortentwicklung des CETA durch die Spezialausschüsse die Beteiligungsrechte des Europäischen Parlaments nach Art. 218 AEUV wahrt.

Das Committee on Services and Investment ist – *pars pro toto* – demnach nur dann unionsrechtskonform, wenn sichergestellt wird, dass die Kompetenzen der Mitgliedstaaten, des EuGH, des Europäischen Parlaments und anderer Unionsorgane nicht durch die Verlagerung der Kompetenzen auf den Ausschuss beeinträchtigt werden.

c) Menschen- und umweltrechtliche Anforderungen

In inhaltlicher Hinsicht ist zudem fraglich, ob das CETA die menschen- und umweltrechtlichen Vorgaben beachtet.

aa) Materieller Verpflichtungsgehalt der Umwelt- und Menschenrechte für die EU

Die Union ist bei der Aushandlung der materiellen Schutzstandards des Investitionsschutzrechts und der sonstigen Inhalte des CETA auch an die umwelt- und menschenrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts gebunden.

Die umweltrechtlichen Vorgaben ergeben sich insbesondere aus Art. 37 GRCh („Ein hohes Umweltschutzniveau und die Verbesserung der Umweltqualität müssen in die Politiken der Union einbezogen und nach dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung sichergestellt werden.“) und aus Art. 191 ff. AEUV.

⁶⁵ Vgl. z.B. van Aaken, *Delegating Interpretative Authority in Investment Treaties: The Case of Joint Commissions*, University of St. Gallen Law School. Law and Economics Research Paper Series, Working Paper No. 2013-22, S. 19 (veröffentlicht in: *Transnational Dispute Management* 11 (2014)).

⁶⁶ Vgl. Tams, Fn. 62, S. 599f.

⁶⁷ Art. 19 Abs. 1 EUV.

⁶⁸ Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union. Kommentar*, 2014, Art. 267 AEUV Rn. 20.

⁶⁹ Siehe oben I.3.a.

Die wichtigsten Menschenrechtskodifikationen, die im vorliegenden Zusammenhang einschlägig sind, sind die Europäische Grundrechtecharta (GRCh), die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und ihr Erstes Zusatzprotokoll (ZP I EMRK) in der Fassung der Protokolle 11 und 14,⁷⁰ die Europäische Sozialcharta von 1961 (ESC),⁷¹ die revidierte Europäische Sozialcharta von 1996 (RESC),⁷² der Internationale Pakt für bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt),⁷³ der Internationale Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt)⁷⁴ sowie die Internationale Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenkonvention).⁷⁵ Schließlich sind für den Untersuchungskontext die Kernarbeitsnormen der International Labour Organisation (ILO) heranzuziehen, so wie sie in den acht Übereinkommen über Vereinigungsfreiheit und Schutz des Vereinigungsrechtes (1948), Vereinigungsrecht und Recht zu Kollektivverhandlungen (1949), Zwangsarbeit (1930), Abschaffung der Zwangsarbeit (1957), Gleichheit des Entgelts (1951), Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (1958), Mindestalter (1973) und Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (1999) sowie der den Regelungsgehalt dieser Übereinkommen zusammenfassenden „Erklärung über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit“ der ILO zum Ausdruck kommen.⁷⁶

Im Rahmen der Aushandlung des CETA sind die Unionsorgane gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV an die GRCh gebunden, die mit dem Lissabonvertrag formale Rechtsverbindlichkeit erlangt hat. Sie legt detailliert den Rahmen der unionsrechtlichen Grundrechtsbindung fest.⁷⁷ Ihr Anwendungsbereich ist nach Art. 51 GRCh u.a. immer dann eröffnet, wenn Unionsorgane handeln. Die GRCh gilt für die Unionsorgane daher immer und jederzeit; damit gilt sie auch im Rahmen der Aushandlung völkerrechtlicher Verträge. Die Maßnahmen der Unionsorgane im Zuge der Aushandlung des CETA sind daher ausnahmslos an die GRCh zu messen. Die EU-Organen sind darüber hinaus bei ihrem Außenhandeln auch an die EMRK, die Europäische Sozialcharta, den UN-Zivilpakt und den UN-Sozialpakt gebunden. Zwar besteht für die EU keine formelle Bindung an diese Abkommen. Das Unionsrecht verpflichtet aber auf eine Beachtung dieser Kodifikationen. So etabliert Art. 53 GRCh eine Niveausicherungsklausel hinsichtlich der Menschenrechtskodifikationen, die die Mitgliedstaaten unterzeichnet haben. Und Art. 21 Abs. 1 EUV verpflichtet die Union darauf, sich bei ihrem Handeln auf internationaler Ebene von den Grundsätzen leiten zu lassen, die für ihre eigene Entstehung, Entwicklung und Erweiterung maßgebend waren und denen sie auch weltweit zu stärkerer Geltung verhelfen will:

„Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, die universelle Gültigkeit und Unteilbarkeit der Menschenrechte und Grundfreiheiten, die Achtung der Menschenwürde, der Grundsatz der Gleichheit und der Grundsatz der Solidarität sowie die Achtung der Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen und des Völkerrechts.“

⁷⁰ Protokoll 14: SEV Nr. 194; Protokoll 11: SEV Nr. 155.

⁷¹ SEV Nr. 35.

⁷² SEV Nr. 163.

⁷³ U.N.T.S. 999, S. 171.

⁷⁴ U.N.T.S. 993, S. 3.

⁷⁵ U.N.T.S. 2515, S. 3.

⁷⁶ ILO-Übereinkommen 87, 98, 29, 105, 100, 111, 138 und 182. Die „Erklärung über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit“ wurde von der ILO auf ihrer 86. Tagung in Genf am 18.06.1998 angenommen.

⁷⁷ Ausf. zu Struktur und Umfang der Menschenrechtsbindung der EU bei vertraglichem Außenhandeln siehe Fischer-Lescano, Human Rights in Times of Austerity Policy, 2014, S. 22ff.

Zudem sieht Art. 151 Abs. 1 AEUV zur Sozialpolitik vor, dass die Union und die Mitgliedstaaten eine Reihe von sozialen Zielen

„eingedenk der sozialen Grundrechte, wie sie in der am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichneten Europäischen Sozialcharta und in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 festgelegt sind,“

verfolgen. Diese beiden Instrumente – ESC und Gemeinschaftscharta – sind auch in der Präambel des EUV erwähnt. Auch die Präambel der GRCh nennt die „von der Union und dem Europarat beschlossenen Sozialchartas“, was sich sowohl auf die RESC als auch auf die ESC bezieht. Aus diesen Bezugnahmen ergibt sich eine Verbindlichkeit der (R)ESC jedenfalls im Hinblick auf Maßnahmen der EU, die sich auf die Ziele des Art. 151 AEUV beziehen.

Die Bedeutung der Menschenrechtskodifikationen im Unionsrecht erschöpft sich nicht in der Statuierung unverbindlicher Programmsätze. Nach Art. 6 Abs. 3 EUV finden die Unionsgrundrechte ihre Wurzel auch in allgemeinen Rechtsgrundsätzen, an die die Unionsorgane auch nach Inkrafttreten der detaillierteren GRCh zusätzlich und gleichrangig gebunden bleiben; sie kommen immer dann zum Tragen, wenn die Charta-Grundrechte enger ausfallen würden. Der EuGH trägt bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze in ständiger Rechtsprechung den internationalen Menschenrechtskodifikationen Rechnung. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze entwickelt der EuGH also nicht nur im Blick auf die Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, sondern bezieht dabei auch die Menschenrechtsverträge ein, denen die Mitgliedstaaten beigetreten sind. So hat er auf diesem Weg die UN-Kinderrechtskonvention und auch den UN-Zivilpakt herangezogen.⁷⁸

Die Bindung der EU umfasst schließlich auch die Abkommen im Rahmen der ILO, von denen es mittlerweile knapp 190 gibt. Die EU ist im Gegensatz zu ihren Mitgliedstaaten nicht Mitglied der ILO; sie besitzt lediglich Beobachterstatus und nimmt nicht am Rechtsetzungsverfahren teil. Die Abkommen im Rahmen der ILO sind für die EU daher nicht unmittelbar anwendbar. Allerdings nimmt das EU-Recht die Abkommen der ILO mehrfach in Bezug. So verweisen sowohl die Präambel des EUV als auch Art. 151 AEUV neben der ESC auch auf die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989. Diese fordert wiederum in ihrer Präambel, „sich von den Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation und der Europäischen Sozialcharta des Europarates leiten zu lassen.“ Diejenigen Übereinkommen der ILO, die von allen Mitgliedstaaten unterzeichnet wurden, sind Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze, die nach Art. 6 Abs. 3 EUV die Unionsorgane verpflichten. Darüber hinaus kommt der grundsätzliche Bindungswille der EU an das Recht der ILO auch im Gutachten des EuGH zum ILO-Übereinkommen 170⁷⁹ zum Ausdruck.⁸⁰ Analog zur Verpflichtungsstruktur im Hinblick auf die sozialen Menschenrechte kommt auch bei den ILO-Normen eine Bindung über die GRCh hinzu. Das folgt zum einen aus Art. 52 Abs. 3 GRCh, über den die Kohärenz zwischen Charta und EMRK gesichert wird. Da der EGMR die Normen der ILO zur Ausdeutung der EMRK-Normen heranzieht,⁸¹ entsteht zum anderen im Anwendungsbereich der EMRK mediatisiert über die Korrespondenznormen der EMRK auch eine mittelbare Bindung an die

⁷⁸ EuGH, Rs. C-540/03, EP ./ Rat, Urteil v. 27.06.2006, Rn. 37.

⁷⁹ EuGH, Gutachten 2/91, Übereinkommen Nr. 170 der ILO, 19.03.1993.

⁸⁰ Kokott, in: Streinz (Hrg.), EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, Art. 351 Rn. 30 („Eine Bindung der Union ist offenbar gewollt.“); zur Auswertung der unionalen Rechtsprechung siehe Heuschmid und Klebe, Die ILO-Normen in der Rechtsprechung der EU, in: Däubler/Zimmer (Hrg.), FS Lörcher, 2013, S. 336 ff.

⁸¹ EGMR, Nr. 34503/97, Demir und Baykara ./ Türkei, Urteil vom 12.11.2008, Rn. 147 und 166; sowie EGMR, Nr. 68959/01, Enerji Yapi-Yol Sen, Urteil vom 21.04.2009, Rn. 40f.

ILO-Normen.⁸² Diese trifft auch die Unionsorgane, die im Schutzbereich der EMRK-Rechte an das Schutzniveau der ILO-Übereinkommen gebunden sind, weil Art. 52 Abs. 3 GRCh das als Mindestgarantie so vorsieht. Im Bereich des Arbeitskampfrechtes ergibt sich so beispielsweise eine Bindung der Union an das ILO-Übereinkommen Nr. 87 über Art. 28, 52 Abs. 3 GRCh i.V.m. 11 EMRK.⁸³

bb) Menschen- und Umweltrechte beim Abschluss des CETA

Die Union unterliegt demnach bei der Aushandlung des CETA menschenrechtlichen Verpflichtungen. Sie kann sich durch einen völkerrechtlichen Vertrag nicht ihrer unionsrechtlichen und völkerrechtlichen Bindungen entledigen, wie der EuGH in der Rechtssache *Kadi u.a.* klarstellte.⁸⁴ Darin stellte er fest, dass etwaige Verpflichtungen aufgrund internationaler Übereinkünfte nicht die Verfassungsgrundsätze des EU-Vertrages, darunter die menschenrechtlichen Bindungen der EU nach Art. 6 EUV, beeinträchtigen dürften.⁸⁵ In Bezug auf das CETA ergeben sich in diesem Zusammenhang eine Reihe problematischer Fragen, insbesondere in Bezug auf die Absicherung der Menschen- und Umweltrechtsstandards im Investitionsschutzrecht (hierzu (1)), die fehlenden Sozialstandards (hierzu (2)), die mangelhaften Gesundheits- und Umweltstandards (hierzu (3)) sowie der fehlende Schutz von Individual- und Allgemeingütern (hierzu 4)).

