

AUFSÄTZE

Andreas Fisahn/Ridvan Ciftci

CETA und TTIP: demokratische Bedenken zu einigen Aspekten

I. Was sind TTIP und CETA?

TTIP und CETA sind inzwischen gängige Abkürzungen des politischen Diskurses, und die „politische Klasse“ reibt sich verwundert die Augen, mit welcher Intensität und Sachkenntnis darüber in der „Zivilgesellschaft“ diskutiert wird. Kein Freihandelsabkommen hat die Gemüter derart erregt wie das zwischen der EU und Kanada (CETA) einerseits bzw. der EU und den USA (TTIP) andererseits. Für das Abkommen mit Kanada liegt inzwischen der Entwurf eines Vertragstextes vor, der aber noch nicht übersetzt und einheitlich nummeriert ist. Für TTIP ist ein Verhandlungsmandat für die EU-Unterhändler bekannt geworden. Inzwischen hat die Kommission Textentwürfe und sog. Factsheets im Netz¹ veröffentlicht.² TTIP und CETA werden als Handelsabkommen bezeichnet, mit deren Hilfe eine Freihandelszone zwischen Europa und den USA entstehen soll. Handelsabkommen sind zunächst „ganz normale“ völkerrechtliche Verträge. Sie gelten zwischen den vertragsschließenden Parteien, d.h. den Staaten oder supranationalen Organisationen, nicht aber zwischen den Staaten und Privaten.

Nun sind TTIP und CETA keineswegs die ersten Freihandelsabkommen, die das Licht der Welt erblicken. Wichtige internationale Freihandelsabkommen wurden im Rahmen der World Trade Organisation (WTO) abgeschlossen oder in diese integriert.³ Gleichsam den Auftakt machte am 30.10.1947 das General Agreement on Tariffs and Trade, kurz GATT, das im Wesentlichen einen Abbau von Zöllen zwischen den Staaten vorsah, was auch recht erfolgreich durchgesetzt wurde. 1994 wird das GATT zur WTO erweitert, also um den Handelsvertrag wird eine ganze Organisation geschaffen mit Sekre-

1 <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230>.

2 In der Kritik steht allerdings die Art der Verhandlungen und die Informationspolitik der EU – TTIP wird mit allerhöchster Geheimhaltungsstufe verhandelt. Nicht einmal die Abgeordneten des EP haben ungehinderten Zugang zu den Verhandlungsmaterialien (dazu: Bode, TTIP – Die Freihandelslüge, 2015, S. 29 ff). Begrüßt wird, dass sie nach Druck auf die Kommission nun in einem Leseraum Einblick in die Dokumente nehmen können (vgl. Lange, Das geplante Handels- und Investitionsabkommen EU-USA, http://www.bernd-lange.de/imperia/md/content/bezirkhannover/bernd_lange/mdep_lange_-_positionspapier_ttip_november_2014.pdf, S. 2).

3 Ausführlich *Klimenta/Fisahn u.a.*, Die Freihandelsfälle – Transatlantische Industriepolitik ohne Bürgerbeteiligung – das TTIP, 2014, S. 11 ff.

tariat, Versammlungen und Gerichtsbarkeiten. Ziel der WTO ist der Freihandel zwischen den Mitgliedstaaten, der über den Zollabbau hinausgeht und insbesondere den unbehinderten Zugang zu „fremden“ Märkten anstrebt.

Weil die WTO eine Handelsorganisation ist, geht ihre Aufgabe über die Umsetzung der vereinbarten Regelungen hinaus. Sie ist damit beauftragt und beschäftigt, weitere Handelserleichterungen zu initiieren, was durch sog. Runden geschieht, in denen sich die Vertreter der Mitgliedstaaten zu Verhandlungen treffen und die nach dem Ort benannt werden, wo das Treffen stattfand. Die letzte dieser Runden, die Doha-Runde, scheiterte mehr oder weniger an Interessenkonflikten zwischen Nord und Süd. In Bali wurde 2013 zwar noch einmal ein Kompromiss erzielt, der aber im Wesentlichen in einer Absichtserklärung bestand, weiter zu arbeiten, und keine substantziellen Änderungen enthielt. Der globale Süden verlangt vom Norden, dass dieser seine Märkte für Agrarprodukte des Südens öffnet und vor allem seine eigene Landwirtschaft nicht subventioniert, womit diejenige des Südens niederkonkurriert wird. Der globale Norden will dagegen vom Süden eine Öffnung der Märkte vor allem für Dienstleistungen, womit nach dem Sprachgebrauch die Öffnung für private Wasserversorgung, Bildung, Infrastruktur usw. gemeint ist.⁴

Weil es in der WTO nicht so richtig weiter geht, weichen die Staaten des Nordens auf bi- oder multilaterale Abkommen mit Staaten des Südens aus, was „den Vorteil“⁵ hat, das in solchen Verhandlungen ökonomische Druckmechanismen besser funktionieren. Weltweit bestanden Ende des Jahres 2007 insgesamt 2.608 bilaterale Investitionsschutzverträge.⁶ Die BRD hat seit 1959 mehr als 130 bilaterale Investitionsförderungs- und -schutzverträge abgeschlossen.⁷

II. Das Vorsorgeprinzip im Umwelt- und Verbraucherschutz

In der deutschen Öffentlichkeit gibt es eine intensive Diskussion um die Standards⁸ im Umwelt- und Verbraucherschutz. Symbol für diese Diskussion ist das Chlorhühnchen,⁹ das nun europäischen Verbrauchern vorgesetzt werde. Allgemeiner ausgedrückt wird be-

4 *Klimenta/Strasser/Fuchs*, 38 Argumente gegen TTIP, CETA, TISA & Co – Für einen zukunftsfähigen Welthandel, 2015, S. 42.

