

Die Anstößigkeit der Investitions-schiedsgerichtsbarkeit aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht¹

von Axel Flessner



Prof. Dr. Axel Flessner (Berlin/Frankfurt am Main) ist emeritierter Professor für Deutsches, Europäisches und Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Humboldt-Universität Berlin. Aus aktuellen Anlässen schreibt er auch über Verfassungsrecht.

Dieser Beitrag soll den internationalen Investorenschutz mit einer Fragestellung beleuchten, die die allgemeine Öffentlichkeit noch nicht richtig erreicht hat. In der Politik und den allgemeinen Medien wird der Investorenschutz bisher als wirtschaftspolitisches und demokratiepolitisches Problem behandelt. Er ist aber auch ein verfassungsrechtliches Problem – dem die Europäische Kommission und die deutsche Regierungskoalition lieber noch ausweichen.

I. Kompromittierende Gesellschaft

Die gute alte Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist in zweifelhafte Gesellschaft geraten, sie kann aber nichts dafür. Vielmehr haben sich die Kreise, die den Investorenschutz pflegen, an die alte Dame geschickt herangemacht, indem sie den guten Namen der weltweit erfolgreichen und fest akzeptierten zivilen Schiedsgerichtsbarkeit benutzen, um das Sonderregime des Investorenschutzes unter das Dach dieser anerkannten internationalen Institution zu bringen, obwohl die Gerichtsbarkeit für dieses Regime, die sogenannte »Investor-Staat-Streitbeilegung« (*Investor-to-State Dispute Settlement*, international abgekürzt *ISDS*) etwas ganz anderes ist. Die traditionelle Handelsschiedsgerichtsbarkeit hat es mit Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse des Privatrechts zu tun, aus denen Teilnehmer des Privatrechtsverkehrs gegeneinander Ansprüche herleiten. ISDS bedeutet dagegen, dass über Ansprüche von Privaten gegen Staaten geurteilt wird, die aus hoheitlichem

Handeln des beklagten Staates erhoben werden – Gesetzen, Regierungsbeschlüssen, Verwaltungsakten, Gerichtsurteilen. Das ist ein elementarer Unterschied, der aber von den Fürsprechern des Investorenschutzes konstant übergangen wird.² Während die zivile Schiedsgerichtsbarkeit sich um das anwendbare Recht, auch um das im Streitfall mitspielende öffentliche Recht, bemühen muss und es so gut es geht befolgen will, soll der Investorenschutz anwendbares staatliches Recht mit staatlicher Haftung belegen. Das ist eine Umkehrung des Verhältnisses zwischen Gericht und anwendbarem Recht. Installiert und in außerstaatliche Hände gelegt wird eine endverbindliche Nachkontrolle der hoheitlichen Regelungen, die im regelnden Staate selbst nicht angreifbar sind. Wer es gut meint mit der traditionellen zivilen Schiedsgerichtsbarkeit, sollte sie schleunigst aus dieser kompromittierenden Verbindung lösen, sie vom Sonderfall des gegen Staaten gerichteten Investitionsschutzes befreien, denn nur dieser, nicht das Schiedswesen generell, erregt gegenwärtig Anstoß in der Öffentlichkeit.

Die Vorwürfe, die gegen den in Abkommen vereinbarten Investorenschutz mit eigener Gerichtsbarkeit bisher erhoben wurden, sind politischer Art. In erster Linie wird die Preisgabe und Aufweichung von Standards befürchtet – im Umweltrecht, Lebensmittelrecht, Arbeitsrecht, Verbraucherrecht und so weiter – sowie weiterer Zwang zu Privatisierungen und ihre Festschreibung. Auch die politische Kultur spielt eine gewichtige Rolle – es wird die Verdünnung und Verfälschung



Quelle: Mehr Demokratie e.V. | Lizenz: CC BY-SA 2.0

der demokratischen Prozeduren und Strukturen befürchtet, letztlich die Abdankung der Politik vor den Erwartungen der Wirtschaft. Von dieser letzteren Befürchtung ist es dann aber nicht weit zum Verfassungsrecht, das ja den Rechtsstaat und die Demokratie juristisch sichern soll. Allein aus diesem verfassungsrechtlichen Blickwinkel kritisiere ich hier den Investorenschutz mit seiner eigenen Gerichtsbarkeit. Dieser Gesichtspunkt ist bisher kaum bemerkt worden. Der Investorenschutz der inzwischen eingeschlifenen Art ist aber schon nach geltendem Verfassungsrecht anstößig. Dies will ich im Folgenden begründen. Dafür müssen zunächst ein paar Grundbegriffe geklärt werden.

II. Grundbegriffe

Es wird oft vom *Freihandel* und den *Freihandelsabkommen* gesprochen. Diese Abkommen sollen der internationalen

Wirtschaft möglichst weitgehend die Freiheit von Zöllen und Abgaben, aber auch von anderen staatlichen Lasten und Hindernissen verschaffen, den sogenannten nicht-tarifären Handelshemmnissen. Freihandel ist das Ziel des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens, des wohlbekanntesten GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade* –, das von der Welthandelsorganisation – der WTO, *World Trade Organization* – verwaltet und weiterentwickelt wird. Die WTO hat Schiedsgerichte eingerichtet – *arbitration panels* –, vor denen die Mitgliedstaaten ihre Streitigkeiten über behauptete Vertragsverletzungen miteinander austragen können.