(1) Keine Absicherung der Menschen- und Umweltrechtsstandards im Investitionsschutzrecht

Zunächst stellt sich die Frage, ob die investitionsschutzrechtlichen Regelungen des CETA mit den für das Unionsrecht maßgeblichen Menschen- und Umweltrechtsstandards vereinbar sind. Schon der im Auftrag der Kommission erstellte *Sustainability Impact Assessment*-Bericht zum CETA weckt hieran Zweifel. Denn dieser Bericht rät unter anderem davon ab, im Bereich des Investitionsschutzkapitels ISDS-Klauseln zu vereinbaren, da investitionsfördernde ökonomische Effekte dieser Klauseln nicht nachweisbar sein. Jedoch drohten negative Effekte auf Umwelt- und Sozialbelange.⁸⁶ Diese Zweifel werden durch den Bericht des Canadian Centre for Policy Alternatives erheblich verstärkt.⁸⁷ Dieser belegt detailliert, dass Klauseln des CETA umweltrechtliche, arbeitsrechtliche und sozialrechtliche Standards unterlaufen und Regulierungsmöglichkeiten beschränken. Dies ist in Bezug auf die skizzierten rechtlichen Voraussetzungen nachfolgend im Einzelnen zu prüfen.

(a) Die Praxis der Investitionsschiedsgerichte

Ein Blick auf die investitionsschiedsgerichtliche Praxis zeigt, dass die Bedenken im Hinblick auf die Wahrung der Menschen- und Umweltrechte in ISDS-Verfahren nicht unbegründet sind. So entstanden in investitionsschutzrechtlichen Verfahren unter anderem Konflikte mit dem Recht auf Gesundheit⁸⁸, dem Recht auf Wasser⁸⁹ und mit allgemeinen Umweltrechten.⁹⁰ Auch das aktuelle

⁸² Nußberger, Auswirkungen der Rechtsprechung des EGMR auf das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2012, S. 270ff.

⁸³ Lörcher, in: Däubler (Hrg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., 2011, § 10, Rn. 65ff.

⁸⁴ EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, *Kadi*, Urteil v. 03.09.2008.

⁸⁵ EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, *Kadi*, Urteil v. 03.09.2008, Rn. 316ff.

⁸⁶ Kirkpatrick u.a., A Trade SIA Relating to the Negotiation of a Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) Between the EU and Canada, Final Report June 2011, S. 337ff.

⁸⁷ Sinclair/Trew/Mertins-Kerkwood (Hrsg.), Making Sense of the CETA. An Analysis of the Final Text of the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement, Canadian Centre for Policy Alternatives, September 2014.

⁸⁸ Valentina, Reconciling Public Health and Investor Rights: The Case of Tobacco, in: Dupuy/Petersmann/Francioni, Human Rights in International Investment Law and Arbitration, 2009, S. 452ff.

⁸⁹ Vgl. Thielbörger, The Human Right to Water Versus Investor Rights: Double Dilemma or Pseudo-Conflict, in: Dupuy/Petersmann/Francioni, Human Rights in International Investment Law and Arbitration, 2009, S. 487ff.

Verfahren *Chevron/Ecuador*⁹¹ zeigt, dass (Menschen-)Rechte Dritter in Schiedsverfahren oft nur unzureichend Beachtung finden. In dem aufgrund eines bilateralen Investitionsschutzabkommens (*bilateral investment treaty*, BIT) zwischen den USA und Ecuador eingeleiteten Verfahren nach den Schiedsgerichtsregeln der UNCITRAL⁹² wendet sich Chevron gegen die Vollstreckung eines Urteils, mit dem ein ecuadorianisches Gericht Chevron zur Zahlung von Schadensersatz in Milliardenhöhe an eine Gruppe von Kläger_Innen verurteilte.⁹³ Das Schiedsgericht verpflichtete Ecuador in mehreren Zwischenentscheidungen dazu, die Vollstreckung aus dem Urteil zu verhindern.⁹⁴ Dies stellt Ecuador vor die Wahl, entweder in verfassungswidriger Weise in die unabhängige Justiz des Landes einzugreifen oder Strafzahlungen in Milliardenhöhe an Chevron zu leisten. Damit wirkt sich das Schiedsverfahren zudem faktisch als Superrevisionsinstanz aus⁹⁵ und nimmt den Betroffenen ihre Rechte aus einem gerichtlichen Verfahren, ohne dass diese an dem Schiedsverfahren beteiligt wären. Die mangelnde Berücksichtigung von Rechten Dritter, die selbst nicht am Verfahren beteiligt sind, wird in der investitionsschutzrechtlichen Literatur intensiv diskutiert.⁹⁶ Hierbei wird vor allem auch darauf hingewiesen, dass solche Verfahren dazu führen können, dass Staaten ihren Schutzpflichten gegenüber Menschenrechten Dritter nicht nachkommen können, weil Investitionsschiedsgerichte solchen Rechten keine oder nur sehr eingeschränkte Beachtung schenken.⁹⁷ Dies zeigt sich auch an Verfahren um die Privatisierung von Wasserversorgung. Hier machten Staaten eine Schutzpflicht zur Gewährleistung des Rechts auf Wasser gegenüber der eigenen Bevölkerung geltend, auch wenn die Wasserversorgung privatisiert worden sei. Die Schiedsgerichte verweigerten sich dieser Argumentation aber weitgehend.⁹⁸

Schließlich manifestieren auch die beiden Vattenfall-Verfahren, in denen der schwedische Konzern Vattenfall die Bundesrepublik Deutschland auf Schadensersatz verklagte, welche gravierenden Implikationen Schiedsverfahren für umweltrechtliche Belange haben⁹⁹ und wie sie „in ein Spannungsverhältnis zu nationalem Verfassungsrecht geraten können.“¹⁰⁰ Dieser Befund wird im Schrifttum, das sich der Kollision von Umweltbelangen und Investitionsschutzrecht widmet, geteilt.¹⁰¹ Zudem gibt es eine Anzahl von Schiedsverfahren zur Frage, ob Umweltschutzaufgaben eine indirekte Enteignung oder die Verletzung sonstiger Investorenrechte darstellen. Die Rechtspraxis zeigt, dass die Schiedsgerichte hier durchaus einen weiten Begriff der indirekten Enteignung verwenden. So ging

⁹⁰ Pavoni, Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor State Case Law: A Critical Appraisal, in: Dupuy/Petersmann/Francioni, Human Rights in International Investment Law and Arbitration, 2009, S. 525ff.

⁹¹ Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador, Case No. 2009-23.

⁹² UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) ist ein durch die UN Generalversammlung eingerichteter Ausschuss.

⁹³ Urteil im Fall Nr. 2011-0106, Sala Única de la Corte Provincial de Sucumbios, 03/01/2012, bestätigt durch: Entscheidung vom Nationalen Gerichtshof *Corte Nacional de Justicia*, Aguinda, vom 12.11.2013.

⁹⁴ Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador, Case No. 2009-23, First Interim Award on Interim Measures of 25 January 2012; Second Interim Award on Interim Measures of 16 February 2012; Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility of 27 February 2012; Fourth Interim Award on Interim Measures of 7 February 2013; First Partial Award on Track I of 17 September 2013.

⁹⁵ Vgl. etwa Fölsing, Chevron gegen Ecuador: Lehren für den transatlantischen Investorenschutz, in: RIW 2014, S.500ff.

⁹⁶ Francioni, Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law, EJIL 20 (2009), S. 729ff.

⁹⁷ Reiner/Schreuer, Human Rights and International Investment Arbitration, in: Dupuy/Petersmann/Francioni, Human Rights in International Investment Law and Arbitration, 2009, S. 82ff (86f.).

⁹⁸ Vgl. z.B.: Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Interagua Servicios Integrales de Agua SA v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17; Decision on Liability, 30 July 2010; Aguas Del Tunari, S.A., v. Republic of Bolivia, ICSID, Case No. ARB/02/3.

⁹⁹ Krajewski, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), in: ZUR 2014, S. 396ff.

¹⁰⁰ Krajewski, Fn. 99, S. 400.

¹⁰¹ Pavoni, Fn. 90.

das Schiedsgericht im Fall *Metalclad/Mexico*¹⁰² etwa davon aus, dass das Verbot zum Betreiben einer Mülldeponie eine indirekte Enteignung darstelle.¹⁰³

Schließlich gibt es eine Vielzahl von Fällen, in welchen sich Schiedsgerichte damit auseinandersetzen, ob regulatorische Maßnahmen eines Staates zum Schutz von Gemeinwohlbelangen Schadensersatzpflichten aus investitionsschutzrechtlichen Verpflichtungen auslösen können. So ging es im Fall *Methanex/USA* auf Grundlage der im NAFTA vorgesehenen Schiedsklauseln um die Frage, inwieweit eine Regelung des US-Staates Kalifornien zum Verbot krebserregender Stoffe Schadensersatzzahlungen an das kanadische Unternehmen Methanex auslösen könne, dessen Produktion von einem solchen Verbot betroffen war.¹⁰⁴

Die ganz überwiegende Meinung im Schrifttum eruiert deshalb in Bezug auf das Investitionsschutzrecht unterschiedliche Wege, wie derartige Kollisionen abgefedert werden können, indem Menschenrechte und Gemeinwohlbelange in den Verfahren berücksichtigt werden.¹⁰⁵ Häufig wird hier dafür argumentiert, dass eine menschenrechtskonforme Auslegung der Investorenrechte¹⁰⁶ oder eine verhältnismäßige Abwägung¹⁰⁷ zielführend sein könnte. Für neue Abkommen wird dabei eine Reihe konkreter Vorschläge zur Berücksichtigung menschenrechtlicher, umweltrechtlicher und sonstiger öffentlicher Belange gemacht.¹⁰⁸

Vor dem Hintergrund dieser schiedsgerichtlichen Praxis ist im Hinblick auf das CETA zu gewährleisten, dass die Investitionsschutzregeln des CETA nicht mit völker- und unionsrechtlichen Menschen- und Umweltrechtsbindungen kollidieren. Insbesondere muss die EU sicherstellen, dass das CETA nicht zu einer Verschlechterung oder Absenkung der menschen- und umweltrechtlichen Schutzstandards führt (Rückschrittsverbot).¹⁰⁹

(b) Die Investitionsschutzklauseln des CETA

Das CETA gewährt Investoren unter anderem Schutz vor Enteignung (*expropriation*)¹¹⁰ und indirekter Enteignung (*indirect expropriation*).¹¹¹ Ferner sichert es ihnen eine faire und gerechte Behandlung (*fair and equitable treatment*) zu.¹¹² Diese Schutzstandards finden sich in ähnlicher Form in vielen Bilateral Investment Treaties (BITs).¹¹³ Da diese Zusicherungen prozedural durch einen ISDS-

¹⁰² *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1 Award August 30, 2000.

¹⁰³ Vgl. Krajewski, Fn. 99, S. 397.

¹⁰⁴ Vgl. *Methanex Corporation v. United States of America*, (UNCITRAL), Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3. August 2005 – ein Schadensersatz wurde allerdings nicht zugesprochen.

