Endstation Karlsruhe! – Schiedsgerichtsbarkeit in Freihandelsverträgen

Kathrin Groh*

Inhalt

A. Einleitung 433
B. Das ICS – Eine verschlimmbesserte nicht-staatliche Schiedsgerichtsbarkeit 434
C. Das Rechtsprechungsmonopol im Grundgesetz 435
I. Rechtsprechungsmonopol und Völkerrecht 436
II. Rechtsprechungsmonopol und nicht-staatliche Schiedsgerichtsbarkeit 436
III. Rechtsprechungsmonopol und staatliche Gewährleistungsverantwortung 439
D. Demokratische Legitimation der Schiedsgerichte – Fehlanzeige 440
I. Schiedsgerichte und das „Right to Regulate" des parlamentarischen Gesetzgebers 441
II. Die personelle Legitimation der Schiedsrichter 442
III. Sachlich-inhaltliche Legitimation – Demokratische Steuerung der Rechtsprechung durch Rechtsbindung 443
IV. Ergebnis 446
D. Rückholrecht demokratisch legitimierter Instanzen 446
E. Ergebnis 448

A. Einleitung

Das so genannte *Investment Court System* (ICS) in CETA ist trotz seines irreführenden Namens nach wie vor eine, wenn auch hybride, nicht-staatliche Schiedsgerichtsbarkeit und damit verfassungswidrig.

Das Grundgesetz enthält keine ausdrückliche Ermächtigung zur Einrichtung einer Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit in Freihandelsabkommen. Art. 24 Abs. 3 GG erlaubt eine Übertragung von Hoheitsrechten lediglich auf zwischenstaatliche Schiedsgerichte. Selbst wenn Art. 24 Abs. 1 GG einschlägig sein sollte, darf eine Übertragung von Hoheitsrechten auf andere zwischenstaatliche Einrichtungen nicht so weit gehen, dass durch sie die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland verletzt würde. Zuweilen zieht die Literatur ungeschriebene Delegationsnormen aus

* Prof. Dr. Kathrin Groh ist Inhaberin eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Universität der Bundeswehr in München.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2016-4-433 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

dem allgemeinen Grundsatz der „offenen Staatlichkeit" oder der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes heran, um die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit verfassungsrechtlich zu rechtfertigen; oder sie verweist auf die *implied powers* der EU im Außenhandelsrecht als Ermächtigungsgrundlage für das *Investor-State-Dispute-Settlement* in CETA.[1] In seiner Entscheidung zur vorläufigen Anwendbarkeit von CETA mutmaßt das Bundesverfassungsgericht dagegen, dass der EU die Kompetenzen für den Investitionsschutz und seine Gerichtsbarkeit fehlen dürften.[2] Eine Berufung auf ungeschriebene Rechtsprinzipien oder Rechtsnormen verbietet sich zudem im Kernbereich der Verfassungsidentität, zumal das Investor-Staat-Schiedsverfahren zwar ein üblicher, aber kein notwendiger Bestandteil von Freihandelsabkommen ist, und Investitionen auf dem Gebiet der EU des Schutzes durch Schiedsgerichte nicht bedürfen, um als sicher zu gelten.

Die Schiedsgerichtsbarkeit in CETA verstößt – zumindest mit einigen ihrer Teilregelungen – gegen das Rechtsprechungsmonopol des Grundgesetzes und ist insgesamt nicht ausreichend demokratisch legitimiert. Die fehlende demokratische Legitimation verletzt zugleich die Verfassungsidentität des Grundgesetzes.

B. Das ICS – Eine verschlimmbesserte nicht-staatliche Schiedsgerichtsbarkeit

Der deutsche Vertragstext zu CETA suggeriert im Investitionsschutzkapitel mit seinen Begrifflichkeiten wie „Gericht" und „Urteil" zwar, dass die Investorenschutzgerichtsbarkeit mit einer internationalen staatlichen Gerichtbarkeit auf Augenhöhe gebracht worden sei. Der englische Vertragstext spricht dagegen eine ganz andere Sprache. Er operiert nach wie vor mit den gängigen Bezeichnungen des *Investor-State-Dispute-Settlement*. Im englischen Text heißen die Spruchkörper „*Tribunals*" und ihre Entscheidungen „*Awards*". Trotz einiger auch substantieller Nachbesserungen macht der englische Sprachgebrauch klar: Das ICS in CETA ist nach wie vor der nicht-staatlichen Schiedsgerichtsbarkeit zuzuordnen.[3]

Zu den hier interessierenden wesentlichen Veränderungen im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit gehört zunächst vor allem die Auswahl der anfänglich auf 15 Personen begrenzten Schiedsrichter. Die Auswahl der Schiedsrichter wird vom Gemischten CETA-Ausschuss getroffen (Art. 8.27 Abs. 2 CETA). Sie liegt damit allein in staat-

1 *Duve/Rösch*, Lösen internationale Gerichte die Schiedsgerichtsbarkeit ab?, ZVglRWiss 114 (2015), S. 388 ff.; *Prütting*, Schiedsgerichtsbarkeit ist Anwaltssache, AnwBl. 2015, S. 550; *Ohler*, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischen Verfassungsrecht, JZ 2015, S. 342; *Herrmann*, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, EuZW 2010, S. 211; *Birkner*, Freihandel und internationales Investitionsschutzrecht – Modelle und Perspektiven gerichtlicher Streitbeilegung, EuZW 2016, S. 454 ff.

2 BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 – 2 BvR 1368/16 u.a., Rn. 52.

3 *Krajewski/Hoffmann*, Der Vorschlag der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP, FES, 2015, S. 5; *Weidenfeller*, Nicht mehr privat und nicht mehr geheim? – Reform des internationalen Schiedsverfahrens, ZRP 2015, S. 114; *Jaeger*, Zum Vorschlag einer permanenten Investitionsgerichtsbarkeit, EuR 2016, S. 212.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2016-4-433 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

licher Hand. Ferner führt CETA Vergütungsregelungen für die Schiedsrichter ein (Art. 8.27 Abs. 12 CETA).

Mit seinem verbesserten Rezept richtet das Freihandelsabkommen trotzdem kein permanentes Investitionsgericht ein. Es etabliert vielmehr in Anlehnung an das ICSID-Verfahren eine permanente, nach oben hin offene Liste von Schiedsrichtern (Art. 8.27 Abs. 3 CETA),[4] die eine Grundalimentation erhalten, um ihre Verfügbarkeit im Einzelfall sicherzustellen.