5 Ob der Freihandel mit Nordamerika relevante ökonomische Vorteile hätte, kann hier nicht diskutiert werden, ist aber höchst umstritten, vgl. *Stephan*, TTIP – Das Märchen vom Wachstums- und Beschäftigungsmotor, in: WISO direkt – Analyse und Konzepte zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, Bonn 2014; *Weingartner*, Wie die Befürworter TTIP schönrechnen, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ttip-und-freihandel/ttip-zahlen-zum-wirtschaftswachstum-geschoent-13486534.html> (Stand: 9.6.2015); *Felbermayr/Larch u.a.*, Dimensionen und Auswirkungen eines Freihandelsabkommens zwischen der EU und den USA, 2013; *Gregosz/Walter*, Die transatlantische Wirtschaftspartnerschaft, 2013.

6 Vgl. *UNCTAD*, World Investment Report 2008, Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge, S. 14.

7 Siehe: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/B/bilaterale-investitionsfoerderungs-und-schutzvertraege-IFV,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (Stand: 9.6.2015).

8 *Chemnitz*, TTIP – Ein Ausverkauf von Standards?, <https://www.boell.de/de/2014/06/05/ttip-ein-ausverkauf-von-standards> (Stand: 9.6.2015), passim.

9 Vgl. *Kafsack*, Über das Chlorhühnchen ist noch nicht entschieden, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ttip-und-freihandel/ttip-freihandelsabkommen-ueber-das-chlorhuehnchen-ist-noch-nicht-entschieden-13403922.html> (Stand: 9.6.2015).

fürchtet, dass mit TTIP und CETA die europäischen Standards im Verbraucher- und Umweltschutz gesenkt, die Schutzrechte geschleift werden.¹⁰ Nun könnte man dieses Problem in jeweils spezifischen Feldern diskutieren, etwa für die Gentechnik,¹¹ das Fracking¹² oder die Arzneimittelzulassung. Das soll hier nicht geschehen. Statt dessen soll das grundsätzliche Problem, das zu eben diesen Befürchtungen Anlass gibt, erläutert und diskutiert werden.

Der veröffentlichte Textvorschlag der EU zum Umwelt- und Verbraucherschutz in TTIP, also zum Kapitel über Sanitäre und Phytosanitäre Maßnahmen geht von einer gegenseitigen Anerkennung der jeweiligen Standards aus.¹³ In dem Textvorschlag heißt es:

Article 9 Equivalence

*The importing Party shall accept sanitary and phytosanitary measures of the exporting Party as equivalent to its own if the exporting Party objectively demonstrates to the importing Party that its measure achieves the importing Party's appropriate level of protection.*¹⁴

Das Problem bei der gegenseitigen Anerkennung von Standards im Umwelt- und Verbraucherschutz liegt darin, dass die EU und die USA unterschiedliche Philosophien verfolgen und rechtlich umsetzen. In der EU ist das Vorsorgeprinzip die handlungsleitende Maxime. Das Prinzip besagt, dass ein Produkt, ein Verfahren usw. auch unterhalb der Gefahrenschwelle nicht zugelassen wird, wenn hinsichtlich eines Elements des Gefahrenbegriffs¹⁵ Ungewissheit besteht, also die Möglichkeit besteht, dass ein relevanter Schaden verursacht werden könnte.

In den USA geht man dagegen davon aus, dass eine Genehmigung solange erteilt wird, solange nicht wissenschaftlich exakt nachgewiesen ist, dass ein Verhalten zu einem Schaden führt.¹⁶ Trotzdem funktioniert der Umwelt- und Verbraucherschutz in den USA – nur eben anders. Wenn ein Unternehmen, eine Person am Ende einen Schaden verursacht hat, greifen Haftungsregeln, die deutlich effektiver sind als in Europa. Die EU hat mit Haftungsrichtlinien¹⁷ versucht, den europäischen Umweltschutz zu komplettieren oder vielleicht auch anschlussfähig zu machen. Das hat aber nicht funktioniert. Die Regeln sind faktisch wirkungslos, wie auch eine von der Kommission in Auftrag gegebene Studie

10 Siehe hierzu, *Verbraucherzentrale Bundesverband*, Einschätzungen und Empfehlungen zu TTIP, 2014.

11 Dazu *Then*, Freihandel – Einfallstor für die Agro-Gentechnik, Auswirkungen von CETA und TTIP auf die EU-Regelungen im Bereich der Landwirtschaft – eine kritische Begutachtung, Studie im Auftrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, passim; *Hecking*, Vertrauliches Gutachten: Freihandelsabkommen hebt deutsche Gen-Politik aus, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/tiip-freihandelsabkommen-durchkreuzen-gen-politik-der-bundesregierung-a-1001211.html> (Stand 15.5.2015); *Klimenta/Fisahn u.a.* (Fn. 3), S. 51 ff.;

12 *Klimenta/Fisahn u.a.* (Fn. 3), S. 43 ff.