Etwas anderes ist der sogenannte *Investitionsschutz* oder *Investorenschutz*. Er ist ein Kind der Entwicklungshilfe, die von der sogenannten Weltbank finanziert und gefördert wird. Die Weltbank wurde 1944 als Parallelinstitution zum Weltwährungsfonds gegründet, sie heißt offiziell »*Bank for Reconstruction and Development*«

und hat ihren Sitz ebenfalls in Washington DC. Sie sollte zunächst den Wiederaufbau nach dem Krieg finanzieren und später den Entwicklungsländern Kredite ausreichen aus den Einlagen, die sie von ihren Mitgliedstaaten erhielt. Später kam der Gedanke auf, auch privates Kapital für die Entwicklungshilfe heranzuziehen, diesem musste aber Rechtssicherheit geboten werden, welche die Rechtssysteme der Entwicklungsländer nicht erwarten ließen. Deshalb schlossen einzelne Staaten, aus denen Kapital für Entwicklungsvorhaben gewonnen werden sollte, mit einzelnen Entwicklungsländern Verträge über Investitionsschutz, die die Kapitalanleger vor Enteignung und anderen staatlichen Eingriffen schützen sollten. Den ersten solchen Vertrag überhaupt soll die Bundesrepublik Deutschland 1959 mit Pakistan geschlossen haben, heute soll es weltweit mehr als 3000 solcher bilateraler Investitionsabkommen geben, mit Deutschland etwa 135.

Für Rechtsstreitigkeiten aus solchen Abkommen entwickelte die Weltbank eine Schiedsgerichtsbarkeit in einem bei ihr angesiedelten »International Center for Settlement of Investment Disputes«, abgekürzt ICSID, sowie ein Schiedsabkommen, dem weltweit die ganz große Mehrzahl der Staaten beigetreten ist, die Bundesrepublik 1969. Nach Art. 1 des Abkommens soll das Zentrum »Schiedseinrichtungen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Vertragsstaaten und Angehörigen anderer Vertragsstaaten zur Verfügung stellen«, wohlgermerkt also nicht für Prozessführung zwischen den Vertragsstaaten eines Investitionsschutzabkommens, wie etwa bei einem Freihandelsabkommen nach WTO-Regeln, sondern zwischen einem Staat und dem einzelnen ausländischen Investor.³

Zuständigkeit des
ICSID-Schiedsgerichtszentrums:
»ungewöhnlicher Kunstgriff«

Mit einem für Schiedsgerichtsbarkeit ganz ungewöhnlichen Kunstgriff sichert die Praxis die Anwendbarkeit des Abkommens und damit die Zuständigkeit des Zentrums für die Streitfälle, die nach einem Investitionsschutzvertrag vor ein Schiedsgericht des Zentrums gebracht werden sollen. Nach Art. 25 Abs. 1 des ICSID-Abkommens ist die Zuständigkeit des Zentrums gegeben, wenn die Parteien der Rechtsstreitigkeit (also der Investor aus einem Vertragsstaat und der andere Vertragsstaat) schriftlich eingewilligt haben, die Streitigkeit dem Zentrum zu unterbreiten. Das klingt wie klassisches Schiedsrecht, in Deutschland sind es die §§ 1029 und 1031 ZPO, wonach eine Schiedsvereinbarung für eine Streitigkeit bestimmter Parteien aus einem bestimmter Rechtsverhältnis in bestimmter Form getroffen werden kann. Die Bestimmung wurde aber schon bald in der Praxis so ausgelegt, dass bereits der Investitionsschutzvertrag selbst als Angebot einer Schiedsvereinbarung durch die Vertragsstaaten an die jemals in seinen Anwendungsbereich kommenden Investoren anzusehen ist, welches dann von dem einzelnen Investor, also unter Umständen Jahre und Jahrzehnte nach dem Abschluss des Abkommens, »angenommen« wird, wenn er die vorgesehene Schiedsgerichts-

barkeit anruft. Der verklagte Vertragsstaat kann nach dieser Ansicht also nicht mehr im Einzelfall entscheiden, ob er sich auf die Schiedsklage einlassen will. Das sogenannte »Angebot« ist eines an einen unbestimmten Personenkreis für ein noch unbestimmtes Rechtsverhältnis für unbestimmte Zeit und wirkt demnach zulasten des Anbieters und zugunsten aller denkbaren Investoren aus dem anderen Vertragsstaat wie ein Gesetz. Die Gerichtspflichtigkeit des verklagten Vertragsstaates gegenüber Investoren aus dem anderen Vertragsstaat ist mit dieser Auslegung automatisch gesichert.

Der nächste Schritt war dann das *Zusammenspannen* von Freihandel und Investitionsschutz in einem Abkommen. Er wurde 1994 getan mit dem »Nordamerikanischen Freihandelsabkommen« (*North American Free Trade Agreement*) – abgekürzt NAFTA – zwischen den USA, Kanada und Mexiko. Die Kombination von Freihandel und Investorenschutz soll nach dem Willen der EU-Kommission, Kanadas und der USA nun auch für TTIP und CETA beschlossen werden. Das Thema der heutigen Veranstaltung hat aus dieser Kombination aber nur mit dem Investitionsschutz, nicht auch mit dem Freihandelsteil dieser beiden Abkommen zu tun.