Die Spruchkörper selbst werden, wie in der Investorenschiedsgerichtsbarkeit üblich, weiterhin *ad hoc* nach Klageeinreichung gebildet (Art. 8.27 Abs. 7 CETA).[5] Die Wahl der Verfahrensregeln für das Schiedsverfahren unterliegt nach wie vor privatautonomen Grundsätzen. Die Klageparteien haben die Wahl zwischen ICSID, UNCITRAL oder anderen, einvernehmlich festgelegten Verfahrensregeln, nach denen die Tribunale dann entscheiden (Art. 8.23 Abs. 2 CETA). Das ICSID-Sekretariat leistet ihnen dabei infrastrukturelle Schützenhilfe (Art. 8.27 Abs. 13 und 16 CETA). CETA behält die für die Investorenschiedsgerichtsbarkeit typische Freizügigkeit der Vollstreckung von Schiedssprüchen bei.

Haben die Schiedsparteien ein Verfahren nach ICSID vereinbart, so stellt der Vertrag außerdem in Art. 8.41 Abs. 6 CETA klar, dass Schiedssprüche aus diesem Verfahren so behandelt werden, als handele es sich bei ihnen um rechtskräftige Urteile nationaler Gerichte. Das will heißen: Diese Schiedssprüche, in denen Deutschland zur Zahlung von Entschädigung oder Schadensersatz verurteilt wird, sind ohne ein weiteres – nationales – Verfahren im In- und Ausland vollstreckbar. Eine *ordre public*-Prüfung dieser Schiedsurteile zumindest auf eine mögliche Verletzung der fundamentalen Grundsätze der deutschen Rechts- und Wertordnung hin durch ein nationales Vollstreckungsgericht ist nicht vorgesehen. Hier findet ein unmittelbarer Durchgriff der Schiedsgerichte in die deutsche Rechtsordnung statt.

Dass CETA ein Appellationstribunal einrichtet (Art. 8.28 CETA), das erstinstanzliche Schiedssprüche wegen offensichtlicher Tatsachenfehler bei der Würdigung des nationalen Rechts aufheben kann, ändert nichts am Fehlen des letzten Wortes eines nationalen staatlichen Gerichts oder der Einordnung der CETA-Gerichtsbarkeit unter die nicht-staatliche Schiedsgerichtsbarkeit.

C. Das Rechtsprechungsmonopol im Grundgesetz

Investor-Staat-Streitigkeiten einer nicht-staatlichen Schiedsgerichtsbarkeit anzuvertrauen, die letztverbindlich entscheidet, widerspricht dem Rechtsprechungsmonopol des Grundgesetzes.

Nach Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt den staatlichen Richtern als Trägern eines hoheitlichen Amtes anvertraut. Vielfach wird behauptet, Art. 92 GG schließe die

4 Auf der ICSID-Liste sind etwa 993 Personen als Schiedsrichter benannt, vgl. *Rafsendjani*, Der Investitionsschutz im transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaftsabkommen (TTIP), jM 2015, S. 225.

5 *Birkner*, Freihandel und Investitionsschutzrecht – Modelle und Perspektiven gerichtlicher Streitbeilegung, EuZW 2016, S. 457.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2016-4-433 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Möglichkeit der Unterwerfung der deutschen Staatsgewalt unter eine nicht-staatliche Schiedsgerichtsbarkeit aus zwei Gründen nicht aus. Zum einen falle die Schiedsgerichtsbarkeit nicht in den Regelungsbereich des Rechtsprechungsmonopols. Die private Schiedsgerichtsbarkeit werde von Art. 92 GG also weder erlaubt noch verboten. Zum anderen sei Art. 92 GG im Kontext völkerrechtlicher Verträge nicht einschlägig, da das Grundgesetz nicht vorgeben könne, was das Völkerrecht unter Rechtsprechung verstehen dürfe.

I. Rechtsprechungsmonopol und Völkerrecht

Zunächst zum letztgenannten Einwand. Das Grundgesetz erhebt nicht den Anspruch, der Staatengemeinschaft seinen Begriff von Rechtsprechung aufzwingen zu wollen. Es verfasst ausschließlich die deutsche Staatsgewalt, bindet sie aber im Rahmen seiner „unberührbaren" Identität im völkerrechtlichen Verkehr an seine Vorgaben. Will der Staat sich einer entweder durch privaten Vertrag, durch nationalen Hoheitsakt oder durch völkerrechtlichen Vertrag eingerichteten Gewalt unterwerfen, die letztverbindlich über seine Maßnahmen Recht spricht, ist kein Grund ersichtlich, warum der Souverän nicht bestimmen können sollte, dass diese Institution seinen Ansprüchen an den grundgesetzlichen Begriff von Rechtsprechung entsprechen muss, oder aber eine Freistellungsklausel ins Grundgesetz aufnimmt. Eine entsprechende Freistellungsklausel enthält Art. 24 Abs. 3 GG, der ausdrücklich erlaubt, dass sich die deutsche Hoheitsgewalt an zwischenstaatlichen Streitschlichtungsinstanzen beteiligen darf, ohne dass diese dem verfassungsrechtlichen Begriff von Rechtsprechung entsprechen müssen. Für andere als diese zwischenstaatlichen Schiedsinstanzen enthält das Grundgesetz keine ausdrückliche Öffnungsklausel. Folglich ist auf die allgemeinen Regelungen zur Rechtsprechung zurückzugreifen und hier gilt dann das Rechtsprechungsmonopol des Art. 92 GG.

II. Rechtsprechungsmonopol und nicht-staatliche Schiedsgerichtsbarkeit

Wie verhält sich das Rechtsprechungsmonopol insgesamt zur nichtstaatlichen Schiedsgerichtsbarkeit?

Das Grundgesetz garantiert die private Schiedsgerichtsbarkeit grundsätzlich in demselben Umfang, wie es die Privatautonomie gewährleistet.[6] In subordinationsrechtlichen Rechtsverhältnissen zwischen Bürger und Staat herrschen jedoch andere Regeln als diejenigen der Privatautonomie. Denn der Staat ist kein Privatmann, wenn er hoheitlich handelt. Zwar gilt die ältere Literatur, die eine Schiedsgerichtsbarkeit in

6 BVerfG, NJW-RR 2007, 1074; *Achterberg*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1981, Art. 92, Rn. 173 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2016-4-433 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

subordinationsrechtlichen Verhältnissen generell ablehnte,[7] als überholt. Das Verwaltungsrecht hat sich mittlerweile für Schiedsgerichte geöffnet. In der Verwaltungsgerichtsordnung stößt man deshalb auf § 173 VwGO, der recht lapidar auf das Kapitel über die Schiedsgerichtsbarkeit in der ZPO verweist und dieses Kapitel in verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten zwischen Staat und Bürger für entsprechend anwendbar erklärt. In den recht einsilbigen Kommentierungen zu den §§ 1029, 1030 ZPO entdeckt man dann in der Regel nur den Satz, dass vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen Bürger und Staat schiedsfähig seien.[8] Da die echte Schiedsgerichtsbarkeit im Verwaltungsrecht ein noch recht unbeackertes Feld ist, hat es hierbei in der Regel sein Bewenden. Wird aber das Justizmonopol des Art. 92 GG mit den ausdrücklichen Rechtsweggarantien des Grundgesetzes kombiniert, nämlich den Art. 19 Abs. 4 GG für den Primärrechtsschutz und den Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG bzw. Art. 34 Satz 3 GG für den Sekundärrechtsschutz, dann zeigt sich, dass die Auffassung, Ansprüche ausländischer Investoren auf Entschädigung oder Schadensersatz seien nach nationalem Recht schiedsfähige vermögensrechtliche Ansprüche, in der Rechts- und Eigentumsordnung des Grundgesetzes ein Trugschluss ist.[9]