¹⁰⁵ Vgl. etwa Reiner/Schreuer, Fn. 97, 83f.

¹⁰⁶ Vgl. Simma, *Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights*, in: *International and Comparative Law Quarterly* 60 (2011), S. 573ff; Simma/Kill, *Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First steps towards a methodology*, in: Kriebaum u.a. (Hrsg.), *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, S. 677ff (695ff).

¹⁰⁷ Vgl. Krommendijk/Morijn, 'Proportional' by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration, in: Dupuy/Petersmann/Francioni, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 2009, S. 422ff.

¹⁰⁸ Vgl. Nowrot, *How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law?*, in: *The Journal of World Investment & Trade* 15 (2014), S.612ff.

¹⁰⁹ Zum Regressionsverbot im Hinblick auf die Menschenrechte siehe CESCR, General Comment No. 3, E/1991/23, 14.12.1990, Rn. 9.

¹¹⁰ Kapitel 10, Art. X.11 iVm Annex X.11 zu Kapitel 10 CETA.

¹¹¹ Kapitel 10, Art. X.11 iVm Annex X.11 zu Kapitel 10 CETA.

¹¹² Kapitel 10, Art. X.9 Nr.1. Vgl. allgemein zum FET-Standard: Schernbeck, *Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen*, 2013.

¹¹³ Vgl. zu einer Analyse dieser Klauseln im CETA: Kriebaum, *FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT*, in: *The Journal of World Investment & Trade* 15 (2014), S. 454ff.

Mechanismus abgesichert werden¹¹⁴ und zudem auch für den Bereich der Finanzdienstleistungen Anwendung finden, stellt sich die Frage, ob in CETA-Investitionsschutzverfahren auch die unions- und völkerrechtlichen Verpflichtungen der EU aus der Grundrechtecharta und den internationalen Menschenrechtsinstrumenten sowie Belange des Umweltschutzes und sonstige Gemeinwohlaspekte hinreichend zur Geltung gebracht werden, um Kollisionen wie in der bisher existierenden investitionsschutzrechtlichen Praxis zu vermeiden.

Im Rahmen der Verhandlung des CETA ist diesen problematischen Erfahrungen nur teilweise Rechnung getragen worden. Gemeinwohlbelange können vor allem auf drei Wegen Eingang in die CETA-Investitionsschutzverfahren finden:

Erstens enthält das CETA in Kapitel 10, Art. X.27, Aussagen zum anwendbaren Recht. Hiernach ist ein Tribunal verpflichtet, die Auslegung des CETA in Übereinstimmung mit der Wiener Vertragsrechtskonvention und den Regeln und Prinzipien des Völkerrechts vorzunehmen. Aus der Auslegungsregel des Art. 31 WVK, die nach allgemeiner Auffassung selbst aus dem Völkergewohnheitsrecht erwachsen ist,¹¹⁵ folgt gemäß Art. 31 III c) WVK, dass bei der Auslegung unter anderem „jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz“¹¹⁶ zu berücksichtigen ist. Hierunter fallen auch die einschlägigen menschenrechtlichen Verpflichtungen. Dies wird schon in Bezug auf bestehende bilaterale Investitionsschutzabkommen bejaht.¹¹⁷ Menschenrechte sind also als Völkerrechtssätze im Sinne von Art. 31 III c) WVK von den CETA-Tribunalen für die Auslegung heranzuziehen. Dies wird auch dadurch deutlich, dass das CETA in der Präambel die Vertragsparteien auf die Achtung der Menschenrechte verpflichtet.

Zweitens enthält Annex X:11. 3. zu Kapitel 10 CETA eine für das Tribunal verbindliche Festlegung für den Umfang der indirekten Enteignung: „For greater certainty, except in the rare circumstance where the impact of the measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.“ Diese Regelung soll gewährleisten, dass die Staaten auch weiterhin Regelungen zum Schutze des Gemeinwohls erlassen können, ohne von Schadensersatzforderungen bedroht zu sein.¹¹⁸

Schließlich wird *drittens* in Kapitel 10 Art. X.27.2. des CETA den Vertragsparteien die Möglichkeit gegeben, im Rahmen des Committee on Services and Investment verbindliche Auslegungsmaßstäbe für das Tribunal zu erstellen,¹¹⁹ was die Einflussmöglichkeit der Vertragsparteien auf die Verfahren steigert.¹²⁰

¹¹⁴ Vgl. hierzu oben I.3.a.

¹¹⁵ Vgl. Sorel/Boré, in: Cortein/Klein (Hrsg.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, Bd.1, 2011, Art. 31 Rn. 5ff.

¹¹⁶ Art. 31 III c) WVK.

¹¹⁷ Simma/Kill, Fn. 106, S. 695ff; Simma, Fn. 106, S. 584ff.

¹¹⁸ Vgl. zu dieser Klausel: Nowrot, Fn. 108, S. 635; zu optimistisch zu dieser Klausel Schill, *Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers*, September 2014; zur Kritik an der Einschätzung von Schill siehe Krajewski, *Anmerkungen zum Gutachten von Dr. Stephan Schill zu den Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des CETA auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers vom 22.9.2014*.

¹¹⁹ Vgl. CETA, Kapitel 10, Art. X.27.2.

¹²⁰ Vgl. Nowrot, Fn. 108, S. 640ff.

(c) Fehlende menschen- und umweltrechtliche Gewährleistungen im CETA

Fraglich ist aber, ob diese Mechanismen ausreichen, um im Einzelfall sicherzustellen, dass der materielle Gewährleistungsgehalt der Menschenrechte in den CETA-Investitionsschutzverfahren hinreichend berücksichtigt wird.¹²¹ Zwar ist ein CETA-Tribunal, wie dargestellt, auch dazu verpflichtet, Menschenrechte bei der Auslegung der Investorenrechte zu berücksichtigen; zudem soll bei nichtdiskriminierenden Maßnahmen zum Schutze legitimer Gemeinwohlbelange in der Regel keine indirekte Enteignung vorliegen. Dies kann allein jedoch nicht sicherstellen, dass ein Schiedstribunal im Einzelfall unionsrechtliche Anforderungen an den Menschenrechtsschutz nicht zu Gunsten von Investorenrechten unterläuft. Denn das CETA bindet das Tribunal nicht an die gleichen völker- und unionsrechtlichen Menschenrechtsschutzstandards, welchen die EU unterliegt.

Die einzige explizite Bezugnahme auf die Menschenrechte (eine solche enthält nur die Präambel) im Investitionsschutzkapitel findet sich in einer Joint Declaration am Ende des Kapitels,¹²² die einen Spezialfall betrifft. Das CETA stellt hierbei insgesamt bislang nicht aus sich heraus sicher, dass in den Schiedsverfahren der materielle Gewährleistungsgehalt der unionsrechtlichen menschenrechtlichen Verpflichtungen gewahrt wird. Dieser Befund wird nachfolgend in Bezug auf die Gewährleistung des Grundsatzes der fairen und gerechten Behandlung (aa), der indirekten Enteignung (bb) und der Verfahrensrechte Dritter (cc) erläutert.

(aa) Menschenrechte und faire und gerechte Behandlung

Das CETA sichert Investoren in Kapitel 10, Art. X.9 Nr. 1 faire und gerechte Behandlung zu. In Nr.4 dieses Artikels wird darauf hingewiesen, dass die Gewährleistung fairer und gerechter Behandlung unter anderen dann verletzt sein kann, wenn der Gaststaat der Investition legitime Erwartungen des Investors in Bezug auf seine Investition geweckt und diese Erwartungen enttäuscht hat. Wenn demnach ein Gaststaat etwa Zusicherungen in Bezug auf behördliche Genehmigungen gemacht hat, kann der Investor auf diese vertrauen, selbst wenn diese rechtlich problematisch oder gar rechtswidrig sind. Hierzu führt der Bericht des Canadian Centre for Policy Alternatives aus:

“This clarification tilts the balance in favour of the investor and poses a clear threat to the rights of governments to regulate, and especially to alter and strengthen regulatory approaches in response to changing circumstances, new knowledge, investor behaviour, public perceptions of risk, and democratic decision-making. It singles out the ‘legitimate expectations’ that investors may hold for their investments as an interpretive issue that tribunals may consider — even above issues relating to the public interest.”¹²³

Behördliche Genehmigungen von Großprojekten sichern aber zudem regelmäßig auch Rechte Dritter. So können bauordnungsrechtliche, bauplanungsrechtliche und umweltrechtliche Genehmigungen individuelle Rechte von Nachbarn und Anwohnern in Bezug auf Gesundheitsschutz, Eigentumsschutz und Umweltschutz absichern. Vor nationalen Gerichten könnten Dritte diese Rechte geltend machen und durchsetzen, auch wenn eine staatliche Stelle unter Missachtung dieser Rechte gegenüber einem Investor etwaige Zusicherungen getätigt hat. Vor einem Schiedstribunal würden die Rechte Dritter und Umweltbelange strukturell gar nicht zur Geltung gebracht werden können.

¹²¹ Vgl. hierzu den Bericht des Canadian Centre for Policy Alternatives, Fn. 87.

¹²² Diese lautet: “With respect to Article X.15 (Denial of Benefits— Investment), Article Y (Denial of Benefits – CBTS) and Article XX (National Security Exception – Exceptions), the Parties confirm their understanding that measures that are ‘related to the maintenance of international peace and security’ include the protection of human rights.”

¹²³ Sinclair/Trew/Mertins-Kerkwood (Hrg.), Fn. 87, S. 16.

Diese Nichtberücksichtigung kann nicht damit gerechtfertigt werden, dass Dritten zur Sicherung ihrer Rechte der nationale Rechtsweg weiterhin offen stehe und ihre Rechte mithin gar nicht berührt seien. Denn in vielen Konstellationen wirkt sich die Entscheidung eines Schiedsgerichts direkt und unmittelbar auf Dritte aus. Dies kann etwa mit Blick auf das Chevron/Ecuador-Verfahren¹²⁴ für Fälle belegt werden, wo ein Schiedstribunal einem Staat auferlegt, die Vollstreckung aus einem Urteil zu verhindern, welches Dritte vor nationalen Gerichten gegen einen Investor erwirkt hatten. Denn dadurch wird die Durchsetzung der Rechte Dritter auch im nationalen Recht verhindert. Auch in den Fällen in denen die Rückforderung einer unionsrechtswidrig gewährten Beihilfe durch das Schiedsgericht zum Anlass genommen wird, einem Investor Schadensersatz in Höhe der zurückgeforderten Beihilfe zuzusprechen, ist nicht nur der Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung verletzt. Denn ein Wettbewerber hätte nach deutschem und europäischem Recht z.B. die Möglichkeit, geltend zu machen, dass er durch eine rechtswidrig gewährte Beihilfe an einen Konkurrenten in seinem aus den Grundrechten fließenden Recht der Wettbewerbsfreiheit verletzt ist.¹²⁵ Ein solches Recht kann der Wettbewerber aber vor dem Schiedsgericht nicht zur Geltung bringen. Er ist gar nicht an diesem Verfahren beteiligt. Das Recht des Wettbewerbers würde deshalb durch die faktische Wirkung der Entscheidung des Schiedsgerichts leer laufen.

Der Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung ist daher nur dann mit den unionsrechtlichen Menschenrechtsbindungen vereinbar, wenn eindeutig bestimmt wird, dass eine Verletzung dieses Grundsatzes nicht vorliegt, sofern die Handlung eines Gaststaates in Umsetzung seiner rechtlichen Verpflichtungen gegenüber Dritten oder der Allgemeinheit erfolgte.