III. Investitionsschutz nach CETA

Was ist nun Investitionsschutz? Ich möchte dies an dem CETA-Abkommen (dem *Comprehensive Economic Trade Agreement*) illustrieren, das im September 2014 von der EU-Kommission und der kanadischen Regierung öffentlich vorgestellt wurde und das die Kommission dem Rat der EU und dem EU-Parlament zum Abschluss empfehlen will, sobald seine etwa 1.500 Textseiten in alle EU-Amtssprachen übersetzt worden sind, was noch bis Ende 2015 dauern kann.

CETA verpflichtet die Vertragsparteien, also die EU und Kanada, zu gerechter und billiger Behandlung – *fair and equitable treatment* – der Investitionen und Investoren aus dem jeweils anderen Vertragsstaat; was ungerecht und unbillig ist, wird im Abkommen näher definiert (Kap. 10 Art. 9). Eine Verletzung dieser Pflicht und jeder anderen Pflicht durch eine Vertrags-

partei berechtigt den einzelnen Investor aus dem anderen Vertragsstaat, Ersatz des dadurch verursachten Schadens und der eingetretenen Verluste von dem vertragsbrüchigen Staat zu verlangen (Kap. 10 Art. 17). CETA verpflichtet die Vertragsparteien außerdem, Investoren der anderen Seite für eine Enteignung ihrer Investition in Geld zu entschädigen (Kap. 10 Art. 11); als entschädigungswürdig gelten auch

Pflicht zur
»gerechten und billigen
Behandlung« des Investors

sogenannte indirekte Enteignungen, also nicht nur der Entzug, sondern auch die Wertminderung einer Vermögensposition durch beschränkende oder belastende Akte der Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz (Annex zu Kap. 10 Art. 11). Beide Ansprüche, den auf Schadensersatz und den auf Entschädigung, kann der Investor bei dem Schiedsgericht einklagen, das eigens für diesen Rechtsstreit bei der Weltbank oder nach der UNCITRAL-Schiedsordnung gebildet wird (Kap. 10 Art. 17 und 22). Daneben erlaubt CETA auch den Vertragsparteien selbst, also Kanada und der EU, sich über behauptete Vertragsverletzungen vor einem Schiedsgericht zu streiten (Kap. 33). Sobald aber ein Investor eine Vertragspartei verklagt hat, kann die andere Vertragspartei, also der Herkunftstaat des Investors, nur noch als Beigeladener in diesem Investor-Staat-Rechtsstreit gehört werden; er hat dann also kein Verfügungsrecht darüber, ob der Rechtsstreit überhaupt, mit welchem Ziel, in welcher Weise und wie lange geführt wird.

Die Wirkungsweise dieses Investorenschutzes illustriere ich an zwei Fällen, die zur Zeit in Deutschland real anhängig sind und, wenn man aus dem Investor fiktiv einen Kanadier macht, die EU oder Deutschland nach CETA haftbar machen und vor ein Schiedsgericht bringen könnten.

Der erste Fall ist die Insolvenz des Suhrkamp-Verlages. Wir haben zwei Gesellschafter einer GmbH & Co. KG, die beide sowohl an der GmbH wie am Kommanditkapital beteiligt sind, der eine, eine deutsche Stiftung, zu 60%, der andere, eine Schweizer Aktiengesellschaft, zu

40%, diese mit zusätzlichen Mitbestimmungsrechten aus Nebenabreden. Die Gesellschafterinnen sind tief zerstritten und überziehen einander und die KG seit Jahren mit Prozessen. Den negativen Ausgang eines dieser Prozesse gegen die KG nimmt deren von der Mehrheitsgesellschafterin gestellte Geschäftsführung zum Anlass, für die KG das Insolvenzverfahren zu beantragen. In dem Verfahren wird ein Insolvenzplan beschlossen, der den Suhrkamp-Verlag in eine Aktiengesellschaft mit vinkulierten Aktien umwandelt. Die beiden Gesellschafterinnen sind wiederum mit 60% und 40% beteiligt, aber die Sonderrechte der Minderheitsgesellschafterin, der Schweizer AG, sind nun erloschen und ihre Aktien sind vinkuliert. Sie hat sich im Verfahren erbittert dagegen gewehrt, die Sache im Beschwerdeverfahren zweimal zum Bundesgerichtshof gebracht, das eine Mal erfolgreich wegen eines Verfahrensfehlers, das zweite Mal erfolglos, weil der BGH die Zulässigkeit dieser Beschwerde verneint. Jetzt hat sie gegen alles Verfassungsbeschwerde erhoben. Im Insolvenzverfahren hatte sie gerügt, die Insolvenz sei fiktiv gewesen, die Insolvenzordnung, soweit sie die Verdrängung von Gesellschaftern zulasse, sei verfassungswidrig, der Insolvenzplan missbräuchlich. Die Verfassungsbeschwerde stützt sie auf Verletzung der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) und des Eigentums (Art. 14 GG).