In den Rechtsweggarantien der genannten Normen ordnet das Grundgesetz die Kontrolle der Exekutive bzw. der Legislative durch die Judikative des Art. 92 GG ausdrücklich an. Hier kommt die Gewaltenordnung des Grundgesetzes zum Ausdruck.[10] Ein Teil der Literatur fasst die Rechtsweggarantien mit den speziellen Richtervorbehalten des Grundgesetzes deshalb zu einem so genannten Kernbereich der Judikative[11] zusammen. Dieser Kernbereich des Rechtsprechungsmonopols darf nicht durch Schiedsabreden auf Schiedsgerichte übertragen werden. Rechtsweg ist hier der Gerichtsweg.[12] Dieses Ergebnis ist kein dogmatischer Positivismus. In ihm konkretisieren sich vielmehr mehrere Staatsstrukturprinzipien wie vor allem das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip.

In der deutschen Eigentumsordnung und im Staatshaftungsrecht gelten mehrere, historisch gewachsene und kulturell bedingte Besonderheiten, an denen sich zeigt, dass Demokratie ohne Rechtsstaat unmöglich ist. Die eine Besonderheit ist, dass Eigentum in Deutschland von vornherein mit der Hypothek seiner sozialstaatlichen Bindung nach Art. 14 Abs. 2 GG entsteht, die es dem parlamentarischen Gesetzgeber

7 *Haueisen*, Die Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten durch Schiedsgerichte, NJW 1962, S. 2130 f.; *Lembcke*, Die Influenz von Justizgewährungsanspruch, Rechtsprechungsmonopol des Staates und rechtlichem Gehör auf außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren, NVwZ 2008, S. 43.

8 *Hartmann/Baumbach/Lauterbach*, ZPO, 70. Aufl. 2012, § 1030, Rn. 4 ff.

9 So bereits BVerwG, NJW 1990, 1929.

10 *Wilke*, Die rechtsprechende Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 112, Rn. 47.

11 BVerfGE 4, 74 (92 ff.); BVerfGE 18, 241 (252); BVerfGE 22, 49 (77 f.); BVerfGE 26, 186 (194 f.); BVerfGE 27, 18 (28); BVerfGE 103, 11 (137).

12 *Klein*, Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL 8 (1950), S. 93; *Achterberg*, (Fn. 6), Art 92, Rn. 17 f., 184; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG III, 2. Aufl. 2008, Art. 92, Rn. 30 ff., 49 ff.; *Zado*, Privatisierung der Justiz, 2013, 247 f., 261; BVerfGE 27, 18 (28); a.A. *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2004, S. 72 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2016-4-433 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

erlaubt, bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums zwischen einem ausgleichpflichtigen Eingriff und der ausgleichslosen Sozialbindung des Eigentums zu differenzieren, um die Wirtschaftsordnung aktiv zu gestalten. Weder der Gesetzgeber noch die Verwaltung müssen für jede Neuordnung eines Rechtsgebiets oder eines Eigentumsrechts, die zu einer Einschränkung von Eigentümerpositionen führen, immer und automatisch entschädigen.[13] Die andere Besonderheit ist die abwehrrechtliche Funktion des Eigentumsrechts, die den grundgesetzlichen Vorrang des Primärrechtsschutzes vor dem Sekundärrechtsschutz flankiert. Dieser Vorrang des Primärrechtsschutzes gilt auch im Staatshaftungsrecht nach § 839 Abs. 3 BGB und § 254 BGB. Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüche gegen den Staat sind Klagen auf Aufhebung einer schädigenden Maßnahme durch die öffentliche Hand grundsätzlich nachgeordnet.[14] Von dem von der Zivilrechtsrechtsprechung lange gepflegten Motto „dulde und liquidiere" ist das Bundesverfassungsgericht bereits vor über 30 Jahren in seinem Nassauskiesungsbeschluss abgerückt.[15] Die beiden genannten Besonderheiten der deutschen Eigentumsordnung unterstützen die Rolle des parlamentarischen Gesetzgebers als erster Gewalt in der grundgesetzlichen Demokratie – und werden durch den Investorenschutz unterlaufen.

Nach der Junktimklausel des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG müssen ausgleichs- bzw. entschädigungspflichtige Eingriffe in das Eigentum auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die immer zugleich die entsprechende Regelung über eine angemessene Entschädigung oder einen angemessenen Ausgleich enthält. Während früher Art. 14 Abs. 3 Satz 2 und 3 GG als verfassungsunmittelbare Anspruchsgrundlagen für eine vom parlamentarischen Gesetzgeber nicht vorgesehene Entschädigung herangezogen wurden, und die Zivilgerichte es übernahmen, anstelle des Gesetzgebers und gegebenenfalls gegen dessen Willen gleichzeitig über das Ob und die angemessene Höhe der Entschädigung oder des Ausgleichs für einen Eingriff in Eigentumspositionen zu urteilen, gilt diese richterrechtliche Anmaßung unter Verfassungsrechtlern heute als unzulässiger Übergriff in die Aufgaben und Kompetenzen des Parlaments.[16] Der Gesetzgeber trägt das Risiko einer Fehleinschätzung von Inhalt und Wirkungen seiner Maßnahmen. Er hat in einem Rechtsstaat, der sich in seiner formellen Ausprägung unter dem Grundgesetz vor allem um die Rechtmäßigkeit der Staatsgewalt sorgt, die Pflicht, seine Fehler zu korrigieren, und kann sich nicht mit einer „finanziellen Heilung" einer verfassungs- oder gesetzeswidrigen Maßnahme freikaufen.

Das Bundesverfassungsgericht schützt mit dem Grundsatz des Vorrangs des Primärrechtsschutzes den Rechtsstaat und die parlamentarische Demokratie. Es verleiht der Wiederherstellung der Verfassungsordnung ein deutlich höheres Gewicht als dem

13 *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 2005, Rn. 50; BVerfGE 25, 112 (117 f.); BVerfGE 50, 290 (337 f.); BVerfGE 58, 300 (350); BVerfGE 74, 264 (284 ff.); BVerfGE 101, 54 (75 f.); BVerfG, NJW 1998, 368 f.