(bb) Menschenrechte und indirekte Enteignung

Ebenfalls problematisch in Bezug auf Rechte Dritter ist der Schutz vor indirekter Enteignung im CETA. Zwar wird hier geltend gemacht, dass die oben genannte Einschränkung der indirekten Enteignung in Annex X.11¹²⁶ den Staaten den notwendigen Regulierungsspielraum erhält.¹²⁷ Dies ist jedoch angesichts der Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe in Annex 11 mehr als zweifelhaft.¹²⁸ Denn für die Regulierungsausnahme kommt es entscheidend darauf an, ob eine Maßnahme *manifesty excessive* ist. Damit wird letztlich den Schiedsgerichten die Möglichkeit eröffnet, Regulierungsmaßnahmen im Rahmen einer weitgefassten Verhältnismäßigkeitsprüfung auf ihre Vereinbarkeit mit Investorenrechten zu überprüfen.

Auch die aktuellen Verfahren, welchen Kanada im Rahmen von NAFTA ausgesetzt ist, belegen die Gefahr, dass selbst bei einem enger gefassten Begriff der indirekten Enteignung die Tendenz besteht, dem Investitionsschutz in der Kollision mit etwaigen individuellen oder kollektiven Gegenrechten den Vorrang einzuräumen. So muss sich Kanada derzeit in einem Verfahren verteidigen, in dem sich Investoren in ihren Rechten verletzt sehen, weil eine Umweltprüfung in Bezug auf ein von ihnen verfolgtes Großprojekt negativ ausgefallen ist.¹²⁹ Ferner sieht sich Kanada massiven Schadensersatzforderungen eines Ölförderunternehmens ausgesetzt, weil Quebec ein Fracking-

¹²⁴ Siehe die Nachweise in Fn. 91.

¹²⁵ Vgl. BVerwGE 30, 191 (Rn. 57).

¹²⁶ Kapitel 10, Art. X.11 iVm Annex X.11 zu Kapitel 10 CETA.

¹²⁷ I.d.S. insbesondere Schill, Fn. 118.

¹²⁸ Vgl. Krajewski, Fn. 118, S. 4ff.

¹²⁹ William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Case No. 2009-04

Moratorium angeordnet hat,¹³⁰ was zu massiver Kritik unterschiedlicher Gruppen an der Einschränkung staatlicher Handlungsmöglichkeiten durch NAFTA geführt hat. Schließlich eröffnet die Ausweitung der Schiedsklauseln des CETA auf den Bereich der Finanzdienstleistungen den Schiedsgerichten einen Tätigkeitsbereich, dessen Auswirkungen im Einzelnen noch gar nicht abzuschätzen ist, weil seine Einbeziehung über vergleichbare NAFTA-Klauseln hinausgeht.¹³¹ Die Klage eines chinesischen Versicherers gegen Belgien¹³² aufgrund eines bilateralen Investitionsschutzabkommens wegen Maßnahmen im Zuge der Finanzkrise zeigt allerdings, dass in diesem besonders sensiblen regulatorischen Bereich eine Vielzahl neuer Klagemöglichkeiten eröffnet werden, die Regulierungsmaßnahmen unter erheblichen Rechtfertigungsgrund stellen.

Dies ist gerade auch mit Blick auf die Wahrung von Rechten Dritter bedenklich. Denn eine indirekte Enteignung soll zudem lediglich dann nicht vorliegen, wenn die staatliche Maßnahme legitimen öffentlichen Wohlfahrtsbelangen dient.¹³³ Eine staatliche Maßnahme zum Schutz eines individuellen Rechts Dritter fällt allerdings nach dem Wortlaut der Klausel nicht hierunter. Die Bezugnahme auf wohlfahrtsstaatliche Belange führt den Ausnahmetatbestand bei indirekten Enteignungen auch insofern eng, als hier nur sehr ausgewählte Allgemeinwohlbelange genannt werden. Die explizite Bezugnahme auf Gesundheits-, Sicherheits- und Umweltbelange in Annex X:11.3 zu Kapitel 10 wirft die Frage auf, was mit anderen Allgemeinwohlbelangen ist. Das CETA macht hier nicht hinreichend deutlich, dass auch nicht-diskriminierende Maßnahmen der Sozialpolitik, der Verbraucherschutzpolitik, der Steuerpolitik, der Sicherung der Lauterkeit der Handelspolitik u.a. keine nach CETA geschützte indirekte Enteignung darstellen.

Auch die Regelungen zum Schutz vor indirekter Enteignung sind deshalb nur mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn sichergestellt wird, dass Maßnahmen zur Sicherung des Allgemeinwohls und Maßnahmen zum Schutz von individuellen unionsrechtlich verankerten Rechten Dritter keine indirekte Enteignung im Rahmen des CETA darstellen. Dazu müssten die in Annex X:11.3. zu Kapitel 10 CETA formulierte Regulausnahme den Spielraum der Investitionsschiedsgerichte wesentlich enger fassen.

(cc) Keine hinreichende Gewährleistung von Verfahrensrechten Dritter

Besonders problematisch ist schließlich, dass das CETA das u.a. in Art. 47 GRCh gewährte Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf verletzt. Art. 47 GRCh gewährt jeder Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, das Recht, bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen. Das CETA verletzt diese Garantie. Denn die faktische Wirkung der Schiedsverfahren kann Rechte Dritter, also nicht am Verfahren Beteiligten (nicht nur in Beihilfekonstellationen), unmittelbar beeinträchtigen. Derart Betroffene, die sich durch eine Entscheidung eines Tribunals in ihren Grund- und Menschenrechten verletzt sehen, haben nach dem CETA jedoch keine Möglichkeit, ihre Rechte prozessual zur Geltung zu bringen. Sie sind an den Investitionsschutzverfahren zwischen Investor und Staat selbst nicht beteiligt und ihnen steht auch kein unionsrechtlicher Rechtsbehelf gegen die Entscheidungen eines Tribunals zur Verfügung. Sie

¹³⁰ Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL; hierzu Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration Under Chapter 11 of NAFTA v. 8.11.2012, abrufbar via <http://www.italaw.com/cases/documents/1607>.

¹³¹ Sinclair/Trew/Mertins-Kerkwood (Hrsg.), Fn. 87, S. 18ff.

¹³² Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29.

¹³³ Kapitel, Art. X.11 iVm Annex X.11 zu Kapitel 10 CETA spricht in Ziff. 3 insofern von „measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment“.

sind demnach rechtlos gestellt. Schon in der Kadi-Entscheidung hat der EuGH allerdings festgestellt, dass das Recht auf rechtliches Gehör nicht durch eine völkerrechtliche Vereinbarung unterlaufen werden darf.¹³⁴

Die Jurisdiktion der Tribunale müsste deshalb entweder vertraglich auf Fälle beschränkt werden, in denen keine Rechte Dritter betroffen sind, oder es müsste ein Verfahren geschaffen werden, in welchem eine betroffene Person gegen die Entscheidung eines Schiedsgerichts vorgehen könnte. D.h. es müsste ermöglicht werden, dass Einzelne vor dem EuGH Entscheidungen eines Schiedsgerichts angreifen können, mit der Begründung, in völker- oder unionsrechtlich gewährleisteten subjektiven Rechten verletzt zu sein.

(2) Fehlende Sozialstandards

Ferner ist in genereller und nicht nur auf den Investitionsschutz bezogener Weise fraglich, ob das CETA den völker- und unionsrechtlich verankerten Sozialstandards hinreichend Rechnung trägt, insbesondere also, ob das Abkommen sicherstellt, dass in den schiedsgerichtlichen Verfahren und im Rahmen der Verwaltungsausschüsse die unionsrechtlich verpflichtenden Standards beachtet werden.

So fehlt im Kapitel über das staatliche Auftragswesen („Government Procurement“) eine klare Verankerung von Sozialstandards. Zwar ermöglicht Art. 3 („Security and General Exceptions“) eine Reihe von Ausnahmen für Maßnahmen, die (a) für den Schutz der öffentlichen Moral, Ordnung oder Sicherheit, (b) zum Schutz menschlichen, tierischen oder pflanzlichen Lebens, (c) zum Schutz geistigen Eigentums oder (d) hinsichtlich Gütern oder Dienstleistungen von Personen mit Behinderungen, philanthropischen Einrichtungen oder Gefängnisarbeit notwendig sind. Soziale Kriterien – wie die Bindung der öffentlichen Auftragsvergabe an die Tariftreue, an die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen etc. – sind in diesem Kapitel aber nicht explizit erwähnt. Das birgt die Gefahr, dass die Einhaltung von aus den o.g. Menschenrechtsnormen herrührenden Verpflichtungen durch die EU im Rahmen des CETA als Vertragsbruch gewertet werden kann. Obwohl Vergabekriterien wie jenes, das die Auftragsvergabe an das „günstigste Angebot“ vorsieht („most advantageous tender“, Art. XIV lit. a), offen für Interpretationen sind, die soziale Kriterien ggf. aufnehmen,¹³⁵ fehlt es den Regelungen in diesem Kapitel an einer klaren und bestimmten Akzentuierung der Möglichkeit, ein hohes Sozialstandardniveau zu sichern. Das ist im Hinblick auf die genannten Kernarbeitsbestimmungen genauso problematisch wie hinsichtlich der grundrechtlich geschützten Tarifautonomie (Art. 28 GRCh).

Zwar ist die Einhaltung internationaler Arbeitsnormen im Kapitel „Handel und Arbeit“ angesprochen. Die hier getätigten Zielvorgaben sind aber zu vage und invisibilisieren den hier vorhandenen Dissens durch unbestimmte Zielvorgaben. So bekräftigen die Parteien des CETA zwar beispielsweise ihre Verpflichtungen im Rahmen der ILO, unter besonderem Verweis auf die ILO-Erklärung über die „grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit“, die in den acht Konventionen über Kernarbeitsnormen realisiert sind (Art. 3 Abs. 1 und 2). Dies lässt aber beispielsweise unerwähnt, dass sich für den Vertragspartner Kanada diese Bekräftigung gerade nicht auf die Konvention 98 über das Recht zu Kollektivverhandlungen und die Konvention 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung beziehen kann, denn diese Abkommen hat Kanada nicht ratifiziert. Auch die Zielvorgabe, dass die Parteien „kontinuierliche und dauerhafte Anstrengungen unternehmen

¹³⁴ EuGH, Urteil vom 3. 9. 2008 – C-402/05 P („Kadi“), Rn. 326.

¹³⁵ Hierzu Krajewski/Krämer, Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffungen („Government Procurement Agreement“, GPA) von 2012 auf soziale und arbeitnehmerfreundliche Beschaffungsentscheidungen. Abschlussbericht 2013.

werden, die grundlegenden ILO-Konventionen zu ratifizieren, soweit sie dies noch nicht getan haben“ (Art. 3 Abs. 4), ist zu vage, zumal die EU nicht formelles Mitglied der ILO ist. Sofern in Art. 3 dieses Kapitels daran erinnert wird, dass die jeweilige Vertragspartei „in accordance with its obligations as member of the ILO“ handelt, folgt daraus für die EU keine Bindung.

Da das Kapitel zu „Handel und Arbeit“ einen Streitbeilegungsmechanismus vorsieht (Art. 9 ff.), der die solchermaßen unbestimmten Zielvorgaben im Konfliktfall in Expertenkomitees konkretisieren soll, besteht die Gefahr eines „race to the bottom“. Auch der Konsultationsprozess, der nach Art. 10 Abs. 9 dieses Kapitels mit der ILO vorgesehen ist, bleibt hier zu vage, da nicht klar ist, inwiefern die Stellungnahmen der ILO im Prozess Berücksichtigung finden müssen.