Die Beschwerde ist in Karlsruhe anhängig, und nun fingieren wir uns, dass Karlsruhe sie abweist und dass die Minderheitsgesellschafterin nicht Schweizerin, sondern Kanadierin ist. Dann könnte sie die Bundesrepublik (oder sogar die EU) vor das CETA-Schiedsgericht bringen. Der erbittert ausgetragene Streit mit Vorwürfen des Rechtsmissbrauchs, der Rechtsverweigerung, der Verletzung von Grund- und Menschenrechten, ist der ideale Stoff für schiedsgerichtlichen Investitionsschutz. Die Bundesregierung müsste nun den drei Schiedsrichtern die deutsche Insolvenzordnung, das Gesellschaftsrecht, die Verzahnung von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht, die darüber bestehenden Streitstände in Literatur und Rechtsprechung und dann auch das Verfassungsrecht (ebenfalls mit Streitständen) erklären und hat dann immer noch damit zu rechnen, dass die drei Schiedsrichter den

deutschen Staat wegen der Entscheidungen seiner Gerichte (einschließlich der des BVerfG!!!) zur Haftung gegenüber der kanadischen Anlegerin verurteilen, oder sie muss einen Vergleich anbieten. Dass hier mit CETA etwas rechtlich nicht stimmen kann, ist geradezu sinnlich spürbar.

Es ist sinnlich spürbar,
dass etwas mit CETA nicht
stimmen kann.

Mein anderer Fall ist der deutsche Atomausstieg. Seine gegenwärtige Rechtsgrundlage ist die Novellierung des Atomgesetzes im Juli 2011, nach Fukushima. Gegen dieses Gesetz haben die Betreiber der deutschen Kernkraftwerke Verfassungsbeschwerde erhoben, die noch anhängig ist. Wieder fingieren wir, dass einer oder alle Beschwerdeführer aus Kanada sind und die Beschwerden abgewiesen werden. Klage beim CETA-Schiedsgericht ist damit zulässig und nach dem deutschen Zick-Zack-Kurs beim Atomausstieg, der ja schon 2002 begann, auch nicht ganz ohne Erfolgsaussicht. Ein mehrmals in Gesetz gefasstes politisches Vorhaben von höchster Wichtigkeit landet so bei drei Schiedsrichtern in Washington, die Deutschland und der Europäischen Union nun die Rechnung präsentieren können. Wie kann die Bundesrepublik, wie kann die Union sich auf so etwas einlassen? Und wie können sie in dem Fall Suhrkamp rechtfertigen, dass einer Schweizer Anlegerin (oder gar einer deutschen) dieser Nachgriff verwehrt bleibt? Nach meiner Ansicht können sie es aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht, und die Begründung dafür möchte ich jetzt skizzieren.

IV. Verfassungsrecht

Die Punkte, an denen CETA mit der Verfassung kollidiert, lassen sich unter drei Stichworten zusammenfassen:

- a) Staatshaftung
- b) Demokratie
- c) Hoheitliche Handlungsfähigkeit / Souveränität.

Sie ergeben sich aus dem deutschen Grundgesetz und ebenso aus den europäischen Verträgen EUV und AEUV.

a) CETA erlegt der EU und den Mitgliedstaaten eine finanzielle Haftung auf für deren hoheitliches Handeln gegenüber Investoren aus Kanada. Das ist Staatshaftung. Sie ist sowohl im Grundgesetz (Art. 14 und Art. 34) wie im AEUV (Art. 340) nach Tatbestand und Rechtsfolge geregelt. Eine Sonderhaftung nach eigenen Regeln ist nicht vorgesehen und deswegen ohne Änderungen der Verfassungen auch nicht einführbar. Speziell für Deutschland ist hier auch die Haftung für indirekte Enteignung problematisch. Nach dem Nassauskiesungsurteil des BVerfG wäre sie, wenn gesetzliche Regelung, entweder eine angemessene Inhaltsbestimmung nach Art. 14 I 2 GG und dann unangreifbar oder sie wäre eine verfassungswidrige Überschreitung dieser Regelungskompetenz, dann aber wäre sie als nichtig zu behandeln, also nicht zu lindern mit dem Pflaster einer Geldentschädigung.

Verfassungsregeln bestimmen auch den Rechtsweg, der für Staatshaftung zu beschreiten ist (Art. 268 AEUV, Art. 14 III 4 GG, Art. 34 Satz 3 GG). Schon gar nicht ist zu sehen, wie entgegen diesen Bestimmungen die Staatshaftung für hoheitliches Handeln an eine private Schiedsgerichtsbarkeit ausgelagert werden kann.

b) CETA schüchtert mit der Haftungsdrohung die demokratisch gewählten Parlamente und die demokratisch legitimierte Regierungen und Verwaltungen der EU und der Mitgliedstaaten ein. Diese können die Haftung selbst dann nicht abwenden, wenn sie sich – CETA beiseite – an alle für sie geltenden Rechtsregeln halten. Gerade deren Befolgung soll durch den Investitionsschutz ja korrigiert werden. Der Atomausstieg zeigt es. Vattenfall klagt für seine Kernkraftwerke ja nicht nur beim BVerfG, sondern auch bei einem nach der Energiecharta gebildeten Schiedsgericht. Wäre Vattenfall nicht schwedisch, sondern kanadisch, wäre er oder es mit der Klage auf fast 4 Milliarden vor das CETA-Gericht gezogen. Ob der deutsche Gesetzgeber auch mit dieser Drohung den Atomausstieg beschließen würde? Allein der Zwang zu dieser Überlegung verstößt gegen Art. 20 GG und gegen die Demokratiegarantie des EUV (Art. 10).