14 BVerfGE 24, 367 (401 f.).

15 BVerfGE 58, 300 (324).

16 *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG I, 2. Aufl. 2004, Art. 14, Rn. 122; *Papier*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 2010, Art. 14, Rn. 11; *Hufen*, Staatsrecht II, 2007, S. 660 f.; bereits BVerfGE 4, 219 (228 ff.); BVerfGE 58, 300 (319 f.); BVerfGE 100, 226 (241, 244 f.).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2016-4-433 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Ausgleich individueller Vermögensnachteile.[17] Die rechts- bzw. verfassungswidrigen Maßnahmen des Staates sind deshalb von den Verwaltungs- bzw. Verfassungsgerichten zu kassieren. Die Gründe für diese formale Strenge liegen weniger im Schutz des Einzelnen und seiner subjektiven Rechte als in der Verteidigung der objektiven Staatsstrukturprinzipien Demokratie, Rechtsstaat und Gewaltenteilung. (Einfache) Gerichte dürfen sich nicht über den Willen des Gesetzgebers hinwegsetzen. Nur der Gesetzgeber, nicht der Richter ist in der Lage, die Interessen der Allgemeinheit und die der Betroffenen abzuwägen und darf seine politischen Spielräume dabei ausschöpfen.

Auch dieses Prinzip ist Teil der bundesdeutschen Verfassungsidentität und wird von der Freihandelsschiedsgerichtsbarkeit ausgehöhlt.

III. Rechtsprechungsmonopol und staatliche Gewährleistungsverantwortung

Selbst wenn man der herrschenden Meinung folgt und die nichtstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit aus dem expliziten Anwendungsbereich des Art. 92 GG ausklammert, enthält die Norm implizit die Verpflichtung des Staates, die rechtsprechende Gewalt als obligatorische Staatsaufgabe dort, wo das Grundgesetz nichts anderes ausdrücklich bestimmt, selbst wahrzunehmen. Dem Staat obliegen die Sicherung des Rechtsfriedens und vor allem die Rechtskontrolle von Hoheitsgewalt. Lagert er Teile dieser Aufgabe an nicht-staatliche Gerichte aus, muss er sich an die allgemeinen Vorgaben des so genannten Privatisierungsfolgenrechts halten. Den Staat trifft im Gegenzug für sein Outsourcing eine Gewährleistungsverantwortung nicht nur gegenüber den Prozessbeteiligten, sondern auch gegenüber der staatlichen Wert- und Rechtsordnung. Im Rahmen dieser Gewährleistungsverantwortung muss der Staat dafür Sorge tragen, dass die nicht-staatliche Streitentscheidung zumindest auf Antrag hin einer letztentscheidenden Kontrolle auf evidente Rechtsfehler durch die staatlichen Gerichte unterliegt, wenn sie im Staatsgebiet durch staatliche Behörden vollstreckbar ist.[18] Wenigstens eine *ordre public*-Prüfung nicht-staatlicher Schiedsurteile muss der Staat sicherstellen. Das ist ein verfassungsrechtliches Gebot aus dem Rechtsprechungsmonopol.

Ist, wie bei Schiedsverfahren nach den ICSID-Regeln, das letzte Wort eines deutschen Gerichts ausgeschlossen,[19] wird die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland verletzt.

17 *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rn. 18; *Schlichter*, Primärrechtsschutz. Ende der Diskussion oder Diskussion ohne Ende?, in: Festschrift Sendler, 1991, S. 242 ff.: Das hebt sich wohltuend vom amerikanischen Beispiel ab.

18 *Burgi*, Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 75, Rn. 37 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rn. 73; *Papier*, Justizgewährungsanspruch, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 176, Rn. 12 f.; *Möller*, Echte Schiedsgerichtsbarkeit im Verwaltungsrecht, 2014, S. 116 f.; *Hirsch*, Schiedsgerichte- ein Offenbarungseid für die staatlichen Gerichte?, SchiedsVZ 2003, S. 50 ff.

19 *Engel*, Investitionsstreitigkeiten in der Europäischen Union, SchiedsVZ 2015, S. 220.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2016-4-433 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Hier scheinen zwar zunächst vornehmlich das Rechtsstaats- und das Gewaltenteilungsprinzip betroffen zu sein. Das Bundesverfassungsgericht hat es bislang offen gelassen, ob und inwieweit diese beiden Prinzipien im Rahmen einer Identitätsbeschwerde rügefähig sind.[20] Vor allem bei so genannten *Treaty Claims*, die im nationalen Recht den subordinationsrechtlichen Streitigkeiten in Verwaltungs- und Verfassungsrecht zuzurechnen sind, verbinden sich jedoch Rechtsstaats- und Demokratieprinzip in der objektiven Rechtsschutzfunktion von gerichtlichen Verfahren im öffentlichen Recht,[21] die die Steuerung der Verwaltung durch den parlamentarischen Gesetzgeber und die Steuerung des parlamentarischen Gesetzgebers durch den Souverän sicherstellen sollen.

Die dem Schiedsverfahren nachgeschaltete *ordre public*-Prüfung stellt die – wenngleich auch nur rudimentäre – Verfassungsmäßigkeit aller deutschen Staatsgewalt sicher und verhindert, dass sich deutsche Behörden an der Durchsetzung von Vorgaben nicht-nationaler und nicht-staatlicher Hoheitsgewalt beteiligen, falls deren Entscheidungsinhalte gegen wesentliche Grundsätze des freiheitlichen Rechtsstaats und damit gegen den Willen des deutschen Souveräns verstoßen.[22]

Da CETA hier Lücken hat, ist das Freihandelsabkommen insoweit verfassungswidrig.

D. Demokratische Legitimation der Schiedsgerichte – Fehlanzeige

Auch die Dritte Gewalt muss hinreichend demokratisch legitimiert sein.[23] Das hinreichende Legitimationsniveau von Hoheitsgewalt ist insgesamt ein recht biegsamer Rechtsbegriff mit allerlei Ausgleichsmöglichkeiten auf allen Ebenen der personellen und/oder inhaltlich-sachlichen Legitimation von Hoheitsträgern. Die Investitionsgerichte in CETA und in anderen Freihandelsabkommen sind nun zwar keine Hoheitsträger, sie üben aber rechtsprechende Hoheitsgewalt gegenüber der Bundesrepublik Deutschland aus. Das Erfordernis einer ununterbrochenen Legitimationskette zwischen dem deutschen Volk und der Investorenschutzgerichte gilt also auch für sie.

Dass die Schiedsgerichtsbarkeit in CETA ein ausreichendes Legitimationsniveau nicht erreicht, wird vor allem dann deutlich, wenn man die Sanktionsgewalt der Schiedsrichter gegenüber den nationalen Gesetzgebern auf Bundes- und Länderebene in den Mittelpunkt der Betrachtungen stellt.

20 BVerfGE 129, 124 (173); dafür *Murswiek*, Art. 38 GG als Grundlage eines Rechts auf Achtung des unabänderlichen Verfassungskerns, JZ 2010, S. 703, 705 f.