Das CETA garantiert daher bislang nicht hinreichend die Rechte auf Mitbestimmung und Tarifautonomie sowie die Schutzrechte für Arbeitnehmer_innen. Es berührt entsprechende nationale Gesetze oder Vorschriften eines EU-Mitgliedsstaates – insbesondere hinsichtlich der Regulierung des Arbeitsmarktes und der sozialen Sicherungssysteme, der Tarifautonomie, des Streikrechts, von Mindestlöhnen und Tarifverträgen – ohne mit hinreichender Deutlichkeit die Mindeststandards des Unionsrechts als nicht dispositiven Kernbestand auszuweisen.

(3) Mangelhafte Gesundheits- und Umweltstandards

Ähnlich problematisch sind die Regelungen im Hinblick auf Gesundheits- und Umweltstandards. Die vollmundigen politischen Erklärungen¹³⁶ spiegeln sich in den Rechtsgrundlagen nicht wider.

Während Art. 35 GRCh die Unionsorgane dazu verpflichtet, bei der Festlegung und Durchführung aller Politiken und Maßnahmen der Union ein hohes Gesundheitsschutzniveau sicherzustellen, wählt das CETA schon im Grundsatz einen anderen Ansatz. Das wird besonders deutlich, wo es um die Regulierung der Biotechnologie geht. Art. X-03 Abs. 1 des Kapitels zu “Dialogues and Bilateral Cooperation“ sieht insofern vor:

“The Parties also note the importance of the following shared objectives with respect to cooperation in the field of biotechnology:

...

- (b) promoting efficient sciencebased approval processes for products of biotechnology;
- (c) cooperating internationally on issues related to biotechnology such as low level presence of genetically modified organisms;
- (d) engaging in regulatory cooperation to minimize adverse trade impacts of regulatory practices related to biotechnology products.”

Hier wird deutlich, dass das Ziel der Politiken in diesem Feld nicht ist, ein hohes Gesundheitsschutzniveau zu sichern, sondern „to minimize adverse trade impacts of regulative practices“. Zudem ist die in lit. c) angesprochene “low level presence of genetically modified organisms“ mit den tragenden Prinzipien des europäischen Umwelt- und Gesundheitsrechts – Vorsorgeprinzip, Nulltoleranz, Haftung und Kennzeichnung (Art. 191 AEUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 11 AEUV) – unvereinbar.¹³⁷

¹³⁶ „Weder wird das Chlorhühnchen Einzug halten, noch werden gentechnisch veränderte Lebensmittel in Zukunft in die Europäische Union importiert werden können.“ (Bundeskanzlerin Merkel, zitiert nach: Mayer-Rüth. Merkel und Gabriel verteidigen TTIP, in: Tagesschau v. 19.9.2014, abrufbar via <http://www.tagesschau.de/wirtschaft/ttip-102.html>).

¹³⁷ I.d.S. auch Stoll/Krüger, Agrar- und verbraucherpolitische Auswirkungen des CETA, Januar 2014, S. 12.

Das regulatorische Desinteresse an verbindlicher Standardsetzung in diesem Bereich wird auch im Nachhaltigkeitskapitel sichtbar, wo statt verbindlicher Regulierung auf „voluntary best practices“ gesetzt wird: „Encouraging the development and use of voluntary schemes relating to the sustainable production of goods and services, such as ecolabelling and fair trade schemes“ (Art. 3 Abs. 2 lit. a des Kapitels zu „Trade and sustainable Development“).

(4) Fehlender Schutz von Individual- und Allgemeingütern

Das CETA enthält, anders als zahlreiche andere Investitionsschutzabkommen der EU,¹³⁸ die zumindest eine sog. „essential elements“-Klausel beinhalten, keine allgemeine Bezugnahme auf Menschen- und Umweltrechte. Mit einer solchen Klausel wird regelmäßig die Achtung der Menschenrechte und demokratischen Prinzipien verlangt und damit ermöglicht, eine menschenrechtskonforme Anwendung des jeweiligen Abkommens zu gewährleisten. Im Handelsübereinkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits sowie Kolumbien und Peru andererseits findet sich diese Klausel beispielsweise in Art. 1 („Allgemeine Grundsätze“):

„Die Wahrung der demokratischen Grundsätze und die Achtung der grundlegenden Menschenrechte, wie sie in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte niedergelegt sind, sowie die Wahrung des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit sind das Fundament für die Gestaltung der Innen- und Außenbeziehungen der Vertragsparteien. Die Beachtung dieser Grundsätze ist ein wesentlicher Bestandteil dieses Übereinkommens.“

Diese Menschenrechtsklauseln sind bislang zentraler Bestandteil der EU-Handelspolitik. Sie ermöglichen es, auch solche Rechtsverletzungen vertraglich zu sanktionieren, die mit dem Vertragsvollzug zunächst in keinem Sachzusammenhang stehen. Die bisherigen Verwendungsformen der Klausel sind indes deutlich auf den Fall zugeschnitten, dass der Vertragspartner Menschenrechtsverletzungen begeht. Es gibt aber durchaus auch Klauseln, die in der jeweiligen Anwendung die Individual- und Allgemeingüter gegenüber der ökonomischen Logik priorisieren, so bspw. Art. 17 Abs. 1 des Investitionsschutzabkommens zwischen Kanada und Tansania, in dem festgehalten wird:

“Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, this Agreement shall not be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary: (a) to protect human, animal or plant life or health; (b) to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement; or (c) for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.”¹³⁹

Eine solche Menschen- und Umweltrechtsklausel, die im Kontext vertiefter Handels- und Investitionsabkommen einen wirksamen Schutz von Menschen- und Umweltrechtsstandards bietet,¹⁴⁰ sollte, um effektiv zu sein, aber nicht nur den Bestand dieser Rechte in Bezug nehmen. Sie sollte vielmehr auch einen prozeduralen Schutzmechanismus vorsehen und für den Fall, dass eine Verpflichtung aus dem CETA den individual- und allgemeinwohlbezogenen Verpflichtungen einer

¹³⁸ Nachweise bei Dimopoulos, EU Foreign Investment Law, 2011, S. 242.

¹³⁹ Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Republic of Tanzania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, signed 16 May 2013 (in Kraft seit dem 9.12.2013) www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/tanzania-text-tanzanie.aspx?lang=eng (26.9.2014).

¹⁴⁰ Zu weiteren Beispielen siehe Nowrot, Fn. 108, S. 632ff.

Vertragspartei widerspricht, einen Konsultationsprozess vorschreiben. Ziel dieses Prozesses sollte wiederum sein, der jeweiligen Vertragspartei eine Beachtung individual- und allgemeinwohlbezogener Verpflichtungen zu ermöglichen. Beispiele für solche Klauseln und Verfahrensregeln sind bereits entwickelt.¹⁴¹ Schließlich sollte eine solche Klausel prozessuale Klagerechte auch für Individuen und – im Hinblick auf Umweltbelange – ggf. auch Verbände gewährleisten. Insgesamt geht es darum, die Möglichkeit zu erhalten, Maßnahmen zum Schutz von Individual- und Allgemeingütern durchführen zu können, ohne sich nach dem CETA haftbar zu machen.

Das Fehlen einer solchen Klausel ist insbesondere für den Fall multipolarer Grundrechtskonstellationen,¹⁴² d.h. Konstellationen, in denen mehrere Grundrechtsträger mit kollidierenden Grundrechten und damit also auch nicht durch das CETA geschützte Dritte betroffen sind,¹⁴³ problematisch. Ohne eine allgemeine Klausel, die den Schutz von Individual- und Allgemeingütern ermöglicht, gibt es keine hinreichende Handhabe dafür, die unionsrechtlichen Pflichten zum Schutz von Menschenrechten und Allgemeinwohl als Geltungsschranke des CETA zu interpretieren. Es besteht dadurch die ernst zu nehmende Gefahr, dass es zu Wertungswidersprüchen zwischen der europäischen Grundrechtsordnung und den Anforderungen des CETA kommt. Die Unionsrechtsordnung könnte dann – strukturell vergleichbar mit der der Kadi-Entscheidung des EuGH zugrunde liegenden Konstellation¹⁴⁴ – in Widerspruch zu den CETA-Anforderungen geraten, ohne dass eine generelle Menschen- und Umweltrechtsklausel es ermöglichen würde, diesen Widerspruch durch menschenrechtskonforme Auslegung des CETA aufzulösen. Das kann zu der Situation führen, dass die Beachtung des Unionsrechts und seiner Schutzpflichten für Individual- und Allgemeingüter zu einer Verletzung der völkerrechtlichen Pflichten der Union nötig ist.

In Ausformung der unionsrechtlichen Verpflichtungen sind daher die Normkonflikte zwischen menschen- und umweltrechtlichen Verpflichtungen und CETA-Anforderungen über eine Klausel abzumildern, die den Schutz von Individual- und Allgemeingütern ermöglicht. Diese Klausel sollte für den Fall der Gefährdung von Individual- und Allgemeingütern ein Konsultationsverfahren eröffnen, das auch das Europäische Parlament einbindet. Die Einführung einer solchen Klausel könnte durch die Etablierung eines menschenrechtlichen Schutzmechanismus komplettiert werden, der auch zivilgesellschaftliche Akteure einbezieht.¹⁴⁵ Ihre gerichtsförmige Durchsetzbarkeit – gerade auch im Hinblick auf das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf von Drittbetroffenen (Art. 47 GRCh) – wäre zu gewährleisten.

¹⁴¹ So haben beispielsweise das Deutsche Institut für Menschenrechte und Misereor unlängst eine Musterklausel vorgeschlagen, die für diesen Zweck beispielgebend sein könnte (auch wenn in ihr die umweltrechtlichen Anforderungen stärker akzentuiert werden sollten), siehe Bartels, A Model Human Rights Clause for the EU's International Trade Agreements, Deutsches Institut für Menschenrechte & Misereor, Februar 2014, S. 36ff.

¹⁴² Vgl. Callies, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, in: JZ 2006, S. 321ff.

¹⁴³ Hierzu oben I.3.c)bb)(1).

¹⁴⁴ EuGH, Urteil vom 3. 9. 2008 - C-402/05 P („Kadi“), Rn. 326: „Aus alledem ergibt sich, dass die Gemeinschaftsgerichte im Einklang mit den Befugnissen, die ihnen aufgrund des EG-Vertrags zustehen, eine grundsätzlich umfassende Kontrolle der Rechtmäßigkeit sämtlicher Handlungen der Gemeinschaft im Hinblick auf die Grundrechte als Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts gewährleisten müssen, und zwar auch in Bezug auf diejenigen Handlungen der Gemeinschaft, die wie die streitige Verordnung der Umsetzung von Resolutionen des Sicherheitsrats nach Kapitel VII der UN-Charta dienen sollen.“

¹⁴⁵ Siehe die Vorschläge bei Bartels, Fn. 141, S. 36ff.

d) Kommunale Selbstverwaltung, Art. 4 Abs. 2 EUV

Die kommunale Selbstverwaltung ist im Unionsrecht Baustein des pluralistischen Verbunds.¹⁴⁶ Sie findet in der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung¹⁴⁷ genauso ihren Ausdruck wie in Art. 4 Abs. 2 EUV, nach dem die Union „die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt,“ achtet. Institutionell ist das Recht auf kommunale Selbstverwaltung durch einen „Ausschuss der Regionen“ in Art. 307 AEUV abgesichert.