Die Staatshaftung gegenüber den Investoren verstößt auch deshalb gegen die Demokratie in EU und Mitgliedstaat, weil sie nicht nur droht, sondern durch den Schiedsspruch die Verpflichtung dem vom Parlament beschlossenen Haushalt auch tatsächlich auferlegt. Damit wird in die Haushaltshoheit des Parlaments direkt eingegriffen, in der EU auch in die des Rates (Art. 16 I 1 AEUV). Überall gilt das Budgetrecht des Parlaments als Kern der Demokratie, allerdings gibt es auch das verfassungsrechtliche Gebot, den Staats- oder Verbandshaushalt auszugleichen (Art. 110 GG, Art. 310 AEUV); unvorhergesehene Ausgaben müssen durch Nachtragshaushalte aufgefangen werden. Aber für unvorhersehbare Verbindlichkeiten gegenüber einer unvorhersehbaren Vielzahl von Anspruchstellern geradezu einen besonderen Rechtsboden mit besonderen Anspruchsanreizen zu bereiten, und damit vorausschauend einen Zwang zu Nachtragshaushalten zu schaffen, ist etwas anderes, als einen Nachtragshaushalt beschließen zu müssen, der durch nicht steuerbare Faktoren (politische Ereignisse, etwa Kriege, oder Naturkatastrophen) erzwungen wird. Das Parlament darf sich nicht durch Zustimmung zur Haftung nach CETA die Minen selbst in den Haushaltsplan einbauen, die während der Haushaltsperioden jederzeit hochgehen können.

Haftung nach CETA:
Ein Minenfeld für den
Haushaltsgesetzgeber

c) Jeder Staat muss sich für sein hoheitliches Handeln gegenüber Privaten nur vor seinen eigenen Gerichten verantworten, das ist ein Kernelement der Souveränität und Handlungsfähigkeit, die jedem Staat und Hoheitsverband durch seine Verfassung verschafft werden soll. Die Übertragung von Hoheitsrechten an andere ist nur unter engen Voraussetzungen zulässig, in Deutschland nach Art. 23 und Art. 24 GG. Die Rechtsprechungshoheit gegenüber Privaten gehört nicht zu den dort als übertragbar erklärten Materien, eine Justiz zwischen Staaten, die von Art. 24 GG erlaubt würde, ist sie nicht. Für die Europäische Union folgt dasselbe schon aus ihrer Eigenart; sie ist ein Verband mit begrenzten Einzelermächtigungen (Art.

4 I, 5 I–II, IV EUV). Soweit sie Ermächtigungen durch EUV und AEUV erhalten hat, muss sie diese auch ausüben, sie darf sie nicht, auch teilweise nicht, an Instanzen außerhalb der Union weitergeben, sie gar an private Institutionen auslagern. Zur Außenhandelskompetenz, welche die EU eindeutig hat (Art. 207 AEUV), gehört die entsprechende Vertragskompetenz, aber zu dieser gehört nicht nur die Abschlusskompetenz (Art. 216 AEUV), sondern auch die Kompetenz und Aufgabe der EU, die von ihr abgeschlossenen Verträge zu verwalten, indem sie ihr Funktionieren überwacht, die Einhaltung der Verträge durch einerseits die andere Vertragspartei und andererseits ihre eigenen Organe und ihre Mitgliedstaaten kontrolliert und nötigenfalls zu Sanktionen greift. Das alles muss sie selbst tun, sie darf ihre miterworbene Kompetenz zur Vertragskontrolle nicht an auswärtige Instanzen und private Kläger aus der Hand geben, gleichgültig ob sie Klagen bei privaten Schiedsgerichten oder etwa bei Gerichten anderer Staaten (etwa der Schweiz oder Norwegens) zulässt.⁴ Für die EU-Kommission bestimmt der EUV dies sogar ausdrücklich. Nach Art. 17 I hat sie zu sorgen »für die Anwendung der von den Organen kraft der Verträge erlassenen Maßnahmen« (Satz 2) und sie hat »die Anwendung des Unionsrechts unter der Kontrolle des Gerichtshofs der Europäischen Union« zu überwachen (Satz 3). Zu den »Maßnahmen« gehören die Zustimmungsbeschlüsse von Rat und Parlament zu völkerrechtlichen Verträgen, und diese Verträge selbst sind dann Bestandteil des Unionsrechts (Art. 216 II AEUV), dessen Anwendung eben von der Kommission zu überwachen ist.

Hieraus folgt: Was die EU kraft ihrer Kompetenz den Mitgliedstaaten aus der Hand genommen hat, darf sie nicht flugs an private Investoren und Schiedsgerichte weiterreichen und hoffen, dass diese für die vertraglich vorgesehene Ordnung sorgen werden. Die Union muss für den Erfolg der von ihr abgeschlossenen Verträge vielmehr selbst sorgen und auch für diesen Teil ihrer Außenhandelskompetenz gegenüber den EU-Bürgern und den Mitgliedstaaten die Verantwortung tragen. Ihre Justizhoheit ist auch im Rahmen ihrer Außenhandelskompetenz nicht übertragbar; selbst die an sich mit Allzu-

ständigkeit ausgerüstete Bundesrepublik darf sich nach dem Grundgesetz nicht so davonstellen.