21 *Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, DV 44 (2011), S. 106; *Franzius*, Objektive Rechtskontrolle statt subjektiver Rechtsschutz?, NuR 31 (2009), S. 386; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 4, Rn. 60; *Schoch*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 50, Rn. 4 f.; *Kahl*, Rechts- und Sachkontrolle in grenzüberschreitenden Sachverhalten, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR XI, 3. Aufl. 2013, § 253, Rn. 28, 35.

22 BVerfG, Beschl. v. 4.9.2008 – 2 BvR 1793/06, Rn. 17.

23 *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, 2006, S. 79 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2016-4-433 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

I. Schiedsgerichte und das „Right to Regulate" des parlamentarischen Gesetzgebers

Die Europäische Kommission hat in ihren Verhandlungen zu CETA dem Schutz der Investitionen die höchste Priorität eingeräumt, aber auch das *Right to Regulate* der Vertragsstaaten in CETA hinein verhandelt.

Beide Positionen stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander und müssen untereinander ausgeglichen werden. Diesen Ausgleich zu finden, ist die letztverbindliche Aufgabe der Schiedsgerichte. Schiedsgerichte urteilen über die Legitimität gesetzgeberischer Maßnahmen. Sie können parlamentarische Gesetze, die ihren Vorstellungen von legitimen Gemeinwohlzielen oder dem Übermaßverbot nicht entsprechen, als völkervertragswidrig aburteilen und den Gaststaat einer Investition zu Entschädigung oder Schadensersatz verurteilen. Die Qualifikationserfordernisse für die Schiedsrichter in CETA beschränken sich auf ihre Expertise im Völkerrecht, und hier „insbesondere" auf das internationale Investitionsschutz- und Handelsrecht (Art. 8.27 Abs. 4 CETA). Eine spezifisch öffentlich-rechtliche Qualifikation der Schiedsrichter verlangt CETA nicht. Das macht für *Contract Claims* sicherlich Sinn, ist für *Treaty Claims* aber heikel, weil gerade hier von den Schiedsrichtern Gemeinwohlziele abgewogen werden, die grundsätzlich nicht der Dispositionsgewalt nichtstaatlicher Akteure unterstehen.

Vorangegangene Schiedsverfahren im Rahmen von Freihandelsabkommen – unter anderem auch im Rahmen von NAFTA – haben jedoch zumindest einen Lerneffekt erzeugt: Die unbestimmten Rechtsbegriffe in den Regimen der klassischen und der indirekten Enteignung sowie des *Fair and Equitable Treatment* (FET) im Investitionsschutzkapitel sind von den Vertragsparteien in CETA konkretisiert worden, um eine allzu weite oder inkohärente Auslegung durch die Schiedsgerichte einfangen zu können.[24] Vor allem für Enteignungen bestimmt Annex 8-A CETA, dass nicht-diskriminierende Regulierungen der Gaststaaten, die dem Allgemeinwohl dienen, nur ausnahmsweise eine indirekte Enteignung darstellen und auch nur dann, wenn sie offensichtlich unverhältnismäßig sind. CETA schreibt also den so genannten „Police-Power-Ansatz" des Völkerrechts modifizierend fest und verpflichtet die Tribunale auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung in Investor-Staat-Streitigkeiten. Die Wertigkeit des Gemeinwohlziels des Regulierers muss mit dem Schweregrad der Entwertung einer Investition in Abwägung gebracht werden.[25] Die schiedsgerichtsfreundliche Literatur ist der Auffassung, dass mit diesem *Proportionality*-Test Maßstäbe des objektiven Rechts das Prüfprogramm der Schiedsgerichte steuern werden.[26]

24 Kritisch *Godt*, Wirtschaft und Umwelt im Partnerschaftsabkommen der USA und Europa (TTIP), ZUR 2014, S. 410 ff.

25 *Krajewski*, Internationaler Investitionsschutz und innerstaatliche Regulierung, AVR 2007, S. 200 ff.; *Schill*, Völkerrechtlicher Investitions- und Enteignungsschutz in der ICSID-Entscheidung TECMED, RIW 2005, S. 330 ff.

26 *Kriebaum*, FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT, JWIT 15 (2014), S. 454 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2016-4-433 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das ist ein Irrtum. Zwar preist auch die nationale Rechtslehre zuweilen Übermaßverbot und Verhältnismäßigkeitsprüfung als dogmatische Figuren der Rechtserkenntnis an. Jede Abwägungsentscheidung enthält allerdings ein dezisionistisches Moment, das im Trennungsmodell von Recht und Politik als politische Entscheidung bezeichnet werden müsste. Das Letztentscheidungsrecht der Dritten Gewalt über den parlamentarischen Gesetzgeber hat in Deutschland deshalb zu der bekannten Debatte über die Machtstellung des Bundesverfassungsgerichts im Verhältnis zum demokratisch besser legitimierten Gesetzgeber geführt. Die Erkenntnisse aus dieser Debatte sind auf die Investorenschutzgerichtsbarkeit übertragbar. Die Diskussion in Deutschland hängt sich zwar vornehmlich an der Befugnis des Verfassungsgerichts zur Normenkontrolle auf, also an der Befugnis zur Normverwerfung. Anders als das Bundesverfassungsgericht dürfen Schiedsgerichte legislatorische Maßnahmen der nationalen Gesetzgeber nicht kassieren.[27] Trotzdem schränken sie die politischen Gestaltungsspielräume der nationalen Gesetzgeber durch Schadensersatzurteile, präjudizierende Auslegung der Vertragsbegriffe oder den so genannten *Regulatory Chill* ein.

Die demokratietheoretische Debatte um das Verhältnis von Verfassungsgericht und Gesetzgeber, die dazu geführt hat, dass die Richter des Bundesverfassungsgerichts von Bundestag und Bundesrat mit je qualifizierten Mehrheiten gewählt werden müssen, lässt sich deshalb auch im Kontext der Investor-Staat-Schiedsgerichtbarkeit zu einem grundgesetzlichen Leitprinzip verdichten: Richter, die über Regulierungsmaßnahmen des parlamentarischen Gesetzgebers urteilen, müssen besonders gut demokratisch legitimiert sein.[28] Dieser Verfassungsgrundsatz gilt umso mehr, wenn Personen ohne öffentliches Amt und damit ohne Gemeinwohlverpflichtung[29] öffentlich-rechtliche Regulierungsmaßnahmen, die dem Allgemeinwohl dienen sollen, sanktionieren.

An das auch deshalb erforderliche demokratische Legitimationsniveau reichen die CETA-Schiedsrichter nicht heran.

II. Die personelle Legitimation der Schiedsrichter

Das Niveau der personellen Legitimation der Schiedsrichter ist insgesamt sehr niedrig. Eine ununterbrochene Legitimationskette zwischen der CETA-Schiedsgerichtsbarkeit und dem deutschen Volk lässt sich selbst bei genauerem Hinschauen kaum finden.