13 *Bode* (Fn. 1), S. 134.

14 Siehe: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153026.pdf (Stand: 9.6.2015).

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

16 Vgl. *Chemnitz* (Fn. 8), S. 8. Im Streit um die Existenz, die Ursachen und die Notwendigkeit, den Klimawandel abzuwehren, wird der Unterschied anschaulich.

17 EG-Umwelthaftungsrichtlinie 2004/35/EG.

berichtet hat.¹⁸ Effektive Haftungsregeln führen im Ergebnis auch dazu, dass potenzielle Verursacher sich sehr genau überlegen, ob sie das Risiko eingehen können oder sollen, wenn an einer Stelle der wissenschaftlichen Beweiskette Ungewissheit besteht. Ein Problem tritt dann auf, jedenfalls für die EU, wenn man durch Anerkennung des US-amerikanischen Regimes das europäische Vorsorgeprinzip unterläuft,¹⁹ ohne das Haftungsregime zu ergänzen.

Nun lässt sich einwenden, dass die Anerkennung mit Ausnahmen versehen ist oder werden kann.²⁰ Prinzipiell gilt dann aber: Diese Ausnahmen sind nicht flexibel, gelten also nicht für neuere Entwicklungen. Man könnte das durch Rechtsetzungskompetenzen, Kompetenzen, den Vertrag in seinen Details zu ergänzen, ausgleichen. Dann tritt allerdings das Problem der demokratischen Legitimation von Kompetenzverlagerungen auf. Darüber wird später noch zu sprechen sein.

Nun beteuert das Verhandlungsmandat zu TTIP selbstverständlich, dass in den Bereichen Umwelt- und Verbraucherschutz ein hohes Schutzniveau beibehalten werden soll und sicher auch werde. Das gilt, soweit man sich im Bereich der allgemeinen, unverbindlichen Absichtserklärungen befindet. Der Eindruck ändert sich, wenn es konkret wird. Für die Verhandlungen im Bereich der gesundheitspolizeilichen und pflanzenschutzrechtlichen Maßnahmen gilt nach dem TTIP-Mandat:

„Die von den Vertragsparteien festzulegenden Bestimmungen werden auf dem WTO-Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen (SPS-Übereinkommen) sowie auf den Bestimmungen des bestehenden Veterinärabkommens aufbauen ...“²¹

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

Article 2 Objectives

The objectives of this chapter are to:

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

und

Article 3 Rights and obligations

The Parties reaffirm their rights and obligations under the WTO SPS Agreement.²²

18 *European Commission*, Study on ELD effectiveness, scope and exceptions, 2014.

19 So auch *Bode* (Fn. 1), S. 142.

20 So fürchtet die Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie nicht um die Standards mit dem etwas schlichten Argument, alles müsse von den Parlamenten verabschiedet werden (*Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie*, FAKT ist: TTIP, 2015, S. 9).

21 *Leitlinien für die Verhandlung über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der EU und den Vereinigten Staaten von Amerika*, <http://www.ttip-leak.eu/media/download/e2ff8f5879aeaf5a40360628db9a0c84.pdf> (Stand: 9.6.2015) S. 11.

22 Siehe Textvorschlag der EU für ein Kapitel über phytosanitäre und sanitäre Maßnahmen: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153026.pdf (Stand: 9.6.2015).

Was das bedeutet, ist anschließend zu erklären. Vorher ist darauf hinzuweisen, dass diese Zielvorgabe auch im Entwurf für den CETA-Vertrag explizit so formuliert ist. Dort heißt es im 7. Kapitel über phytosanitäre und sanitäre Maßnahmen:

Article 2 Objectives

The objectives of this Chapter are to:

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

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

Article X.02: General Exceptions

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

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

Im SPS-Übereinkommen heißt es wörtlich:

Artikel 2 Grundlegende Rechte und Verpflichtungen:

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

So wird die Aufhebung des Vorsorgeprinzips über Umwege – deshalb schlecht erkennbar – zum Bestandteil des CETA-Vertrages und voraussichtlich auch des TTIP-Vertrages. Das steht nicht nur im Widerspruch zum europäischen Primärrecht, denn die Um-

weltpolitik der EU soll gemäß Art. 191 Abs. 2 AEUV auf „den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung“ beruhen.²³ Es dürfte auch den Grundsätzen der meisten nationalen Verfassungen widersprechen. Für das deutsche Grundgesetz gilt dies jedenfalls. Nach einhelliger Auffassung ist in den Formulierungen des Art. 20a GG auch das Vorsorgeprinzip enthalten.²⁴ Nun ließe sich einwenden, dass das SPS-Übereinkommen ja schon geltendes Recht sei. Das macht die Sache allerdings nicht besser. Da tickt eine Bombe für die Grundsätze des europäischen Modells des Umwelt- und Verbraucherschutzes, die möglicherweise nur deshalb noch nicht detoniert ist, weil die WTO deutlich an Bedeutung verloren hat.