V. Einwände

Ich fasse zusammen: Der Investorenschutz nach der Art von CETA liegt quer zu den Verfassungsregeln über die Amts- und Staatshaftung, über die Demokratie und über die hoheitliche Handlungsmacht in der EU und Deutschland, und das deutlich. Es ist seltsam, dass bisher weder Brüssel noch Berlin in ihren offiziellen Verlautbarungen auf diese offensichtliche Querlage eingegangen sind und diese deshalb auch noch nicht in den allgemeinen Medien behandelt worden ist. Wenn man in dieser kunstvoll gewahrten Stille die verfassungsrechtliche Anstößigkeit des Investorenschutzes anspricht, kommt vielmehr als erstes der Einwand: Das ist völkerrechtliche Praxis seit 50 Jahren; wieso soll das plötzlich verfassungswidrig sein?

Wieso soll das
nach 50-jähriger Praxis
verfassungswidrig sein?

Darauf gibt es zunächst zwei simple Antworten. Die erste ist: Völkerrecht steht nicht über Verfassungsrecht, in Art. 25 GG zeigt es sich deutlich. Nach diesem sind die »allgemeinen Regeln des Völkerrechts« ein Bestandteil des Bundesrechts und sie gehen den Gesetzen vor. Nach absolut herrschender Auffassung haben sie damit aber nicht Verfassungsrang oder gar den Vorrang vor der sonstigen Verfassung erhalten. Es kann auch nicht anders sein, denn in der Demokratie »geht alle Staatsgewalt vom Volke aus« (Art. 20 II GG), nicht vom Völkerrecht – sonst könnten die Akteure und Honoratioren des Völkerrechts bestimmen, was und wie viel die Völker ihren Regierenden zu erlauben haben. Gegenüber den Verfassungsurkunden der Staaten und Hoheitsverbände, also der Rechtssubjekte, für die das Völkerrecht in erster Linie da ist, hat das Völkerrecht keine Kraft, es muss vielmehr seine Hauptakteure und Hauptadressaten in ihrer jeweiligen Verfassung akzeptieren, soweit diese mit den Menschenrechten vereinbar ist.

Die andere Antwort ist, dass das Argument »Haben wir doch immer so gemacht« verfassungsrechtlich wertlos ist. Fehlritte müssen nicht unendlich wiederholt werden, weil sie oft begangen, auch lange Zeit gar nicht als solche bemerkt worden sind. Sonst hätte 1953 in den USA der Supreme Court nicht die Rassentrennung aufheben dürfen und in Deutschland hätte es nicht die Reform z. B. des Sexualstrafrechts und des Ehe- und Familienrechts durch die Entscheidungen aus Karlsruhe gegeben. Schließlich: Die bisherige Praxis der Staaten, also die mehr als 3000 existierenden Investitionsabkommen, kann nicht die EU binden, die ihre Außenhandelskompetenz erst jüngst bekommen hat und mit solchen Abkommen gerade erst anfangen will.

Fehlritte müssen
nicht unendlich
wiederholt werden

Wenn man die bisherige Staatenpraxis verfassungsrechtlich nicht mehr akzeptiert, muss man natürlich die Frage beantworten: was ist mit dem Altbestand? Sind etwa die bisher 135 solchen Verträge, welche die Bundesrepublik abgeschlossen hat, dann alle als verfassungswidrig und nichtig zu behandeln? Die Antwort ist ein klares Nein. Jeder einzelne Staatsvertrag ist nach den Umständen und Motiven seiner Entstehungszeit und nach den mit ihm verfolgten Zielen und Zwecken zu betrachten. Die ursprünglichen Investitionsschutzverträge sollten privates Kapital für Entwicklungsländer mobilisieren. Der Gedanke dahinter: Ein Land gibt einen Teil seiner Gerichtsbarkeit ab – und wird dadurch für Investoren attraktiver. Heute erklären die EU und Kanada ganz offen, dass es zwischen ihnen gar keinen Investitionsschutz geben muss, sondern durch vereintes Handeln von Europa und Nordamerika Standards gegenüber anderen, vor allem gegenüber Asien, gesetzt werden sollen. Der Rechtfertigungsgrund für CETA (und dann natürlich auch für TTIP) soll also nur die Positionierung für künftige Verhandlungen mit anderen Staaten sein! Auch ist bei schon bestehenden Verträgen verfassungsrechtlich gewiss erheblich, ob sie bereits schützenswerte Investitionen auf beiden Seiten ausgelöst haben, also Vertrauen geschützt werden

muss. Und schließlich ist zu berücksichtigen, dass die völkerrechtliche Bindung von einer internen Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit nicht automatisch berührt wird – so sagt es die Wiener Konvention über völkerrechtliche Verträge (Art. 46 WVK).

Die Verfassungsmäßigkeit der Altverträge ist demnach unerheblich für die Frage, ob die EU und die Mitgliedstaaten neu solche Verträge abschließen dürfen. Mein Ergebnis ist: Die EU und jedenfalls Deutschland dürfen es nach ihren Verfassungsregeln nicht. Sind sie damit etwa international isoliert, für internationale wirtschaftsrechtliche Vereinbarungen nicht zu gebrauchen? Nein, es gibt Alternativen. Man kann allein Freihandel, also Abkommen ohne Investitionsschutz, vereinbaren, so das Beispiel WTO. Studien, mit denen die Wohlstandsgewinne gemessen werden, die aus den kombinierten Abkommen zu erzielen seien, begründen diese Gewinne in der Regel aus dem Abbau der nicht-tarifären Handelshemmnisse, nicht aus dem Investitionsschutz; dieser ist »Zugabe« – aus ganz anderen Motiven. Zwischen Nordamerika und Europa braucht man ihn auch nicht, es herrscht schon jetzt transatlantische Kapitalverkehrs- und Investitionsfreiheit sowie Rechtsstaatlichkeit, von Hindernissen in diesem Bereich hört man nichts, außer gelegentlich von angeblichen Missetaten in östlichen EU-Beitrittsländern. Aber eine Union, die einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts bilden will (Art. 67 AEUV) und deswegen von ihren Mitgliedstaaten das gegenseitige Vertrauen in deren Rechtsstaatlichkeit fordert, kann nicht gleichzeitig einen internationalen Vertrag, mit dem sie sich und die Mitgliedstaaten binden will, damit begründen, dass diese Rechtsstaatlichkeit in einzelnen ihrer Mitgliedstaaten vielleicht doch nicht gegeben ist.

Man kann auch Investitionsschutz vereinbaren, der nicht anstößig ist. So hat es auch Deutschland mit Pakistan 1959 gemacht. Entgegen einer Legende sah dieses Abkommen eine schiedsgerichtliche Streitbeilegung nur zwischen den Vertragsstaaten vor, also zwischen Deutschland und Pakistan, nicht auch zwischen Staat und Investoren. Weiterhin könnten die Vertragsstaaten statt der privaten ad-

hoc-Schiedsgerichte auch eigene gemeinsame Gerichtshöfe mit fest bestellten und besoldeten Richtern bilden. Das deutsche Grundgesetz würde das erlauben, so zeigt es Art. 24 GG. Auf der europäischen Ebene ist anerkannt, dass die Außenhandelskompetenz der EU die Kompetenz einschließt, für Streitigkeiten aus den abgeschlossenen Verträgen Schiedsgerichte zwischen EU und den Vertragsstaaten vorzusehen.

Gemeinsame Gerichtshöfe –
eine Alternative zu
den Schiedsgerichten?

Allerdings würden solche Gerichtshöfe nur das Problem der Auslagerung von Justiz lösen, aber nicht auch die von der Verfassung abweichende Staatshaftung legitimieren und auch nicht die Bedrohungen der Demokratie durch die Haftung. Die verfassungsrechtliche Anstößigkeit des Investitionsschutzes liegt eben nicht nur in seiner Durchsetzbarkeit für Private bei Gerichten außerhalb der Vertragsparteien, sondern schon im sogenannten materiellen Recht, in der durch das Abkommen geschaffenen Verbindlichkeit selbst. Deren Verfassungswidrigkeit wird sogar besonders deutlich, wenn man sich die vorbenannte Schiedsgerichtsbarkeit wegdenkt. Heute sieht CETA vor, dass niemand sich vor den Gerichten der Vertragsstaaten auf die Bestimmungen des Abkommens berufen kann (Kap. 33 Art. 14.16), nur das Schiedsverfahren, das CETA selbst erlaubt, soll den Investoren offenstehen. Gäbe es dieses Verfahren aber nicht, wohl aber die Haftung der Vertragsstaaten gegenüber den Investoren, dann müsste diese Haftung bei den Gerichten der in Anspruch genommenen Vertragsparteien eingeklagt werden. Diesen würde dann von CETA zugemutet, Staatshaftung nach anderen Regeln zu beurteilen als denen, die in ihrem Land schon in der Verfassung stehen. Die Abweichung der Haftung nach CETA vom Landesverfassungsrecht ohne ausdrückliche Änderung dieser Verfassung mit ausreichender Mehrheit wird bei dieser gedanklichen Annahme vollends evident.

Der Durchgang dieser Alternativen zum CETA-Modell lässt erkennen, dass hier vielleicht noch Phantasie gefragt ist, auch

von dem speziellen Zweig der Völkerrechtswissenschaft, dem Wirtschaftsvölkerrecht, der sich bisher fast ausnahmslos und bedingungslos mit dem Investitionsschutz à la CETA, TTIP und all den anderen 3000 identifiziert hat. Jedenfalls wird man der deutschen Bundesregierung und der EU-Kommission nicht abnehmen müssen, dass CETA und die anderen geplanten Abkommen derselben Art alternativlos seien.

VI. Die globale Ambition

Ich habe bewusst ein konkretes Abkommen, CETA, auf seine Vereinbarkeit mit benannten konkreten Verfassungsbestimmungen geprüft, um zu zeigen, dass wir in Europa und in Staaten mit Verfassungsgerichtsbarkeit in dem Investorenschutz der bisherigen Art ein Problem *de lege lata* haben, dass endlich an die Öffentlichkeit gehört. Es gibt da aber auch einen allgemeineren und globalen Aspekt. Die EU-Kommission und ihre nordamerikanischen Verhandlungspartner werben für ihre Abkommen damit, dass sie in ihrem Bündnis die gemeinsamen, sogenannten »transatlantischen Maßstäbe« als Vorbild für das sich entwickelnde globale Wirtschaftsverfassungsrecht etablieren könnten, gegen China und andere aufkommende nicht-westliche Mächte. Ein bekannter akademischer Vertreter des Investitionsschutzrechts in Deutschland hat vor kurzem in der NJW geschrieben, dass im Bündnis mit Nordamerika die Chance bestehe, »das internationale Investitionsschutzrecht als Grundpfeiler rechtsstaatlicher internationaler Wirtschaftsbeziehungen weiterzuentwickeln«.⁵ Und im jüngsten deutschen Beitrag zur Verteidigung der Sondergerichtsbarkeit für Investoren steht, sie sei zwar nicht auf die Art. 23 und 24 GG zu stützen, aber gerechtfertigt »aus dem Grundsatz der internationalen Zusammenarbeit, der das Grundgesetz prägt«, und sie diene damit »dem Inter-

esse der Bundesrepublik Deutschland an der zwischenstaatlichen Verrechtlichung internationaler Wirtschaftsbeziehungen«.⁶

Die behauptete
Vorbildfunktion für ein globales
Wirtschaftsverfassungsrecht

Aus *privatrechtlicher Sicht* sind diese Äußerungen befremdlich. Was für ein Grundpfeiler, welche Verrechtlichung? Die Beziehungen zwischen den wirtschaftlichen Akteuren im internationalen Verkehr sind rechtsstaatlich gesichert durch die Privatrechtsordnungen, die vom internationalen Privatrecht koordiniert werden, sie sind weiter bestimmt durch das in völkerrechtlichen Verträgen vereinbarte Einheitsrecht, etwa das Einheitskaufrecht, das Transportrecht, durch weltweit anerkannte Standardbedingungen, etwa die Incoterms, durch internationales Zivilprozessrecht, welches Zuständigkeiten und Anerkennung auch in völkerrechtlichen Abkommen regelt, durch die weltweit zunehmend anerkannte Privatautonomie im Kollisionsrecht wie im Zuständigkeitsrecht, und nicht zuletzt durch die zivile Schiedsgerichtsbarkeit, mit festen Institutionen und weltweiter Anerkennung nach dem New Yorker Abkommen. Was fehlt da noch an Rechtlichkeit und Rechtsstaatlichkeit?

Aus *staats- und verfassungsrechtlicher Sicht* sind diese Äußerungen sogar bedenklich. Das hinter ihnen stehende Ideal ist eine Welt, die mit einem Netz von bilateralen, regionalen oder gar von einem multilateralen Investitionsschutzabkommen vollständig bedeckt ist, so dass überall der ausländische Investor nach dem Sondersystem des Abkommens geschützt wird. Es ist der erste Schritt zur Schönen Neuen Welt einer *Global Governance* durch weltweiten Investitionsschutz nach westlicher Art. Der nächste Schritt ist dann vorauszu-

sehen: Die inländischen Investoren werden ebenfalls diesen Schutz gegen den Staat verlangen – und sie werden ihn bekommen, denn man wird sie bei solcher Verallgemeinerung (und Idealisierung) des Schutzes nicht auf ewig gegenüber ihren ausländischen Konkurrenten benachteiligen können. In Deutschland wäre dies ein Fall für Artikel 3 III GG. Dann aber haben wir ein globales Sonderrecht für den Schutz von Investoren generell, der Investor schlechthin bekommt gegen jeden Staat eine garantierte und endverbindliche Nachkontrolle durch Schiedsgerichte in die Hand. Das imaginierte globale Wirtschaftsverfassungsrecht ist dann überall investitionengerecht. Auch über dieses Ideal sollte endlich öffentlich gesprochen werden! Dabei wird dann aber sicher auch das noch bestehende demokratische Verfassungsrecht wieder mitreden und sich hoffentlich nicht von den Schalmeien der viel schöneren »Global Governance« übertönen lassen.

Anmerkungen

1 Vortrag auf der Veranstaltung »Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in der Kritik – eine Veranstaltung zur Versachlichung der Debatte«, Hamburg, am 04.02.2015. Der Text wurde überarbeitet, mit Berücksichtigung der im Anschluss geführten Diskussion und neuer Veröffentlichungen. Stand: 14.04.2015. Die frühere Fassung (Stand 08.02.2015) ist zugänglich unter www.mpipriv.de.

2 So auch jüngst von *Rainer Hofmann*, Internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit – Paralleljustiz im Namen des Geldes?, in dieser Zeitschrift (Nr. 120), 2014, 194–201; *Christoph Ohler*, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht, JZ 2015, Heft 7, S. 337–346.

3 Einzelheiten des Systems bei *Hofmann* (Anm. 2) 196–198; *Ohler* (Anm. 2) 340, 342.

4 Ausführlicher darüber *Axel Flessner*, Selbstermächtigung und Selbstentmachtung in einem – die Europäische Union und der Investorenschutz nach CETA, www.verfassungsblog.de.

5 *Christian Tietje*, NJW 2014, Heft 31 – Editorial.

6 *Ohler* (Anm. 2) 342 f.