Die Liste der Schiedsrichter wird vom Gemischten CETA-Ausschuss bestückt. Dass ein deutscher Vertreter an der Auswahl der ständigen Schiedsrichter unmittelbar beteiligt wird, stellt der derzeitige Vertragstext nicht sicher. Art. 26.1 CETA spricht

27 *Schill*, Öffentlich-rechtliche Schiedsverfahren zwischen Risikobewältigung und Rechtsrisiko, DÖV 2010, S. 1014 ff.

28 *Landfried*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, 1984; *dies*., Die Wahl der Bundesverfassungsrichter und ihre Folgen für die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2006, S. 229 ff.; *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, 2016.

29 *Isensee*, Gemeinwohl und öffentliches Amt, 2014, S. 100 ff.; *Hennis*, Amtsgedanke und Demokratiebegriff, in: Festschrift Smend, 1962, S. 9 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2016-4-433 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

lediglich davon, dass sich der federführende Ausschuss aus Vertretern der Europäischen Union (welchen?) und Kanadas zusammensetzt.[30] Sollten den Personalfragen Entscheidungen im Rat der Europäischen Union vorangehen, werden diese nach Art. 218 Abs. 8 und 9 AEUV wohl mit qualifizierter Mehrheit beschlossen. Der deutsche Vertreter im Rat, der sich mit den übrigen Vertretern der 27 Mitgliedstaaten auf zunächst 15 Schiedsrichter einigen muss, kann also überstimmt werden.

Im Anschluss an die Listenbesetzung ist der deutsche Einfluss auf die Schiedsgerichtsbarkeit ganz passé. Bei der ad-hoc-Zusammensetzung der fallentscheidenden Spruchkörper, der Kammern also, die aus drei Richtern bestehen, wirken die beklagten Gaststaaten nämlich – wie es sonst in der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit üblich wäre – überhaupt nicht mehr mit. Auch der fallentscheidende Richter bzw. überhaupt irgendeiner der drei fallentscheidenden Richter wird von ihnen also nicht demokratisch legitimiert. Die Zusammenstellung des jeweiligen Spruchkörpers obliegt stattdessen dem Präsidenten des Schiedsgerichts (Art. 8.27 Abs. 7 CETA), der seinerseits allein von der Kommission und Kanada durch Losentscheid ernannt wird (Art. 8.27 Abs. 8 CETA).

Kanadische Investoren haben hier im Vergleich zu den beklagten Gaststaaten zudem einen strukturellen Vorteil, da ein Mitglied des Spruchkörpers ein von kanadischer Seite aus berufener Schiedsrichter sein muss (Art. 8.27 Abs. 6 CETA). Da der Schiedsrichter der EU einer sein wird, auf den sich zuvor (noch) 28 Mitgliedstaaten einigen mussten, wirkt dessen Legitimationszusammenhang bzw. der Legitimationszusammenhang zwischen der Spruchkammer und dem deutschen Volk vollends zerfasert.

III. Sachlich-inhaltliche Legitimation – Demokratische Steuerung der Rechtsprechung durch Rechtsbindung

Dieses doch erhebliche personelle Legitimationsdefizit lässt sich im Ergebnis durch die sachlich-inhaltliche Legitimation der Schiedsgerichtsrechtsprechung in CETA nicht ausgleichen.

Die demokratische Legitimation der Rechtsprechung wird – neben der personellen – durch die Bindung der Richter an das vom Parlament erlassene Gesetz – oder hier den völkerrechtlichen Vertrag – hergestellt. Im Rahmen der Ausgleichsmöglichkeiten zwischen der personellen und der inhaltlich-sachlichen Legitimation der Schiedsgerichte lässt sich folgende Regel aufstellen: Je schwächer die personelle Legitimation der Schiedsrichter ist, desto stärker muss deren sachlich-inhaltliche Legitimation durch Rechtssätze sein, die den Richtern nicht allzu weite Entscheidungsspielräume lassen und vor allem den Gestaltungsspielraum des parlamentarischen Gesetzgebers auf dem Gebiet der schnelllebigen Wirtschaftsordnung wahren.

Aus Art. 38 GG hat der Bürger einen Anspruch auf die Ermöglichung politischer Prozesse und ein Recht, an ihnen effektiv teilzunehmen – zum einen durch seine gewählten Vertreter, zum anderen durch die Möglichkeit, diese in die Verantwortung

30 Kritisch auch BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 – 2 BvR 1368/16 u.a., Rn. 61 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2016-4-433 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zu nehmen und durch Ausübung seines Wahlrechts zu sanktionieren. Substantielle Einschränkungen der gesetzgeberischen Autonomie durch demokratisch kaum legitimierte nicht-staatliche Hoheitsgewalt sind mit der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nicht vereinbar.[31] Wesentliche Politikbereiche werden durch die CETA-Schiedsgerichtsbarkeit von der parlamentarischen Entscheidung aber entkoppelt, ohne dass ein anderes, diesen Ausfall kompensierendes Legitimationsband zwischen der Schiedsgerichtsbarkeit und deutschem Volk geknüpft würde.

Das Bundesverfassungsgericht zählt wirtschaftspolitische Entscheidungen vor allem seit seinem Lissabon-Urteil zu denjenigen Politikfeldern, die nationsaffin sind, und die in besonderer Weise von gesetzgeberischen Prognosen und dem gesellschaftlichen Diskurs abhängen.[32] Das Verfassungsgericht selbst verzichtet in ständiger Rechtsprechung bei der Überprüfung legislatorischer Maßnahmen zur Gemeinwohlverwirklichung auf diesem Feld auf eine eigene, strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung. Es lässt in der Regel die gesetzgeberischen Zielvorstellungen unbeanstandet, lässt Fehleinschätzungen passieren und schaut nur auf evidente Verletzungen der hergebrachten Prognosegrundsätze.[33] Diese Art von zurückhaltender Wahrung des Funktionsvorbehalts des Gesetzgebers durch die Rechtsprechung ist ein verfassungsrechtliches Gebot aus dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes.[34]

In CETA wird dagegen die Liberalisierung der Wirtschaftspolitik strukturell begünstigt. Das Regulierungsrecht der Staaten wird im Lichte des Freihandels auszulegen sein und ist damit per se eingeschränkt.

Das ist zum einen eine Erfahrung, die die Mitgliedstaaten mit der Rechtsprechung des EuGH zu den Liberalisierungsbestimmungen der Europäischen Verträge gemacht haben. Auf unionaler Verfassungsebene musste deshalb häufig nachgesteuert werden, um den Gemeinwohlzielen der Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen. Gemeinwohlziele und Liberalisierungspflichten sind mittlerweile in den Unionsverträgen institutionell integriert. Eine derartige Integration beider konfligierender Rechtspositionen, also dem Schutz von Investitionen und dem Schutz des staatlichen Regulierungsrechts, sieht CETA als Freihandelsabkommen per definitionem nicht vor.