III. Ausschreibungspflichten und Marktöffnung für öffentliche Dienstleistungen

1. Ausschreibungspflichten

Im Jahre 2013 war die erste Europäische Bürgerinitiative, die Initiative „right2water“ in doppeltem Sinne erfolgreich. Es wurde erstens die erforderliche Anzahl von Unterschriften in den Mitgliedstaaten der Union gesammelt. Wichtiger ist aber: Die Kommission hat ihren Vorschlag zur Privatisierung der Wasserversorgung durch die Konzessionsrichtlinie zurückgenommen.²⁵ TTIP und CETA machen die Privatisierung der öffentlichen Beschaffung oder Daseinsvorsorge wieder zum Thema.²⁶

Im Verhandlungsmandat zum TTIP heißt es:

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

Wie das System funktionieren soll, wird im Entwurf zum CETA-Abkommen deutlich. Im Kapitel über Government Procurement (Kapitel 21), also die öffentliche Beschaffung, wird zunächst festgeschrieben, dass öffentliche Einrichtungen bestimmte Aufträge ausschreiben müssen. Welche öffentlichen Einrichtungen das sind und welche Aufträge ausgeschrieben werden müssen, ist in langen Anhängen aufgelistet. Die Ausschreibungs-

23 In dem Sinne auch *Fischer-Lescano/Horst*, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA), www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/CETA-Rechtsgutachten.pdf (Stand: 9.6.2015) S. 28.

24 Siehe *Sommermann*, Art. 20a, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2012, Rn. 19; *Kloepfer*, Art. 20a, in: Bonner Kommentar GG, 2005, Rn. 48.

25 Siehe hierzu die Pressemitteilung der Kommission: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-277_de.pdf (Stand: 9.6.2015).

26 So auch *Fritz*, TTIP vor Ort – Folgen der transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft für Bundesländer und Kommunen, http://blog.campact.de/wp-content/uploads/2014/09/Campact_TTIP_vor_Ort.pdf, (Stand: 9.6.2015), 2014, passim.

pflicht ist also nicht die Regel. Bei der Aufzählung der ausschreibungspflichtigen öffentlichen Einrichtungen wird zwischen der europäischen, nationalen und regionalen Ebene sowie zwischen verschiedenen Behörden und Institutionen differenziert. Für diese gelten jeweils andere Grenzwerte (Summen), die zur kanada- und europaweiten Ausschreibung verpflichten. Wird eine bestimmte Summe überschritten, müssen die Aufträge ausgeschrieben werden, und die Staaten sind dem Prinzip der Nichtdiskriminierung verpflichtet.

Mit Blick auf die Geschichte der Konzessionsrichtlinie wird hier die Wasserversorgung und Energie als Beispiel ausgewählt. In Annex 3 lit (a) der EU zum 21. Kapitel (S. 716) heißt es, dass das Betreiben von Netzen u.a. zur Wasser- und Energieversorgung prinzipiell ausgeschrieben werden muss, wenn eine bestimmte Auftragssumme überschritten ist. Dagegen soll die Wasser- und Energieversorgung selbst nach der Note 3 zu Annex 3 (S. 718) nicht unter den Buchstaben (a) fallen, also muss sie nicht öffentlich ausgeschrieben werden. Unter dem Blickwinkel der Rekommunalisierung der Netze können diese Regeln zu einem Problem werden, weil der Netzbetrieb auch für die Wasserversorgung öffentlich ausgeschrieben werden muss.

In Note 4 zu Annex 5 erklärt die EU, dass sie bereit ist, die Liste der ausschreibungspflichtigen Beschaffungen zu erweitern, wenn sich die Ausschreibungspflicht auch im EU-Recht erweitert. Das ist wiederum interessant vor dem Hintergrund von Sperrklinken-Klauseln bei der Marktöffnung.

2. Negativlisten und Sperrklinken-Klausel

CETA enthält Regeln für die Erbringung von Dienstleistungen, die man als Marktöffnungsregeln zusammenfassen kann, d.h. es sollen für diese Dienstleistungen gleiche Wettbewerbschancen für alle Anbieter bestehen, unabhängig davon, von welcher Seite des Atlantiks sie kommen und unabhängig von der Frage, ob sie öffentliche oder private Anbieter sind. Im Dienstleistungskapitel (11. Kapitel) wird für Dienstleistungen eine prinzipielle Marktöffnung vereinbart,²⁷ von der es aber Ausnahmen geben kann, die in Art. X.06 I lit. (a) normiert werden. Die Parteien nehmen bestimmte Bereiche von der "Liberalisierungs-" oder Marktöffnungspflicht aus. Die Ausnahmen findet man in Anhängen des Vertrages, wo sowohl die EU als auch Kanada Sektoren auflisten, für die weiterhin eine Beschränkung des Marktzugangs, der Leistungsanforderung, der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung existieren soll.