Das Recht auf kommunale Selbstverwaltung beinhaltet die Anerkennung regionaler Selbstbestimmungsmöglichkeiten. Die Gemeinden selbst haben zu entscheiden, ob sie ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln erfüllen wollen oder ob sie sich privatisierter Formen bedienen. Das Möglichkeitsspektrum ist breit. Die Gemeinden haben nach Unionsrecht die Wahl zwischen unterschiedlichen Privatisierungsformen. Das ist Ausfluss des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung.¹⁴⁸ Einen *numerus clausus* der geschützten Formen gibt es nicht.

Das CETA greift in die solchermaßen geschützten gemeindlichen Selbstverwaltungsrechte vielfach ein:

Die im CETA verwendete Form der sog. „Negativliste“ (wie in Art. X.06 Abs. 1 des Kapitel 11 „Cross Border Trade in Services“), nach der nur gelistete Sektoren *nicht* dem Geltungsbereich des CETA unterfallen, führt dazu, dass neue Verwaltungsaktivitäten automatisch der freien Gestaltung durch die kommunale Selbstverwaltung entzogen werden. Anders als der Positivlistenansatz beispielsweise des GATT stellt dies einen im Ergebnis sehr unbestimmten und in seinem Umfang nicht transparenten Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht dar.

Auch die in X.06 Abs. 1 lit. c) des Kapitel 11 vorgesehene sog. *Ratchet*-Klausel beeinträchtigt das Recht auf kommunale Selbstverwaltung. Sie führt einen Sperrklinkeneffekt ein, der die Revision vorgenommener Liberalisierungen – etwa durch eine Rekommunalisierung – unmöglich macht. Nach dieser Norm kommen die Art. X.02 („National Treatment“), X.04 („Most Favoured Nation Treatment“) und X.05 („Market Access“) im Hinblick auf Maßnahmen, die mit diesen Normen nicht konform sind, nur dann nicht zur Anwendung, wenn die jeweilige Maßnahme den Konformitätsgrad im Hinblick auf diese Grundsätze erhöht oder mindestens gleich belässt.¹⁴⁹ Das schränkt die kommunale Dispositionshoheit stark ein.

Schließlich wird die kommunale Gestaltungsfreiheit dadurch beeinträchtigt, dass „public utilities at a national or local level may be subject to public monopolies or to exclusive rights granted to private operators.“¹⁵⁰ Das ist problematisch, weil viele kommunale Dienstleistungen gerade nicht in Form von Monopolen und ausschließlichen Rechten erbracht werden, z.B. der Betrieb von Pflegeheimen,

¹⁴⁶ Bogdandy/Schill, Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag, ZaöRV 70 (2010), S. 701ff. (705).

¹⁴⁷ Dieser Vertrag, aufgelegt zur Unterzeichnung durch die Mitgliedstaaten des Europarats am 15. Oktober 1985 in Straßburg, ist seit dem 1. September 1988 in Kraft.

¹⁴⁸ GA Trstenjak, SchlA Rs. C-324/07, Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457 Rn. 85f.

¹⁴⁹ Die Grundsätze kommen also nur dann nicht zur Anwendung, wenn „the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the amendment, with Articles X02 (National Treatment), X04 (Most Favoured Nation Treatment) and X05 (Market Access).“

¹⁵⁰ Annex II - Reservations for Future Measures (EU) v. 4.8.2014, S. 3.

Volkshochschulen etc.¹⁵¹ Das CETA nimmt nur wenige Formen der Daseinsvorsorge von den Anforderungen der grenzüberschreitenden Liberalisierung aus. Das CETA eröffnet damit den Marktzugang im kommunalen Bereich in einer Weise, die eine am Gemeinwohl orientierte Kommunalpolitik erschwert. Auch das greift in die Garantie kommunaler Selbstverwaltung ein.

Schließlich wird die kommunale Organisationshoheit dadurch beeinträchtigt, dass im CETA-Kapitel über Auftragswesen („Government Procurement“) sehr niedrige Schwellenwerte (teilweise ab 228.000 €) vorgesehen sind, bei deren Überschreitung eine ausschreibungsfreie Auftragsvergabe verboten ist. Kommunale Aufträge geraten dadurch selbst im Bereich von Krankenhäusern und sozialen Diensten in einen Ausschreibungszwang, der es den Gemeinden unmöglich macht, Aufträge privilegiert an eigene, gemeinnützige oder ortsansässige Unternehmen zu vergeben.

Art. IV des Kapitels geht insgesamt über das Gebot der Nichtdiskriminierung in- und ausländischer Bieter hinaus und untersagt in seiner Ziff. 6 u.a. sogenannte „Offsets“,¹⁵² die zuvor in Art. 1 lit. k) wie folgt definiert werden: „offset means any condition or undertaking that encourages local development“. Die Kopplung der Auftragsvergabe an Bedingungen, die die lokale Entwicklung fördern, die Leistungsbilanz verbessern, lokale Vorprodukte vorschreiben oder ähnliche Anforderungen stellen, wird dadurch verboten. Auch das schränkt das kommunale Selbstverwaltungsrecht ein.

Insgesamt beinhaltet das CETA daher mit der Negativliste, der Ratchet-Klausel, der weitgehenden Marktöffnung auch im Bereich kommunaler Dienstleistungen und dem Verbot von Offsets eine Reihe von Maßnahmen, die – gerade in ihrer Kombination – die Garantie kommunaler Selbstverwaltung nicht unwesentlich beeinträchtigen. Eine unionsrechtliche Argumentation könnte hier ansetzen und versuchen, über den EuGH zumindest die Sicherung eines Kernbestandes kommunaler Selbstverwaltungsmöglichkeit durchzusetzen.

¹⁵¹ Siehe die Nachweise bei Fritz, TTIP vor Ort, 2014, S. 13.

¹⁵² “With regard to covered procurement, a Party, including its procuring entities, shall not seek, take account of, impose or enforce any offset.”

II. Grundgesetzliche Anforderungen an das CETA

Neben den unionsrechtlichen Anforderungen sind im Hinblick auf das CETA auch grundgesetzliche Vorgaben zu beachten.

1. Formelle Rechtmäßigkeit: Verfassungskonformes Zustandekommen

Das CETA müsste zunächst grundgesetzkonform zustande kommen.

a) Vertragsabschlusskompetenz

Das betrifft zunächst die Vertragsabschlusskompetenz. Das Grundgesetz spiegelt in Art. 23 GG den unionsrechtlichen Grundsatz der „begrenzten Einzelermächtigung“ (oben I.1.) verfassungsrechtlich wider. Die Unionsorgane haben nur die Kompetenzen, die ihnen jeweils im Einzelnen – hier von der Bundesrepublik Deutschland – übertragen worden sind. Für den hier interessierenden Bereich des Handels- und Investitionsschutzes bedeutet dies, dass im Hinblick auf die Materien, bei denen der Union die Kompetenz nach Art. 207 AEV fehlt, eine völkervertragliche Einbeziehung des nationalen Gesetzgebers notwendig wird. Insofern kann auf die o.g. Ausführungen verwiesen werden. Das BVerfG ist dazu berufen, im Einzelfall zu entscheiden, ob das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gewahrt bleibt. Dies entscheidet sich nach verfassungsrechtlichen Maßstäben und nicht nach EU-Recht.

b) Gesetzgebungsverfahren

Das nationale Zustimmungsverfahren richtet sich im Fall „gemischter Abkommen“ nach den allgemeinen Regeln, wobei in der Literatur umstritten ist, welche dieser Regeln hier zur Anwendung kommen sollen. Denkbar ist einerseits, dass das Verfahren nach Art. 23 Abs. 1 GG zur Anwendung kommt, wenn es sich um eine Übertragung von Hoheitsrechten zumindest auch an die EU handelt.¹⁵³ Dafür spricht im Fall des CETA, dass die Regulierungsausschüsse, die institutionell gebildet werden, jedenfalls auch rechtsetzende und damit hoheitliche Funktion haben sollen.¹⁵⁴ Andererseits wird vertreten, dass auch bei gemischten Abkommen generell auf die Regeln des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge zurückzugreifen ist.¹⁵⁵

Der Streit kann jedenfalls für das Ratifikationsverfahren des CETA offen bleiben (anders stellt sich dies im Hinblick auf die Intensität der Unterrichtungspflichten der Bundesregierung dar), denn in beiden Varianten ergibt sich, dass sowohl der Bundestag als auch der Bundesrat dem CETA zustimmen müssen. Die Zustimmungsrechte des Bundesrates ergeben sich entweder aus Art. 23 Abs. 1 GG oder sie folgen bei Art. 59 Abs. 2 GG den allgemeinen Regeln. Die Vorgaben für die Verwaltungsverfahren der Länder (Art. 84 GG) und die Tatsache, dass nach dem Lindauer Abkommen von 1957 die Zustimmung der Länder dann notwendig ist, wenn – wie hier bspw. durch die Eingriffe in die Kultur- und Rundfunkhoheit der Länder – durch das Abkommen ausschließliche Länderkompetenzen berührt werden, führen dazu, dass das CETA ohne eine Zustimmung des Bundesrates nicht zustande kommen darf.

¹⁵³ Heyde, in: Umbach/Clemens, GG, 2001, Art. 23 Rdn. 85.

¹⁵⁴ Siehe oben I.3.b.

¹⁵⁵ Jarass, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 23 Rn. 1a.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

Das CETA müsste auch materiell verfassungskonform sein. Hier sind besonders diejenigen Regelungen des Abkommens problematisch, die den gerichtlich unterstützten Investitionsschutz vorsehen (a.), die Regelungsausschüsse einsetzen (b.), die kommunale Selbstverwaltungsgarantie beschneiden (c.) und die Einhaltung von Menschen- und Umweltrechten erschweren (d.).

a) Art. 92 GG: Richterliches Rechtsprechungsmonopol beim Investitionsschutz

Im Hinblick auf den Investitionsschutz ist problematisch, dass das CETA mit der Schiedsklausel für Investor-Staat-Streitigkeiten eine Parallelgerichtsbarkeit einrichtet.

Nach Art. 92 GG ist unter dem Grundgesetz die rechtsprechende Gewalt „den Richtern“ anvertraut. Die Norm untersagt zwar nicht die Einsetzung von Schiedsgerichten durch privatautonom geschlossene Verträge Privater. Inwiefern aber die Vereinbarung von Investor-Staat-Schiedsgerichten in völkerrechtlichen Verträgen mit der Garantie des Rechtsprechungsmonopols vereinbar ist, ist verfassungsrechtlich ungeklärt. Hierzu wird in der Literatur einerseits vertreten, dass auch im Bereich des öffentlichen Rechts Schiedsgerichte eingesetzt werden können, weil dieser Bereich nicht von Art. 92 GG erfasst sei.¹⁵⁶ Andererseits wird konstatiert, dass bereits die existierenden Regelungen – die den Umfang der Schiedsgerichtsbarkeit inhaltlich deutlich enger fassen als es das CETA tut – die Grenze des Zulässigen ausloten.¹⁵⁷ Die weiteste Auffassung geht dahin, dass in verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten Schiedsverträge gegen Art. 92 GG verstoßen.¹⁵⁸

Das BVerfG hat zu diesen Fragen noch nicht Stellung genommen. In einem entsprechenden Verfahren hätte das BVerfG bei der Auslotung des Geltungsbereichs des Art. 92 GG insbesondere zu klären, ob das herkömmlich für die Schiedsgerichtsbarkeit verwendete Argument, dass auf diese Weise der institutionell bedingten Befangenheit nationaler Richter begegnet werden könnte, tragfähig ist.¹⁵⁹ Denn dieses Argument stammt aus einer Zeit, in der nationale Gerichte nicht in überstaatliche Jurisdiktionsnetzwerke (vom EGMR bis zum EuGH und den Menschenrechtsausschüssen) eingebettet waren. Gerade diese Einbettung dürfte die These, dass nationale Gerichte in der Regel im nationalen Interesse (Was immer dies ist!) judizieren, deutlich relativieren. Denn gerade diese internationale Einbettung nationaler Gerichte dürfte eine institutionelle Sicherung der richterlichen Unbefangenheit darstellen, die auch angesichts der funktionalen Gefahren der Befangenheit wirtschaftsrechtlich gerahmter Schiedsgerichte der transnationalen Schiedsgerichtsbarkeit überlegen ist.¹⁶⁰

Die Entscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit und die Offenheit zum Völkerrecht geht jedenfalls nicht so weit, den Grundgedanken rechtsstaatlicher Gewaltengliederung auszuhöhlen, dass nämlich ein möglichst breiter Ausgleich zwischen am Gemeinwohl orientierten und an individueller Eigentumsmaximierung orientierten Interessen erfolgen und die Wirtschaftsordnung nach Art. 14, 15 und 20 GG der Disposition des demokratischen Gesetzgebers unterstehen muss. Die Einrichtung von Schiedsgerichten in Bereichen der regulativen Politik

¹⁵⁶ Stumpf, *Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, 2006, S. 31ff.

¹⁵⁷ Wolff, in: Umbach/Clemens, *GG*, 2001, Art. 92 Rn. 45.

¹⁵⁸ Hillgruber, in: Maunz/Dürig, *GG*, Stand 2011, Art. 92 Rn. 89.

¹⁵⁹ Classen, *Der EuGH und die Schiedsgerichtsbarkeit in Investitionsschutzabkommen*, *EuR* 2012, S. 611ff. (625f.).

¹⁶⁰ Zu den Legitimitätsdefiziten der internationalen Gerichtsbarkeit insbesondere im Hinblick auf das fehlende Rechtsmittelverfahren siehe auch Bogdandy/Venzke, *In wessen Namen?* 2014, S. 253f.

gefährdet diesen Interessenausgleich und führt zu funktionalen Befangenheiten, die mit Art. 92 GG kaum in Einklang gebracht werden können.

Ob das BVerfG ähnlich wie der EuGH daraus die grundsätzliche Unzulässigkeit dieser Schiedsgerichte wegen des Widerspruchs zur Rechtsprechungsautonomie des GG folgern würde, ist eine offene Frage. Denkbar ist auch, dass das Gericht die Notwendigkeit der Einschränkung des Investitionsschutzes (indirekte Investitionen, „fair and equitable treatment“) feststellt und für polygonale und mehrpolige Grundrechtskonstellationen sowie regulative Politiken einen Vorbehalt der nationalen Rechtsprechung im Hinblick auf Grund- und Umweltrechte anbringt. Das könnte auch mit einem an Art. 100 GG anzugliedernden Vorlagemechanismus verbunden werden, um zu verhindern, dass Maßnahmen, die verfassungsrechtlich zulässig und geboten sind, durch Schiedsgerichte, die den hohen Anforderungen des Art. 92 GG nicht gerecht werden und die ein wirksames Rechtsmittelverfahren nicht kennen, beanstandet werden.

b) Art. 38 iVm 20 Abs. 1, 28 GG: Demokratische Rückbindung

Neben dem Verstoß gegen das richterliche Rechtsprechungsmonopol ist auch unter dem Grundgesetz festzuhalten, dass die Entscheidung über die Ausgestaltung der Sozial- und Wirtschaftsordnung dem demokratischen Prozess überantwortet sein muss. Die nationalen und europäischen Grundsätze sozialer Demokratie greifen insofern ineinander.¹⁶¹ Das Demokratieprinzip gebietet es dabei, dass der Gesetzgeber keine Maßnahmen ergreift, die in unverhältnismäßiger Weise die demokratischen Dispositionsmöglichkeiten verhindern.

Seit dem Lissabon-Urteil gehört es zur gefestigten Rechtsprechung des BVerfG, dass das Grundgesetz mit Art. 38 GG ein subjektives Recht auf die Gewährleistung eines demokratischen Prozesses beinhaltet. Dazu gehört insbesondere auch, dass verfahrensrechtliche Sicherungen gegen die Gefahr normativer Eigendynamiken zu ergreifen sind. Auch in seinem OMT-Beschluss hat das BVerfG insofern festgehalten, dass sich das dem Einzelnen garantierte Wahlrecht zum Deutschen Bundestag aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG nicht in einer formalen Legitimation der (Bundes-)Staatsgewalt erschöpft, sondern auch den grundlegenden demokratischen Gehalt des Wahlrechts umfasst. Dieses vermittele dem Einzelnen einen Anspruch darauf,

„mit seiner Wahlentscheidung Einfluss auf die politische Willensbildung nehmen und etwas bewirken zu können. Es schützt die wahlberechtigten Bürger im Anwendungsbereich von Art. 23 GG davor, dass die durch die Wahl bewirkte Legitimation von Staatsgewalt und Einflussnahme auf deren Ausübung durch die Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Deutschen Bundestages auf die europäische Ebene so entleert wird, dass das Demokratieprinzip verletzt wird.“¹⁶²

Das CETA ist in dieser Hinsicht deshalb problematisch, weil es unbestimmte Investitionsschutzbegriffe und Liberalisierungsvorgaben mit einem Durchsetzungssystem verbindet, das verschiedene Regulierungsausschüsse vorsieht, denen das CETA Joint Committee vorsteht.¹⁶³

In dieser Struktur sind Vertreter der Mitgliedstaaten weder auf der Ebene der Spezialausschüsse noch des Joint Committee vorgesehen. Eine Rückbindung zum deutschen Gesetzgeber besteht daher

¹⁶¹ Fischer-Lescano/Möller, Europäische Grundrechte und die Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa, in: Fischer-Lescano u.a. (Hrg.), Europäische Gesellschaftsverfassung. Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa, Schriftenreihe des ZERP, Baden-Baden 2009, S. 313ff. m.w.N.

¹⁶² BVerfG, 2 BvR 2728/13 vom 14.01.2014, Rn. 51.

¹⁶³ Siehe oben 1.3.b.

nicht mehr. Die dadurch entstehende Eröffnung eines weitgehend unkontrollierbaren Rechtsetzungsprozesses im Rahmen des CETA, das neue Bereiche und Rechte unkontrolliert durchregulieren und sogar den Geltungsbereich des CETA erweitern kann, ist vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung äußerst problematisch. Vor dem BVerfG wäre darauf zu dringen, dass (1) Vertreter_innen der Mitgliedstaaten und auch der Bundesrepublik in die Ausschussstruktur eingebunden werden und dass (2) die deutschen Vertreter_innen dem Deutschen Bundestag gegenüber verpflichtet werden. Das BVerfG hat im Lissabon-Urteil ein ausgeklügeltes System von Weisungs- und Notbremsrechten und vorherigen Ermächtigungsgesetzen (umgesetzt im IntVG) entwickelt. Diese Mechanismen werden im Hinblick auf das Joint Committee und das Ausschusssystem des CETA einzufordern sein.

c) Menschen- und Umweltrechte

Im Hinblick auf durch das CETA eingeschränkte Menschen- und Umweltrechte entsprechen die verfassungsrechtlichen Anforderungen denjenigen des Unionsrechtes mit der Besonderheit, dass zu den unions- und völkerrechtlichen Vorgaben noch die grundgesetzlichen Maßgaben bspw. zum Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG) hinzutreten. Auf die o.g. Ausführungen,¹⁶⁴ aus denen sich nicht nur die Unions-, sondern auch die Grundgesetzwidrigkeit des CETA ergibt, sei insofern verwiesen. Auch hier könnten durch die Einführung einer Menschen- und Umweltrechtsrechtsklausel und durch die Schaffung darauf bezogener Verfahren den rechtlichen Bedenken Rechnung getragen werden.

d) Art. 28 Abs. 2 GG: Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung

Art. 28 Abs. 2 GG schützt das Recht der kommunalen Selbstverwaltung. Das Grundgesetz garantiert den Kommunen hier nicht nur einen spezifischen Aufgabenbereich, sondern auch die Befugnis zur eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte und die Möglichkeit, ‚unbesetzte‘ Aufgaben an sich zu ziehen und kommunal zu regeln.¹⁶⁵ Bei Vorhaben der Europäischen Union verpflichtet § 10 EUZBLG den Gesetzgeber dazu, das Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände zur Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu wahren und ihre Belange zu schützen.

Die Vorgaben des CETA sind im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG aus den im Rahmen der Unionsrechtskonformität niedergelegten Gründen¹⁶⁶ gerade in ihrem Zusammenwirken mehr als problematisch. Zwar unterliegt die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung dem Vorbehalt des Gesetzes. Im Hinblick auf die Einschränkungen gilt aber eine Kerngehaltsgarantie („identitätsbestimmende Merkmale gemeindlicher Selbstverwaltung“)¹⁶⁷ und das Verhältnismäßigkeitsgebot.¹⁶⁸ Wie oben gezeigt, beinhaltet das CETA mit der Negativliste, der Ratchet-Klausel, der weitgehenden Marktöffnung auch im Bereich kommunaler Dienstleistungen und dem Verbot von Offsets eine Reihe von Maßnahmen, die – gerade in der Zusammenschau – die verfassungsrechtliche Garantie kommunaler Selbstverwaltung nicht unwesentlich beeinträchtigen. Auch eine verfassungsrechtliche Argumentation müsste hier ansetzen und die Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs herausstellen.

¹⁶⁴ Siehe oben I.3.c.

¹⁶⁵ BVerfGE 119, 331/362 und 107, 1/13.

¹⁶⁶ Siehe oben I.3.d.

¹⁶⁷ BVerfGE 107, 1/12.

¹⁶⁸ BVerfGE 95, 1/27.

III. Rechtsschutz

Im Hinblick auf den Rechtsschutz ist an Verfahren auf der europäischen (1.) und der nationalen (2.) Ebene zu denken.

1. Rechtsschutz auf EU-Ebene

Die Europarechtskonformität des CETA kann vor dem EuGH im Wege der Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV), der Subsidiaritätsklage (Art. 263 AEUV) und des Gutachtenverfahrens nach Art. 218 EUV überprüft werden. Der EuGH kann ggf. einstweilige Anordnungen nach Art. 279 AEUV erlassen.

a) Nichtigkeitsklage, Art. 263 AEUV

Der Rechtsrahmen der Nichtigkeitsklage ergibt sich aus Art. 263 AEUV. Der EuGH ist danach für Klagen zuständig, die ein Mitgliedstaat, das Europäische Parlament, der Rat oder die Kommission wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung der Verträge oder einer bei ihrer Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmissbrauchs erhebt. Nach Art. 263 Abs. 3 AEUV ist der EuGH auch bei Klagen natürlicher oder juristischer Personen gegen die an sie gerichteten oder sie unmittelbar und individuell betreffenden Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, zuständig.

In Betracht kommt hier insbesondere eine Nichtigkeitsklage gegen einen eventuellen Ratsbeschluss nach Art. 218 Abs. 6 AEUV zum Abschluss des Verhandlungsverfahrens in Sachen CETA. Die privilegierten Kläger, hier insbesondere die Mitgliedstaaten und das Europäische Parlament, können gegen einen solchen Beschluss Nichtigkeitsklage beim EuGH erheben. Da das CETA auch Gesetzgebungsbefugnisse der Länder betrifft, kann der Bundesrat nach § 7 EUZBLG verlangen, dass die Bundesregierung eine solche Klage erhebt.

Auch natürliche und juristische Personen können eine Klage erheben; dazu zählen auch juristische Personen des öffentlichen Rechts, beispielsweise also Länder und Gemeinden. Sie müssen aber eine besondere Betroffenheit nachweisen. Dies stellt eine vergleichsweise hohe Hürde dar. Klagen von Gemeinden gegen die Beeinträchtigung der Garantie kommunaler Selbstverwaltung müssten daher die unmittelbare Betroffenheit deutlich aufzeigen.

b) Subsidiaritätsklage, Art. 263 AEUV

In Betracht kommt auch die Erhebung einer Subsidiaritätsklage gegen einen eventuellen Ratsbeschluss nach Art. 218 Abs. 6 AEUV zum Abschluss des Verhandlungsverfahrens in Sachen CETA. Die Subsidiaritätsklage ist eine Form der Nichtigkeitsklage. Sie kann von den Mitgliedstaaten selbst oder entsprechend der nationalen Rechtsordnung im Namen ihres nationalen Parlaments wegen eines Verstoßes gegen den Subsidiaritätsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 3 EUV erhoben werden. Dabei ist unklar, ob über diesen Grundsatz die fehlende Verbandskompetenz als solche gerügt werden kann. In jedem Fall kann aber über die Subsidiaritätsklage vor dem EuGH gerügt werden, wenn im Bereich geteilter Zuständigkeiten die Ausübung der Unionskompetenz gegen das Subsidiaritätsprinzip verstößt.¹⁶⁹ Im Fall der geteilten Zuständigkeit – zu diesen Bereichen zählen nach Art. 4 Abs. 2 AEUV

¹⁶⁹ Streitig ist, ob darüber auch die fehlende Verbandskompetenz der EU gerügt werden kann, siehe Buschmann/Daiber, Subsidiaritätsrüge und Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, DÖV 2011, S. 504ff. (505ff.).

bspw. auch die Verbraucherpolitik und die Umweltpolitik – darf die Union nach Art. 5 Abs. 3 EUV nur tätig werden, wenn die Ziele der Union auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und die Ziele wegen des Umfangs und der Wirkungen besser auf EU-Ebene erreicht werden können.¹⁷⁰

Subsidiaritätsklagen der Mitgliedstaaten gegen das CETA müssten hier ansetzen. Für die Bundesrepublik Deutschland wäre die Subsidiaritätsklage durch die Bundesregierung einzuleiten. Nach § 7 EUZBLG müsste die Bundesregierung auch hier einem Verlangen des Bundesrates nachkommen. Ferner könnte der Deutsche Bundestag eine Subsidiaritätsklage einlegen. Nach Art. 8 des Subsidiaritätsprotokolls iVm Art. 23 Abs. 1a GG und § 12 IntVG reicht hierfür das Verlangen eines Viertels des Bundestages. Dieses Quorum wurde in Folge der Bildung der Großen Koalition durch § 126a Ziff. 3 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages modifiziert. Danach erhebt der Bundestag auf Antrag „aller Mitglieder der Fraktionen, die nicht die Bundesregierung tragen“ wegen Verstoßes eines Gesetzgebungsakts der Europäischen Union gegen das Subsidiaritätsprinzip Klage vor dem Gerichtshof der Europäischen Union entsprechend Art. 23 Abs. 1a des Grundgesetzes.

c) Gutachtenverfahren, Art. 218 Abs. 11 AEUV

Denkbar ist ferner die Einleitung eines Gutachtenverfahrens nach Art. 218 Abs. 11 AEUV. Das Verfahren kann jederzeit – insbesondere auch vor Abschluss der Vertragsverhandlungen – eingeleitet werden. Das Verfahren hat Präventivfunktion. Der EuGH lehnt die Erstellung eines Gutachtens daher ab, wenn die Vertragsverhandlungen bereits abgeschlossen sind und die Ratifizierung erfolgt ist.¹⁷¹

Antragsberechtigt sind das Europäische Parlament und die Mitgliedstaaten. Auch hier könnte der Bundesrat verlangen, dass die Bundesregierung einen Antrag stellt (§ 7 EUZBLG).

2. Rechtsdurchsetzung auf nationaler Ebene

Auf nationaler Ebene steht der Rechtsweg zum BVerfG insbesondere im Wege der Verfassungsbeschwerde und des Organstreitverfahrens offen. Um zu verhindern, dass durch eine Ratifikation des CETA auf nationaler oder europäischer Ebene irreversible Fakten geschaffen werden, wäre ggf. eine einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG zu beantragen.

Tauglicher Verfahrensgegenstand ist zum einen die (ggf. drohende) Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat der EU, der nach Art. 207 Abs. 4 UAbs. 2 und 3 AEUV einstimmig entscheiden muss. Zum anderen kann das BVerfG für den Fall, dass das Abkommen als gemischtes Verfahren abgeschlossen wird, gegen das nationale Zustimmungsgesetz – dies bereits vor seinem Inkrafttreten – angerufen werden.

a) Verfassungsbeschwerde

Verfassungsbeschwerden müssen, um zulässig zu sein, argumentieren, dass das CETA in spezifischer Weise in den durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Bereich nationaler Demokratie eingreift und die Gestaltungsmöglichkeiten des nationalen Gesetzgebers aushöhlt. Dessen materieller Gewährleistungsgehalt ist nach der Rechtsprechung des BVerfG dann verletzt, wenn das Wahlrecht in einem für die politische Selbstbestimmung des Volkes wesentlichen Bereich leerzulaufen droht, das heißt, wenn die demokratische Selbstregierung des Volkes – verkörpert vor allem durch den Deutschen Bundestag – dauerhaft derart eingeschränkt wird, dass zentrale politische Entscheidungen

¹⁷⁰ Geiger in: Heiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 5 EUV Rn. 12.

¹⁷¹ EuGH, Gutachten 3/94, Slg. 1995, I-4577, Rn. 14 (GATT/WTO/Rahmenabkommen über Bananen); Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267, Rn. 12 (WTO).

nicht mehr selbständig getroffen werden können.¹⁷² Das setzt die Bestimmtheit der Übertragung von Entscheidungskompetenzen voraus.¹⁷³ Gerade dies ist hinsichtlich des CETA problematisch. Grundrechtlich problematisch ist zudem die Beachtung des Art. 19 IV i.V.m. Art. 92 GG. Wenn Investitionsschiedsgerichte errichtet werden, dann wird in systematischer und grundlegender Weise das Recht auf rechtliches Gehör beeinträchtigt. Denn es entsteht ein Bereich von Verfahren, in dem die Bürgerinnen und Bürger ihre Rechte nicht mehr effektiv geltend machen können.

b) Organstreitverfahren

Entsprechendes gilt nach dem BVerfG für den Organstreit. Der Deutsche Bundestag darf bei einer drohenden Erosion seiner Gestaltungsmacht durch Kompetenzusurpationen von Organen und Stellen der Europäischen Union nicht untätig bleiben. Wird er seiner Integrationsverantwortung nicht gerecht, können die Fraktionen – im Wege der Prozessstandschaft (§ 64 Abs. 1 BVerfGG) – dagegen vorgehen, die dann diese Rechte auf Wahrung demokratischer Entscheidungskompetenz im eigenen Namen gegenüber der Bundesregierung (im Hinblick auf das Abstimmungsverhalten im Rat der Europäischen Union) oder auch gegenüber dem Parlament (im Hinblick auf ein etwaiges Zustimmungsgesetz) selbst geltend machen können.¹⁷⁴

¹⁷² BVerfGE 129, 124/168ff.

¹⁷³ BVerfGE 123, 267/351ff.

¹⁷⁴ BVerfGE 123, 267/337; 132, 195/247.

D. Zusammenfassung

1. Das CETA ist ein „**gemischtes Abkommen**“. Es kann nur in Kraft treten, wenn die EU und die Mitgliedstaaten das Abkommen ratifizieren. Unter dem Grundgesetz ist dafür nicht nur die Zustimmung des Bundestages, sondern auch des Bundesrates notwendig.
2. Die Einführung von **Investor-Staats-Schiedsgerichten** im CETA verletzt das im Unionsrecht (Art. 19 EUV iVm Art. 263 ff. AEUV) und im Grundgesetz verankerte richterliche Rechtsprechungsmonopol (Art. 92 GG). Der EU fehlt zudem die Kompetenz, ein solches Verfahren auf Portfolioinvestitionen und den Bereich der Finanzdienstleistung zu erstrecken.
3. Das CETA verletzt den verfassungs- und unionsrechtlich verankerten Grundsatz der Demokratie durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „indirekte Investition“ und „fair and equitable treatment“, die die **demokratische Gestaltung der Wirtschafts- und Sozialordnung** durch die Einräumung von Schadensersatzansprüchen unverhältnismäßig einschränken und deren Auslegung einem demokratisch nicht legitimierten **Ausschussystem** überantwortet wird, das seine Spitze im Joint Committee findet. Das Europäische Parlament und die nationalen Legislativ- und Exekutivorgane sind nicht hinreichend in dieses System eingebunden. Der Union fehlt zudem im Hinblick auf eine Reihe von Regelungsbereichen die Kompetenz zur Errichtung der Ausschüsse, weshalb Entscheidungen nicht in Ausschüssen gefällt werden dürfen, in die nationale Organe nicht eingebunden sind.
4. Das CETA beeinträchtigt durch die Negativliste, die Ratchet-Klausel, die weitgehende Marktöffnung auch im Bereich kommunaler Dienstleistungen und das Verbot von Offsets, also das Verbot der gezielten Förderung lokaler Belange, die im Unionsrecht und im Grundgesetz verankerte **Garantie der kommunalen Selbstverwaltung** unverhältnismäßig.
5. Das CETA ist vor dem Hintergrund der menschen- und umweltrechtlichen Verpflichtungen der EU und der Mitgliedstaaten problematisch, weil es **Sozial-, Arbeits-, Gesundheits-, Umwelt- und Menschenrechtsstandards** nicht hinreichend verankert.
6. Im Hinblick auf die gerichtliche Durchsetzung der o.g. Verpflichtungen kann der **Europäische Gerichtshof** angerufen werden und nach Art. 279 AEUV ggf. einstweilige Anordnungen erlassen:
 - a. Der EuGH kann im Wege des **Gutachtenverfahrens** mit dem CETA befasst werden. Antragsberechtigt sind insbesondere das Europäische Parlament und die Mitgliedstaaten. Nach § 7 IntVG müsste die Bundesregierung einem diesbzgl. Verlangen des Bundesrates nachkommen.
 - b. Auch eine **Subsidiaritätsklage** kann beim EuGH anhängig gemacht werden. Antragsberechtigt sind die Mitgliedstaaten, ihre Parlamente und deren Teile. Nach § 126a GOBT setzt dies einen Antrag „aller Mitglieder der Fraktionen, die nicht die Bundesregierung tragen,“ voraus.

- c. Schließlich sind **Nichtigkeitsklagen** nach Art. 263 AEUV beim EuGH zulässig. Privilegiert klageberechtigt sind das Europäische Parlament und die Mitgliedstaaten. Nach § 7 IntVG müsste die Bundesregierung einem diesbezüglichen Verlangen des Bundesrates nachkommen. Nichtprivilegierte Kläger, wie bspw. Gemeinden und juristische Personen, müssten eine individuelle Betroffenheit durch das CETA nachweisen.
7. Im Hinblick auf die gerichtliche Durchsetzung der o.g. Verpflichtungen kann das **Bundesverfassungsgericht** im Wege der Verfassungsbeschwerde und des Organstreitverfahrens angerufen werden. Über eine einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG kann dem deutschen Vertreter im Europäischen Rat die Zustimmung zum CETA ggf. vorläufig untersagt werden.