Und hierfür finden sich zum anderen mehrere Indizien im Freihandelsvertrag selbst. Im Investitionsschutzkapitel in Art. 8.9 Abs. 1 CETA „bekräftigen" die Parteien zwar ihr Recht zur Regulierung. Sie stellen in Art. 8.9 Abs. 2 CETA klar, dass eine gesetzliche Regulierung, die eine Investition beeinträchtigt oder die Gewinnerwartungen eines Investors dämpft, für sich genommen keine Vertragsverletzung darstellt, sondern dass qualifizierende Bedingungen aus dem Investitionsschutzkapitel hinzukommen müssen. Die Regelungstechnik von CETA spricht allerdings dafür,

31 BVerfGE 123, 267 (340 ff.); BVerfGE 135, 317, Rn. 125 ff. – st.Rspr.

32 BVerfGE 123, 267 (329 f.); BVerfG, EuZW 2014, 193 f.; *Wendel*, Kompetenzrechtliche Grenzgänge, ZaöRV 2014, S. 654.

33 BVerfGE 4, 7 (17 f.); BVerfGE 50, 50 (51); BVerfGE 50, 290 (336 f.); *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 21 ff.

34 BVerfGE 77, 84 (104); BVerfGE 35, 193 (199); *Simon*, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Benda/Maihofer/Vogel, HdbVerfR, 2. Aufl. 1994, § 34, Rn. 47; *Sturm*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 1. Aufl. 1999, Art. 93, Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2016-4-433 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

dass die Gemeinwohlziele, die die nationalen Regulierungsinstanzen verfolgen dürfen, bereichsspezifisch und eng auszulegen sind.[35] Von der Vielfalt der in der gegenseitigen „Bekräftigung" zu Beginn des Investitionsschutzkapitels aufgenommen Liste an verfolgbaren Gemeinwohlzielen wie der öffentlichen Gesundheit, der (technischen) Sicherheit, dem Schutz der Umwelt, dem Schutz der öffentlichen Sittlichkeit, dem Sozial- und Verbraucherschutz sowie der kulturellen Diversität, bleiben dort, wo das *Right to Regulate* echte Rechtswirkungen entfalten soll, also Entschädigungs- und Schadensersatzansprüchen wirksam entgegengehalten werden könnte, nur wenige Ziele übrig. Annex 8-A CETA reduziert bereits diejenigen legitimen Gemeinwohlziele, die der Gaststaat regelmäßig verfolgen darf, ohne automatisch mit Schadensersatzforderungen der Investoren wegen investitionsmindernder Maßnahmen rechnen zu müssen, auf die Volksgesundheit, die technische Sicherheit und den Umweltschutz.

Wie die Schiedsrichter über andere Gemeinwohlziele urteilen werden, wird von CETA nicht ausdrücklich rechtlich determiniert.

Trotz der Konkretisierungsbemühungen der Vertragsparteien bleiben zudem viele der Rechtsbegriffe des Investitionsschutzkapitels zu unbestimmt.[36] Das gilt nach wie vor vor allem für die FET-Regelungen, die Begriffe wie „offensichtliche Willkür" „missbräuchlich" oder „Schikane" enthalten, und auch das berechtigte Vertrauen eines Investors in ein stabiles Regulierungsumfeld schützen, wenn der Gaststaat eine – nicht näher bestimmte – „spezifische Erklärung" hierzu abgegeben hat.

Das Investitionsschutzkapitel enthält zudem eine Öffnungsklausel. Der Inhalt der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung der Investoren wird regelmäßig überprüft – und gegebenenfalls geändert. Wenn sich eine Vertragsauslegung durch die Gerichte negativ auf Investitionen auswirkt, kann der Gemischte CETA-Ausschuss, in dem die deutsche Beteiligung ungesichert ist, wie auch das Bundesverfassungsgericht in seiner jüngsten Entscheidung bemängelt,[37] die unbestimmten Rechtsbegriffe des jeweiligen Kapitels authentisch auslegen (Art. 8.31 CETA). Mit diesem Mechanismus ist sowohl nach dem Wortlaut als auch nach dem Telos des Vertragstextes der Schutz der Investitionen intendiert, nicht der Schutz des Regulierungsrechts der Gaststaaten.

Damit besteht die Gefahr, dass sich über die Rechtsprechung der Schiedsgerichte oder die authentische Auslegung des gemischten CETA-Ausschusses eine außerstaatliche, demokratisch kaum legitimierte normative Ordnung verfestigt, die sich als Wirtschaftsverfassung über das nationale bzw. unionale Recht legt und im Wider-

35 Ähnlich *Stoll/Holterhus/Gött*, Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) – Regulatorische Zusammenarbeit und Investitionsschutz und ihre Bedeutung für den Umweltschutz, Rechtsgutachten im Auftrag des SRU, 2015, S. 55.

36 *Ohler*, (Fn. 1), S. 340 f.; *Nettesheim*, Die Auswirkungen von CETA auf den politischen Gestaltungsspielraum von Ländern und Gemeinden, Gutachten im Auftrag des Staatsministeriums des Landes Baden-Württemberg, 2016, S. 20; *Jacob/Schill*, Fair and Equitable Treatment, in: Bungenberg u.a. (Hrsg.), International Investment Law, 2015, S. 700, Rn. 27.

37 BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 – 2 BvR 1368/16 u.a., Rn. 61 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2016-4-433 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

spruch zu demokratisch legitimierten Entscheidungen der Allgemeinheit stehen kann.[38]

IV. Ergebnis

Innerhalb der neben- und überverfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung von CETA entscheiden demokratisch schwach legitimierte Schiedsrichter aufgrund eines inhaltlich wenig steuernden Vertragstextes über wirtschafts- und sozialpolitische Maßnahmen des nationalen Gesetzgebers. Ob sie ihm hierbei einen ausreichenden Gestaltungsspielraum lassen oder ihre subjektiven Wertungen an die Stelle der Wertungen des nationalen Gesetzgebers setzen, wird durch den Vertragstext nicht hinreichend determiniert. Eine belastbare Schiedsgerichtspraxis gibt es zu dieser Frage nicht. Die Gefahr der Einengung von Gestaltungsspielräumen des Gesetzgebers durch die Schiedsgerichte widerspricht dem Politikermöglichungsrecht aus Art. 38 Abs. 1 GG und verletzt die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland.

D. Rückholrecht demokratisch legitimierter Instanzen

Defizite in der demokratischen Legitimation der Rechtsprechung der Schiedsgerichte könnten gegebenenfalls durch ein Rückholrecht der nationalen Parlamente oder des deutschen Souveräns ausgeglichen werden, auch ohne dass das vom Bundesverfassungsgericht auf der höchsten Eskalationsstufe angemahnte Austrittsrecht aktiviert wird. Die Möglichkeit der politischen Korrektur von Rechtsprechungslinien ist im demokratischen Rechtsstaat ein notwendiges Korrelat der immer unvollkommenen Rechtsbindung der Dritten Gewalt.[39]

Ein *Overruling* der Rechtsprechung der Schiedstribunale mit maßgeblicher nationaler Beteiligung scheint jedoch in CETA recht aussichtslos.