Das Problem dieser Auflistung ist, dass nach dem Wortlaut des Verweises nur die in den Anhängen aufgelisteten Sektoren von den Marktöffnungsregeln ausgenommen werden – fehlende, vergessene oder neu entstehende Bereiche dagegen nicht. Man spricht von einem Negativlistenansatz. Nur die aufgeführten Sektoren genießen Privilegien, alle anderen nicht. Es gilt also das Prinzip des „*list it or lose it*“. Die von der EU im Rahmen von Handelsabkommen stets privilegierte Form der Bestimmung von Sektoren bzgl. der Liberalisierung war der Positivlistenansatz.²⁸ Dort werden nur Sektoren genannt, in denen die Vertragsparteien bereit sind, die Marktöffnung zu akzeptieren.

27 Zur Bedeutung gut verständlich *Fritz* (Fn. 26), S. 9.

28 So auch im WTO-Dienstleistungsabkommen GATS.

Mit diesem Regelungsansatz verbunden ist, dass Regulierungen, welche die Marktöffnung beschränken, unzulässig sind (Stillhalteklause). Für die gelisteten Ausnahmen von der Marktöffnungspflicht sind nachträgliche Modifikationen zulässig "to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure", womit die Konformität mit den Marktöffnungsprinzipien gemeint ist (Art. X.06 I lit. (c) im 11. Kapitel). Kurz: Gegen die Marktöffnung darf für bestimmte Bereiche verstoßen werden, aber nur auf dem gegenwärtigen Stand. Novellierungen sind nur zulässig, soweit sie in Richtung Marktöffnung gehen. Ist einmal liberalisiert, ist kein Zurück auf den vorherigen Stand möglich.²⁹ Anders ausgedrückt: Eine Regulierung von bestimmten Sektoren wird nicht ausgeschlossen, sie müssen nur „liberaler“ im Sinne des CETA ausfallen. Dieser Sperrklinkeneffekt (auch als „Ratchet-Klausel“ bekannt) gilt für die in Annex I gelisteten Dienstleistungsbereiche, nicht aber für die in Annex II gelisteten, hier hat sich die EU vorbehalten, die Marktöffnung auch wieder rückgängig zu machen. Für die Wasserversorgung gibt es einen solchen Vorbehalt (S. 1502 f.), ebenso für die Müllbeseitigung, nicht aber für die Energieversorgung.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass der status quo der unionsrechtlichen Privatisierungsstrategie weitgehend festgeschrieben ist, aber Öffnungsklauseln zu Erweiterungen führen können.³⁰ Das Festschreiben der Privatisierungsstrategie sichert diese gegen demokratische Entscheidungen auf europäischer Ebene, schafft eine Irreversibilität selbst gegenüber dem europäischen Gesetzgeber. CETA und TTIP sind so Herrschaftssicherung durch Verrechtlichung auf völkerrechtlicher Ebene, auf der eine marktradikale Wirtschaftsordnung normativ abgesichert wird.

IV. Bindende Entscheidungen des Joint Committee

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

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

Das ergänzende Factsheet der Kommission zu dieser Frage spricht von der Einrichtung eines „Regulatory Cooperation Body“.³¹ Lehrreich ist hier wieder der Entwurf des CETA-Abkommens.

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

29 Vgl. Fritz (Fn. 26), S. 13.

30 Ebenso Klimenta/Strasser/Fuchs (Fn. 4), S. 59.

31 Siehe hierzu: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/february/tradoc_153121.pdf (Stand: 9.6.2015).

Exekutiven von EU und Kanada bestehen und im Konsens entscheiden (Art. X.01 des), die zugleich bindend sind (Art. X.03).

Das Joint Committee hat eine grundsätzliche Allzuständigkeit, aber nicht in allen Bereichen eine Entscheidungsbefugnis. Diese hat das Joint Committee in allen Bereichen, d.h. mit Blick auf alle Regelungsmaterien, für welche der Vertrag dem Komitee eine Entscheidungsbefugnis einräumt. Dazu gehören die Befreiungstatbestände im Hinblick auf die Erhebung von Einfuhrzöllen (Art. 5 des Kapitels zu „National Treatment and Market Access for Goods“), die der Ausschuss genauso erweitern können soll 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 (Art. X.03 des Investitionsschutzkapitels).³² Entscheidungen, die das Joint Committee in diesen Fragen trifft, sind verbindlich für die EU und damit auch für die Mitgliedstaaten.

Es stellt sich die Frage, ob die Übertragung solcher Entscheidungsbefugnis mit dem Demokratieprinzip in Europa und den Nationalstaaten vereinbar ist. Zunächst betreffen die Entscheidungsbefugnisse, soweit das zu übersehen ist, nicht die Ausweitung der Regelungsbereiche, sondern im Wesentlichen die Details der grundsätzlichen Regelungen, die in den Anhängen bestimmt werden. Es handelt sich also um die Kompetenz, Ausführungsbestimmungen konsensual abzuändern. Ausführungsbestimmungen sind i.d.R. nicht Sache des Parlaments. Das heißt, mit demokratischen Grundsätzen ist es zunächst vereinbar, wenn der Exekutive sachlich begrenzte Regelungsbefugnisse übertragen werden, wenn die Exekutive gleichsam ermächtigt wird, Ausführungsbestimmungen zu erlassen.³³

Die nationalstaatliche Exekutive ist, wenn sie untergesetzliches Recht setzt, demokratisch legitimiert, weil sie vom Parlament gewählt ist. Das gilt für die Kommission in abgeschwächter Weise, weil die EU auch in dieser Hinsicht überföderalisiert ist, was im Rahmen eines Staatenbundes von der h.M. akzeptiert wird. Hier werden aber Entscheidungen von einer Institution getroffen, die zur Hälfte – nämlich aus europäischer Perspektive zur kanadischen Hälfte – in keiner Weise demokratisch legitimiert ist. Könnte man das im Rahmen eines internationalen Vertrages noch hinnehmen, ist die Grenze jedoch spätestens dann überschritten, wenn diese Entscheidungen als verbindlich gegen die EU und die Mitgliedstaaten wirken. Dort nämlich kann das Parlament nach demokratischen Grundsätzen im Zweifel administrative Entscheidungen der bezeichneten Art zurückholen – im guten Denglisch „overrulen“. Administrative Durchführungsverordnungen, die das Parlament aus welchen Gründen auch immer für falsch hält, kann es letztlich durch eine eigene gesetzliche Regelung außer Kraft setzen. Das geht nicht, wenn die Exekutive Recht setzt, das auch für das Europäische und die nationalen Parlamente verbindlich ist und nicht abgeändert werden kann. Die Exekutive entzieht sich der demokratischen Kontrolle und der Reversibilität ihrer Entscheidungen.³⁴ Das ist mit demokratischen Grundsätzen nicht vereinbar und beschneidet wieder einmal die Rechte der Parlamente.

32 *Fischer-Lescano/Horst* (Fn. 23), S. 15.

33 So auch *Ramsauer*, Art. 80 GG, in: Alternativkommentar Grundgesetz, 1984, Rn. 19.

34 Einige sprechen von einem „Einfallstor für Unternehmensinteressen“ (*Klimenta/Strasser/Fuchs* [Fn. 4], S. 36).

V. Schiedsgerichtsverfahren im Investitionsschutz

1. Verbot von direkter und indirekter Enteignung

Intensiv wird diskutiert, dass CETA wie TTIP die Möglichkeit vorsehen (sollen), dass private Investoren vor einem speziellen Schiedsgericht die Staaten auf Schadensersatz verklagen können, wenn sie direkt oder indirekt enteignet werden (Investor-State-Dispute-Settlement – ISDS). Auch das ist keine neue Entwicklung des internationalen Rechts, das Schiedsgerichte ebenso kennt wie Streitschlichtungsverfahren. Zu erwähnen ist das ICSID-Abkommen (International Centre for the Settlement of Investment Disputes).³⁵ Im ICSID-Abkommen wird das Verfahren für Investor-Staat-Schiedsverfahren geregelt. Es ist anwendbar, wenn ein Staat dem ICSID beitrifft und in einem völkerrechtlichen Abkommen die ICSID-Regeln zur Streitbeilegung für anwendbar erklärt.³⁶ Das ICSID ist Teil der Weltbank mit Sitz in Washington D.C. und ist wohl das wichtigste Forum für Investor-Staat-Schiedsverfahren.³⁷

Im Verhandlungsmandat für TTIP wird ausdrücklich formuliert, dass ein Investitionsschutzkapitel mit einer exklusiven Klagemöglichkeit für ausländische Investoren geschaffen werden soll.³⁸ Im CETA-Vertrag wird in Art. X.17 (10 Kapitel) normiert, dass private Investoren ein Klagerecht gegen Staaten wegen Verletzung der Investitionsschutzartikel haben.

Investitionsschutz wird gegen indirekte und direkte Enteignungen gewährt. Was eine Investition ist, wird nicht definiert, so könnten die Schiedsgerichte auch den Erwerb von „Finanzprodukten“ als Investition behandeln.³⁹ Staaten dürfen nur unter speziellen Voraussetzungen enteignen und sind außerdem verpflichtet, eine „zügige, adäquate und effektive Entschädigung“ zu zahlen. Das läuft im Zweifel auf Wertersatz hinaus, den das deutsche Grundgesetz nicht kennt. Gemäß Art. 14 Abs. 3 GG muss bei Enteignungen zum Wohle der Allgemeinheit nur eine „angemessene Entschädigung“ gezahlt werden, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter dem Wertersatz liegen kann.⁴⁰

35 Vgl. *Grob/Khan*, Sind die Regelungen zur Schiedsgerichtsbarkeit verfassungswidrig, weil sie gegen Art. 92 GG (innerstaatliches Rechtsprechungsmonopol) und Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG (innerstaatliche Garantie des Rechtswegs) verstoßen? Rechtsgutachten TTIP, 2015, http://www.bund-naturschutz.de/fileadmin/download/Umweltpolitik/Gutachten_zu_TTIP-Schiedsgerichten.pdf (Stand: 9.6.2015), S. 3.

36 Zu Fällen und Entschädigungssummen vgl. *Fritz* (Fn. 26), S. 7.

37 Dazu *Fisahn*, Investorenschutz durch private Schiedsgerichte, in: Amos International. Gesellschaft gerecht gestalten, 2014, S. 37 ff.

38 Vgl. *Leitlinien für die Verhandlung über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der EU und den Vereinigten Staaten von Amerika*, S. 8 f.

39 Vgl. *Verbraucherzentrale Bundesverband*, Einschätzungen und Empfehlungen des Verbraucherzentralen Bundesverbands für eine noch mögliche Korrektur zur Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP), 2014, S. 43.

40 BVerfGE 24, 367, 421.

Es stellt sich die Frage, was eine indirekte Enteignung ist.⁴¹ CETA definiert in den Anhängen⁴² die indirekte Enteignung, worunter alle Maßnahmen, d.h. auch Gesetze fallen, die mit Blick auf das Eigentum ähnliche Effekte haben wie die Enteignung, weil die Nutzungsmöglichkeiten verringert werden, ohne das Eigentum zu transferieren. Entschieden werden soll aber von Fall zu Fall nach explizit benannten Kriterien, zu denen Folgende gehören: Nur negative Effekte auf den Wert einer Investition reichen nicht, um eine Enteignung anzunehmen. Aber: Es sind die vernünftigen Gewinnerwartungen der Investoren zu berücksichtigen.

Das heißt: Jede Gesetzgebung, die soziale Standards erhöht, etwa den Kündigungsschutz verbessert oder die Umlage für Sozialkassen anhebt, kann zunächst als indirekte Enteignung gelten.⁴³ Das Gleiche lässt sich für Maßnahmen im Bereich des Umwelt- oder Gesundheitsschutzes feststellen, wie etwa die Einführung neuer Grenzwerte oder Verschmutzungsabgaben oder die Pflicht zum Hinweis auf Gesundheitsgefahren. Das gilt zunächst auch für den Eigentumsschutz nach dem Grundgesetz. Alle diese Maßnahmen bedeuten eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums und müssen gerechtfertigt werden, d.h. nach deutschem Verfassungsrecht am Ende verhältnismäßig sein. Auch nach den Formulierungen im CETA ist nicht jede Einschränkung unzulässig oder löst eine Entschädigungspflicht aus – nur dann, wenn sie den vernünftigen Gewinnerwartungen der Investoren widerspricht. Was darunter zu verstehen ist, wird in der Hand der entscheidenden Gerichte liegen. Es kann sich jedenfalls im Ergebnis deutlich von den Vorgaben des Grundgesetzes unterscheiden.⁴⁴

2. Sondergerichte und Sonderrecht für Konzerne

CETA sieht nach Konsultation und Mediation als Möglichkeiten konsensualer Lösung das Schiedsgerichtsverfahren zwischen Investor und Staat vor, um die Frage zu klären, ob eine indirekte Enteignung unzulässig oder entschädigungspflichtig ist. Wer sitzt nun in diesen Schiedsgerichten und entscheidet solche wichtige Verfahren? Nach Art. X.25 CETA (Investitionskapitel) bestimmen zunächst die Parteien die Richter, also Investor und Staat. Erzielen sie einen Konsens, können sie die Entscheidung einem Einzelrichter übertragen. Wenn nicht, besteht das Gericht aus drei Richtern, wovon jede Partei einen wählt, der „neutrale“ Dritte muss wieder konsensual ernannt werden. Die Richterernennung nach der ICSID-Konvention hat offenbar als Vorlage für das CETA-Verfahren gedient.

41 Siehe hierzu auch *Krajewski*, Kurzgutachten zu Investitionsschutz und Investor-Staat-Streitbeilegung im Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaftsabkommen (TTIP) im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2014, http://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/Veranstaltungen/140505-TTIP/Kurzgutachten_Investitionsschutz_TTIP_Endfassung_layout.pdf (Stand: 9.6.2015), S. 7.

42 Kapitel 10, Anhang zu Art. X.11.

43 Vgl. *Fisahn*, Freihandel und Investorschutz, in: verdikt. Mitteilungen der Fachgruppen Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, ver.di, 2014, S. 11 ff.

44 Ähnlich *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, http://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/EU-USA-Freihandelsabkommen/Thesenpapier_Klageprivilegien_in_CETA.PDF (Stand: 9.6.2015), S. 4.

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

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

Sondergerichte widersprechen außerdem dem rechtsstaatlichen Gebot der Allgemeinheit des Gesetzes, die eine zentrale Errungenschaft des bürgerlichen Rechtsstaates gegenüber dem feudalen Privilegienrecht. Franz Neumann hat seine Analyse zum Unrechtscharakter des NS-Regimes wesentlich mit der Tatsache begründet, dass die Allgemeinheit des Gesetzes aufgehoben und Sondergerichte eingerichtet worden sind.⁴⁵ Zudem widersprechen sie dem Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz als einem wichtigen Prinzip des Rechtsstaates, das in Art. 3 Abs. 1 GG formuliert ist. Die Konzerne können strategisch überlegen, bei welchem Gericht sie höhere Erfolgsaussichten haben und den entsprechenden Verfahrensweg wählen. Bei Schiedsverfahren, welche die Form gütlicher Einigungen haben, ist das hinnehmbar, insbesondere wenn die Entscheidungen nicht verbindlich sind. In Art. X.39 CETA ist ebenso wie in ICSID-Konvention eine solche bindende Wirkung normiert, was auch den ICSID-Vertrag problematisch macht.⁴⁶

Schließlich schafft CETA und TTIP ein Sonderrecht für Konzerne, nämlich das dort formulierte Freihandelsrecht. Art. X.27 CETA (10. Kapitel) bestimmt, dass das Schiedsgericht auf der Grundlage des Vertrages und seiner Auslegung zu entscheiden hat. Angewendet werden also nicht die nationalen Rechtsvorschriften, auch nicht das nationale Verfassungsrecht. Der Handels-Kommission, die mit CETA etabliert wird, kommt dabei das Recht zu, eine für das Schiedsgericht bindende Auslegung des Vertrages zu entwickeln.⁴⁷ Das Problem ist hier, dass nicht nur ein Sondergericht, sondern auch ein Sonderrecht für Konzerne geschaffen wird, das am Ende nationalen Rechtsvorschriften einschließlich der Verfassung vorgehen könnte. ISDS schafft eine Nebenverfassung zum Grundgesetz.⁴⁸

Nimmt man beispielsweise an, ein Konzern verklagt die BRD, weil sie schärfere Arbeitsschutzgesetze geschaffen hat, was europarechtlich zulässig wäre. Dann kann das Schiedsgericht entscheiden, dass die BRD damit gegen CETA verstößt und entsprechend hohe Schadensersatzansprüche ausurteilen. Das wiederum setzt den Gesetzgeber unter Zugzwang, und zwar schon bevor ein solches Gesetz verabschiedet wird. Das ginge auch dann, wenn das Bundesverfassungsgericht ein solches Gesetz für unproblematisch ver-

45 Vgl. Neumann, Behemoth, S. 525 f.

46 So auch Grob/Khan (Fn. 35), S. 11.

47 Art. 27 II im 10. Kapitel.

48 Ähnlich Bode (Fn. 1), S. 100.

einbar mit Art. 12 GG halten würde. Der Freihandelsvertrag könnte so Vorrang vor nationalem Recht haben, also vor Entscheidungen des demokratisch gewählten Gesetzgebers, dessen Entscheidungsprärogative so unterlaufen wird.

IV. Fazit

CETA und TTIP schaffen „durch die Hintertür“ das Vorsorgeprinzip ab und schmälern so den bewährten Verbraucher- und Umweltschutz in Europa und Deutschland. In die Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen wird durch den Negativlistenansatz, der Sperrklinkenklausele und den Ausschreibungspflichten eingegriffen. Mit dem „Joint Committee“ wird dem Freihandelsabkommen ein administrativer Unterbau mit Entscheidungsbefugnissen gegeben. Jedoch mangelt es hier bereits an der demokratischen Legitimation sowie der „Rückholbarkeit“ von ergangenen Entscheidungen durch nationale Parlamente. Schließlich wird mit dem Investor-Staat-Schiedsverfahren ein Sonderrecht und eine Sondergerichtsbarkeit für Unternehmen etabliert. Auch dieses Verfahren ist mit den Grundsätzen des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips nicht vereinbar. Alles in allem sind CETA und TTIP kein guter „Deal“ für die Mehrheit der Bevölkerung.



Die Vielfalt des Persönlichkeitsschutzes

Pressefreiheit und Privatsphärenschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in Deutschland und im Vereinigten Königreich

Von Dr. Judith Janna Märten

2015, 570 S., geb., 148,- €

ISBN 978-3-8487-1715-6

(Materialien zur rechtswissenschaftlichen Medien- und Informationsforschung, Bd. 73)

www.nomos-shop.de/24100

Die Entwicklungsschritte des Persönlichkeitsschutzes in Deutschland, dem Vereinigten Königreich und nach der EMRK werden detailreich anhand von Fallgruppen erläutert. Wenngleich durch einen Rechtsdialog eine gemeineuropäische Entwicklung begonnen hat, bleibt die Grundrechtsvielfalt in Europa bestehen.

Portofreie Buch-Bestellungen unter
www.nomos-shop.de

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



Nomos