Hier bestünde zum einen die Möglichkeit der Vertragsänderung nach Art. 30.1 Abs. 2 CETA, die aber Einstimmigkeit der Vertragsparteien voraussetzt, also Vetopositionen zulässt, und darüber hinaus langwierige nationale Verfahren erfordert.

Zum anderen haben die Vertragsparteien zusätzlich ein in Freihandelsabkommen recht junges Instrumentarium in CETA eingebaut, über das die Herren der Verträge den Tribunalen zu jedem Zeitpunkt verbindliche Interpretationsvorgaben machen und die Gestaltungsspielräume der nationalen Gesetzgeber gegebenenfalls schiedsgerichtsfest erhalten könnten.[40] Vorgesehen ist, dass letztverbindlich der Gemeinsame CETA-Ausschuss nach Vorarbeit des Ausschusses für Dienstleistungen und Investitionen Auslegungsrichtlinien für die Schiedsgerichte aufstellt. Diese Form der au-

38 *Broß*, Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Hans Böckler Stiftung Report Nr. 4, Januar 2015, S. 14 ff.

39 *Grimm*, Die Rolle der nationalen Verfassungsgerichte in der europäischen Demokratie, in: Franzius u.a. (Hrsg.), Grenzen der europäischen Integration, 2014, S. 36 f.

40 *Van Aaken*, Delegating Interpretative Authority in Investment Treaties: The Case of Joint Commissions, TDM 1 (2014); *Gramlich/Conen*, Streitbeilegung bei Auslandsinvestitionen, SchiedsVZ 2015, S. 225 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2016-4-433 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

thentischen Vertragsauslegung durch die beiden Vertragsgremien sieht CETA ausdrücklich vor zum Beispiel in Art. 8.10 Abs. 3 CETA für den FET-Schutzstandard und in Art. 8.31 Abs. 3 CETA für allgemeine Auslegungsfragen.

Die Möglichkeit der Gaststaaten von Investitionen bei der verbindlichen Vorgabe legitimer nationaler Regulierungsziele durch die Vertragsorgane mitzuwirken, ist aber begrenzt. Nach Art. 8.44 Abs. 3 CETA haben sie ein Mitspracherecht im Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen, der als Sonderausschuss das Investitionsschutzkapitel verwaltet. Dieser Sonderausschuss legt dem Gemeinsamen CETA-Ausschuss Vorschläge zur Interpretation der unbestimmten Rechtsbegriffe dieses Kapitels vor, die von den Mitgliedstaaten einvernehmlich mit dem Dienstleistungsausschuss abgestimmt werden müssen, nachdem sie die internen Verfahren der Vertragsparteien durchlaufen haben. Einvernehmlichkeit bedeutet, dass 27 EU-Mitgliedstaaten und Kanada ein Vetorecht gegenüber Deutschland bei der Formulierung legitimer Regulierungsziele durch den Sonderausschuss haben. Kommt ein Auslegungsvorschlag des Sonderausschusses an den Gemeinsamen Ausschuss, kann der Hauptausschuss diesen Auslegungsvorschlag annehmen oder ablehnen (Art. 8.31 Abs. 3 CETA). Daneben kann der Gemeinsame CETA-Ausschuss auch eigenständig tätig werden. Inwieweit nationale Positionen dann berücksichtigt werden oder ein deutscher Vertreter hier in nationalen Angelegenheiten ein Mitsprachrecht haben wird, bleibt im Vertragstext unklar. Das moniert auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Eilentscheidung vom 13. Oktober 2016.[41] In den allgemeinen Verfahrensregeln für den Gemischten CETA-Ausschuss ist grundsätzlich das – recht enigmatisch formulierte – Erfordernis eines zumindest fakultativen Einvernehmens aller Vertragsparteien aufgestellt. Auch hier könnten also bereits Vetopositionen entstehen. Für Änderungen des im Investitionsschutz besonders heiklen Enteignungskapitels, genauer des Anhangs 8-A CETA, soll selbst dieses fakultative Mitspracheverfahren ausweislich der *Final Provisions* gerade nicht gelten. Wie dieser schiedsgerichtlich relevante Anhang geändert werden darf, bleibt im Vertragstext ebenfalls unklar.

Im Ergebnis scheint also auch dieser Ausgleichsmechanismus zur Herstellung eines hinreichenden demokratischen Legitimationsniveaus der Schiedstribunale zu versagen. Zudem ist die Entscheidungsmacht von Vertragsorganen hier sehr groß, deren demokratische Legitimation ebenso zweifelhaft ist wie die der Schiedsgerichte. Darüber hinaus lässt sich in der völkerrechtlichen Praxis beobachten, dass es zum Beispiel den Vertragsparteien der NAFTA, die ein vergleichbares Instrumentarium der Vertragsauslegung vereinbart haben, in 20 Jahren nur zwei Mal gelungen ist, sich auf eine Auslegungsvorschrift zu einigen.[42]

41 BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 – 2 BvR 1368/16 u.a., Rn. 60 ff.

42 *Stephan*, Schriftliche Stellungnahme zu den Freihandelsabkommen TTIP, CETA und TISA, IMK Policy Brief, November 2015, S. 6 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2016-4-433 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

E. Ergebnis

Im Ergebnis fehlt den Schiedsrichtern die ausreichende demokratische Legitimation, um letztverbindlich über Regulierungsmaßnahmen des deutschen Parlaments zu urteilen. Ihre personelle demokratische Legitimation ist zu schwach. Dieses Defizit wird nicht ausgeglichen durch eine sachlich-inhaltliche Steuerung der Schiedstribunale über die Vertragsregelungen von CETA, da viele relevanten Rechtsbegriffe zu unbestimmt sind, die Zahl der unbestimmten Rechtsbegriffe zu hoch und das *Right to Regulate* zu schwach ausgeprägt ist. Verfassungsrechtlich erforderliche Gestaltungsspielräume des nationalen Gesetzgebers werden gegenüber den Tribunalen nicht wirksam gesichert. Eine Korrektur von Rechtsprechungslinien der Tribunale ist zwar im Vertrag vorgesehen, wird aber angesichts der Verfahrensmechanismen wirkungslos bleiben und schützt wegen der Vetopositionen der anderen Vertragsparteien den nationalen Gesetzgeber nicht in einem vor Art. 38 GG erforderlichen Umfang.

Damit verstößt CETA nicht allein gegen das Rechtsprechungsmonopol des Grundgesetzes. Vielmehr ist die Schiedsgerichtsbarkeit auch demokratisch nicht hinreichend legitimiert, um die Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers einschränken zu dürfen. Die Schiedsgerichtsbarkeit in CETA verletzt damit die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2016-4-433 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY