

Warum CETA ein demokratischer und rechtsstaatlicher Skandal ist

von Folke große Deters¹

Das Umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen der EU und Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, kurz: CETA) war lange umstritten – jetzt hat der Deutsche Bundestag ohne größere öffentliche Beachtung die Ratifikation beschlossen.² Bei den Interessenvertretern von „Investoren“ diesseits und jenseits des Atlantiks dürfte die Freude groß sein. Auch die FDP freut sich – und das ist vor dem Hintergrund ihrer politischen Ausrichtung nur konsequent. Warum sich auch Vertreterinnen und Vertreter von SPD und Grünen öffentlich freuen, lässt sich dagegen nicht erklären.

Worum geht es?³ Das Freihandelsabkommen CETA wird nach der Ratifikation durch die EU seit September 2017 vorläufig angewendet. Noch nicht in Kraft getreten sind die Teile, die auch einer Ratifikation durch die EU-Mitgliedstaaten bedürfen. Dazu gehört auch der so genannte Investitionsschutz. Hier können sich Investoren vor Sondergerichten („Tribunalen“) gegen staatliche Maßnahmen wehren, die den Wert ihrer Investitionen mindern. Diese Paralleljustiz ist schon bei oberflächlicher Betrachtung ein demokratischer und rechtsstaatlicher Skandal.

Angegriffen werden können nicht nur Einzelentscheidungen oder Verwaltungsakte von Behörden, sondern auch Parlamentsgesetze; Regeln also, die vom demokratisch durch Wahlen legitimierten Gesetzgeber aufgestellt

worden sind. Sie werden durch die Sondergerichte zwar nicht außer Kraft gesetzt, aber mit so hohen Geldbußen belegt, dass die Wirkung der sondergerichtlichen Sprüche faktisch die gleiche ist, da sich kein Staat leisten kann, sie aufrecht zu erhalten und fortwährend Millionen-Bußgelder zu zahlen. Damit gleichen die „Tribunale“ ihrer faktischen Wirkung nach Verfassungsgerichten, denn ein gewöhnliches Gericht hat nicht das Recht, Gesetze zu kassieren, die eine Mehrheit im Parlament gefunden haben. Allerdings wachen die „Tribunale“ nicht über die verfassungsrechtlich verbürgten Menschenrechte, sondern über die Rechte von Investoren.

Nach dem CETA-Entwurf (im Folgenden „CETA“) sind Investitionen „Vermögenswerte jeder Art [...] die Merkmale einer Investition aufweisen; hierzu gehören eine gewisse Dauer und andere Merkmale wie die Bindung von Kapital oder anderen Ressourcen, die Erwartung von Wertzuwachs und Gewinn oder die Übernahme von Risiken“⁴.

Vom Schutzbereich umfasst ist also nahezu jedes irgendwie geartete Interesse, das man zu Geld machen kann; so auch behördliche Genehmigungen wie zum Beispiel Bergbaukonzessionen. Geschützte Investoren sind natürliche oder juristische Personen einer Vertragspartei, die eine „substanzielle wirtschaftliche Tätigkeit“ auf dem Territorium einer Vertragspartei ausüben müssen. Ausgeschlossen sind damit wohl nur Briefkastenfirmen. Das Tor für Klagen steht damit nicht nur für kanadische Unternehmen im engeren Sinne offen, sondern bietet auch den „Global Playern“ jedweder Nationalität eine leicht zu erlangende Eintrittskarte in das Investoren-Sonderrechtsregime.

1 Folke große Deters ist Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristinnen und Juristen in der NRW SPD. Er lebt in Bornheim-Hersel.

2 <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/bundestag-stimmt-fuer-ceta-abkommen-101.html>, zuletzt abgerufen am 04.12.2022

3 Einen umfassenden Überblick über den aktuellen Stand und die Kritik bietet der Antrag der Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristinnen und Juristen (ASJ) in der NRW SPD, der vom Bundesausschuss der ASJ am 11. September 2022 in Hannover angenommen wurde, vgl. <https://www.asjnrv.de/2022/11/14/ratifizierung-von-ceta-nur-mit-rechtssicheren-und-dauerhaft-wirksamen-instrumenten-und-ohne-zeitdruck/>, zuletzt abgerufen am 28.11.2022. In dem maßgeblich von Eberhard Waiz bearbeiteten Antrag wird auch deutlich, dass CETA nicht nur wegen des Investitionsschutzes kritikwürdig ist, auf dessen kritischer Würdigung sich dieser Beitrag konzentriert.

4 vgl. Artikel 8.1 CETA.

Investorenrechte mit dehnbarem Inhalt

Der Inhalt der Rechte ist schwer zu bestimmen. Jedenfalls geht es nicht nur um Verteidigungsmöglichkeiten gegen direkte Enteignungen oder gegen direkte Diskriminierungen. Wäre das der Fall, ließe sich der Umfang der Rechte einigermaßen klar bestimmen. Investoren wären dann geschützt vor dem vollständigen Entzug von Eigentumsrechten und dürften nicht schlechter behandelt werden als inländische Investoren. Über einen derart engen Schutzbereich ist der internationale Investitionsschutz längst hinaus. Umfasst ist auch das Recht auf eine „faire und gerechte Behandlung“.⁵ Dieser schillernde und sehr unbestimmte Rechtsbegriff wird im Vertragstext durch weitere unbestimmte Rechtsbegriffe konkretisiert. So bietet auch der Begriff „offensichtliche Willkür“ keine präzise Umschreibung, was unter einer fairen und gerechten Behandlung zu verstehen ist. Welche Entscheidung „rational“ und welche „offensichtlich willkürlich“ ist, liegt im Auge des Betrachters. In politischen Debatten erleben wir, dass je nach Grundüberzeugung oder Interessenlage die Vorstellungen von „Rationalität“ sehr unterschiedlich sind. So kann jede staatliche Maßnahme nach Abwägung im Einzelfall als „ungerecht“ und „unbillig“ qualifiziert werden. Umweltauflagen, Regeln zum Gesundheitsschutz wie ein Rauchverbot oder eine Zuckersteuer, kommunale Bebauungspläne oder „übermäßige“ Steuern – der Phantasie der klagenden Investoren sind keine Grenzen gesetzt.

Ähnlich ist die Lage bei dem zweiten praktisch bedeutsamen Investorenrecht. Nicht nur die „direkte Enteignung“, sondern auch eine „indirekte Enteignung“ kann vor ein Sondergericht⁶ gebracht werden. Direkte Enteignung bedeutet Entzug des Eigentums; der Begriff erhält also seine Konturen durch die Ausgestaltung des Eigentumsrechts in der jeweiligen nationalen Rechtsordnung. Eine „indirekte Enteignung“ lässt das Eigentum bestehen, beschränkt allerdings die Eigentümerin in der

Nutzungsmöglichkeit ihres Eigentums. Damit kann jede denkbare staatliche Regelung gemeint sein. „Übermäßige“ Steuern, „exzessive Umweltstandards“ oder die Verweigerung einer Betriebserlaubnis können im Ergebnis als indirekte Enteignung angesehen werden, wenn ein Sondergericht die Maßnahme im Einzelfall unverhältnismäßig findet.

Ein Verstoß gegen das Prinzip der Gleichheit

Es ist erstaunlich, wie wenig auch sozialdemokratische Abgeordnete zu bemerken scheinen, dass hier die „Égalité“, die Gleichheit im Recht, massiv verletzt wird.

Eigentlich ist der Verstoß gegen die Gleichheit im Recht offensichtlich. Die Arbeitnehmerin, der Umweltschützer, die Gewerkschaften, mittelständische Unternehmen, kurz alle Staatsbürgerinnen und Staatsbürger können sich ausschließlich auf die Gesetze und Gerichte der innerstaatlich geltenden Rechtsordnung berufen. Ausländische Investoren haben diese Möglichkeit in Deutschland auch. Zusätzlich können sie aber auch noch auf Normen und Sondergerichte der Handelsverträge zurückgreifen. Das demokratisch ausgehandelte Gleichgewicht der Interessen ist gestört. Über den Umweg von Handelsverträgen kann das demokratisch definierte Allgemeinwohl unterlaufen werden.

Es ist eine Errungenschaft der französischen Revolution, dass es eine einheitliche Rechtsordnung gibt und keine Sonderrechtsordnungen für bestimmte Gruppen. Die „buntscheckigen Feudalbande“⁷ des Mittelalters, das Nebeneinander von verschiedenen Rechtsschichten und Rechtsregimen im Feudalismus, werden aufgelöst.⁸ Wenn in der politischen Diskussion in Anlehnung an Jürgen Habermas von „Refeudalisierung“ gesprochen wurde, dann wurde damit in erster Linie auf die tatsächliche Ungleichheit, die wachsende

5 vgl. Artikel 8.10 CETA.

6 vgl. Artikel 8.12 CETA in Verbindung mit Anhang 8-A CETA.

7 Karl Marx/Friedrich Engels, Das kommunistische Manifest, Marx-Engels-Werke. (Karl) Dietz Verlag, Berlin, Band 4, 6. Auflage 1972, unveränderter Nachdruck der 1. Auflage 1959, S. 464.

8 Den Anstoß für diese Überlegung gab Holger Grefrath.

Kluft zwischen „Arm“ und „Reich“, angespielt. Die tatsächliche Ungleichheit in Bezug auf Einkommen, Vermögen und Lebenschancen wird – zu Recht – als Widerspruch zur Idee der Gleichheit gegeißelt. Die internationalen Handelsregime stellen nun sogar wieder die formale Gleichheit, die Gleichheit im Recht, in Frage.

Durchsetzbare Investorenrechte und nicht durchsetzbare Investorenpflichten

Die Auskoppelung der Investorenrechte aus der innerstaatlichen Rechtsordnung wäre erträglicher, wenn die Handelsverträge zum fairen Ausgleich der Interessen auch andere Rechtspositionen effektiv schützen würden. Ein basaler Gerechtigkeitsgrundsatz besagt, dass Rechte auch mit Pflichten einhergehen müssen. Davon kann aber bei CETA keine Rede sein. Arbeitnehmerrechte und Umweltstandards werden in den Abkommen zwar erwähnt, aber es fehlt an sanktionsbewehrten Mechanismen, die diese Interessen in durchsetzbare Rechte verwandeln. Im Kapitel 23 „Handel und Arbeit“ findet sich ein wortreich beschriebener Streitbeilegungsmechanismus, mittels dessen die Verpflichtungen „durchsetzbar“ gemacht sollen, ohne dass ein Instrument zur Sanktionierung von Verstößen bereitgestellt würde. Verfahrensbeteiligte sind ohnehin nur die vertragsschließenden Parteien, Betroffene müssen anders als die Investoren vor den Sondergerichten draußen bleiben. Die Durchschlagskraft dieses Verfahrens illustriert der treuherzige Satz: „Die Vertragsparteien bemühen sich nach Kräften, eine für beide Seiten zufriedenstellende Lösung zu finden.“⁹ Das Kapitel 24 „Handel und Umwelt“ ist parallel ausgestaltet. Streitbeilegungsmechanismen, die auf sich stets bemühende Parteien angewiesen sind, sind vor allem eines: Ein Papiertiger!

Vor diesem Hintergrund ist es lächerlich, wenn die Freihandelsabkommen als Mittel beschrieben werden, die Globalisierung entsprechend unserer „Werte“ zu gestalten, jedenfalls

dann, wenn es um mehr als um den Wert von Investitionen gehen sollte.

Investorenrechte werden geschützt wie Grundrechte

Die Befürworter des so genannten Freihandelsabkommen gehen von der naiven Vorstellung aus, man könne die ausufernde Rechtsprechung von Sondergerichten durch klug gewählte, restriktive Formulierungen im neuen Abkommen verhindern.

In Wahrheit sind mit der Einführung von Sondergerichten tatsächlich nicht mehr die Staaten, sondern die Sondergerichte Herren des Inhalts der Verträge. In Anlehnung an das berühmte Diktum des amerikanischen Verfassungsrichters Charles Evans Hughes¹⁰: Die Sondergerichte stehen unter den Handelsverträgen, aber der Inhalt der Verträge wird von den Richtern festgelegt. So hat „richterliche Rechtsfortbildung“ auch im Investitionsschutzrecht eine erhebliche Rolle gespielt und zu einer massiven Ausweitung der Investorenrechte geführt.¹¹

Da die Normen, die von den Sondergerichten ausgelegt werden, nur sehr schwer geändert werden können,¹² sind die Ergebnisse dieser richterlichen Innovationen vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber nur schwer zu korrigieren. Mit anderen Worten: Anders als im nationalen Recht kann der Gesetzgeber auf „richterliche Rechtsfortbildung“ nicht mit einer Gesetzesänderung reagieren. Zwar kann bei CETA der „Gemischte Ausschuss“ den Sondergerichten verbindliche Vorgaben für die Auslegung machen. Dies setzt jedoch Einstimmigkeit zwischen den Vertragspartnern voraus und findet ohne parlamentarische Beteiligung statt.

¹⁰ „We are under the constitution but the constitution is what the judges say it is [...]“; vgl. Charles Evans Hughes, Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906–1908, New York und London 1908, S. 139.

¹¹ Zur Vertiefung statt vieler: Malte Marwedel, „Reformierter“ Investitionsschutz in TTIP: Zwei Schritte voran und gegen die Wand, <https://verfassungsblog.de/reformierter-investitionsschutz-in-ttip-zwei-schritte-voran-und-gegen-die-wand/>, zuletzt abgerufen am 28.11.2022.

¹² Selbst bei einer politisch kaum vorstellbaren Beendigung von CETA wären die Investorenrechte für alle Investitionen, die vor der Beendigung getätigt wurden, noch 20 Jahre gültig, vgl. Artikel 30.9 Absatz 2 CETA.

⁹ Artikel 23.11 Absatz 2 Satz 1 CETA.

Wie erwähnt, ist die Macht der Sondergerichte ihrer faktischen Wirkung nach mit Verfassungsgerichten vergleichbar. Hier wie da werden die Richter-Sprüche gegen einfache Mehrheitsentscheidungen der aktuellen Parlamentsmehrheit abgeschirmt. Investorenrechte haben funktional den gleichen Status wie die grundlegenden Freiheitsrechte der Verfassungen. Egal, was aktuelle Mehrheiten beschließen wollen: Die Rechte von Investoren haben Vorrang.

Über Kosmetik und Nebelkerzen

Bundeswirtschaftsminister Habeck hat in der Pressemitteilung¹³, in welcher die Ratifikation von CETA angekündigt wird, auch das Eckpunktpapier der Bundesregierung zur Handelspolitik beworben.¹⁴ In diesem Papier werden die Programmsätze aus dem Koalitionsvertrag wiederholt und damit der Eindruck erweckt, diese fänden sich auch in CETA wieder. Man spürt die Absicht und ist verstimmt, denn davon kann keine Rede sein: Weder sind Arbeits- und Nachhaltigkeitsstandards „sanktionsbewehrt“, noch werden die Investorenrechte auf den Schutz vor „direkter Enteignung und Inländergleichbehandlung“ konzentriert. Verschleiert wird, dass die Ratifizierung von CETA dem Koalitionsvertrag widerspricht. Wenn die angekündigte Neuverhandlung der Energiecharta¹⁵ oder gar ein neues Freihandelsabkommen mit den USA¹⁶ ähnlich konsequent betrieben werden, dann erschaffen die politischen Akteure weitere „Sachzwänge der Globalisierung“, die einen sozial-ökologischen Umbau des Welthandels strukturell unmöglich machen – egal wie die Menschen wählen.¹⁷

Auf der Haben-Seite hat der rot-grüne Teil der Ampel dann noch eine Interpretationsklärung zum Investitionsschutz bejubelt. Diese Erklärung, im Rang unterhalb des Vertragstextes, erhält Erläuterungen zu den Investorenrechten. „Hier wird“ – so Steffen Hindelang in der Sachverständigenanhörung des Deutschen Bundestages – „der wenig zielführende Versuch unternommen, offene Rechtsbegriffe durch eine noch größere Anzahl von offenen Rechtsbegriffen „zu erläutern“.¹⁸ Das Problem bleibt wie gezeigt, dass Rechtsprechung zumal auf Basis unbestimmter Rechtsbegriffe eben nicht exakt programmierbar ist, sondern echte „Entscheidungen“ auf Basis heute unvorhersehbarer Fallgestaltungen und diskursiver Großwetterlagen sind. Die ganze Unehrlichkeit dieser kosmetischen Manöver wird durch eine einfache Überlegung offenbar: Wären die Investorenrechte praktisch tatsächlich so wenig relevant wie behauptet, dann könnten sie einfach aus dem Vertragstext entfernt werden. Dass dies trotz der jahrelangen Kritik nicht geschieht, zeigt, dass sie aus Sicht der Verhandler wohl doch praktische Auswirkungen haben sollen.

Auf der Haben-Seite verbucht der rot-grüne Teil der Bundesregierung zudem die Reform des Prozessrechtes, die „Schiedsgerichte“ zu „Tribunalen“ macht.¹⁹ Statt Spruchkörper wie vorher vorgesehen ad hoc zusammenzustellen, sollen sie sich jetzt aus einem vorher festgesetzten Pool zusammensetzen. Die Schiedsrichterinnen und Schiedsrichter müssen in ihrem Heimatland die Befähigung zum Richteramt haben oder Jurist/in von anerkannter Kompetenz sein. Sie sollen Expertise im Völkerrecht, nach Möglichkeit auch im Investitionsschutzrecht und im internationalen Handelsrecht besitzen. Während ihrer Tätigkeit als ständige Schiedsrichter dürfen sie weder Rechtsberater, Sachverständige noch Zeugen eines anderen Verfahrens unter einem

13 <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilung/2022/08/20220829-bmwk-eu-kommission-investitionsschutz-im-rahmen-des-handelsabkommens-ceta.html>, abgerufen am 28.11.2022.

14 https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunktpapier-handelsagenda.pdf?__blob=publicationFile&v=6, abgerufen am 28.11.2022.

15 https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunktpapier-handelsagenda.pdf?__blob=publicationFile&v=6, abgerufen am 28.11.2022.

16 <https://www.wallstreet-online.de/nachricht/16062884-wirtschaft-fdp-unterstuetzt-anlauf-freihandelsabkommen-usa>, zuletzt abgerufen am 28.11.2022. So wenig die aktuellen protektionistischen Tendenzen der Biden-Administration zu begrüßen sind, so wenig dürfen parlamentarische Gestaltungsmöglichkeiten auf dem Altar der Sicherung des Freihandels geopfert werden.

17 Einen guten Überblick über den Substanzverlust der Demokratie, der mit den Freihandelsabkommen einhergeht, liefert Andreas Fisahn, *Repressive Toleranz und marktkonforme Demokratie. Zur Entwicklung von Rechtsstaat*

und Demokratie in der Bundesrepublik, Köln 2022, S. 499 ff.

18 https://www.bundestag.de/resource/blob/914616/c8816292def1845f-2bb6ff90ee594211/20-9-155_Hindelang_Stellungnahme_-_Anhörung-am-12-10-2022-docx-data.pdf, abgerufen am 28.11.2022. Die Stellungnahme ist insgesamt affirmativ.

19 vgl. mein Beitrag auf dem Juwiss-Blog: Folke große Deters, Ein Sonderrechts-Regime für Investoren, <https://www.juwiss.de/72-2016/>, zuletzt abgerufen am 28.11.2022 mit teilweise wörtlicher Wiedergabe.

der zahlreichen Investitionsschutz-Verträge sein. Zudem gibt es eine Revisionsinstanz und mehr Transparenz, zum Beispiel öffentliche mündliche Verhandlungen.

Das sind fraglos kleine Fortschritte, aber sie rechtfertigen nicht, nun von der Schaffung eines internationalen Gerichts zu sprechen. Denn auch das neue System setzt auf die RichterIn oder den Richter als Teilzeitkraft. Die Auswahl der Richterinnen und Richter ist nur sehr rudimentär geregelt. Es steht daher zu befürchten, dass auch im neuen System Handelsrechtlerinnen und Handelsrechtler weitgehend unter sich bleiben. Der Deutsche Richterbund hat sich in einer Stellungnahme²⁰ zum Vorschlag der EU-Kommission zu den TTIP-Verhandlungen geäußert, der nahezu wortgleich mit den Bestimmungen im aktuellen CETA-Entwurf war. Er sieht keinen qualitativen Sprung von einem „Schiedsgericht“ zu einem internationalen Gericht, und schlägt deshalb vor, den neuen Spruchkörper nicht als „Gericht“, sondern als „ständiges Schiedsgericht“ zu bezeichnen.

Keine Kompromisse bei grundlegenden demokratischen Prinzipien

Ohne Frage ist eine enge Partnerschaft Deutschlands und der Europäischen Union mit Kanada gerade in der aktuellen Situation angezeigt. Auch sind in einer Koalition, zumal mit der FDP, Kompromisse nötig. Sie verbieten sich aber, wenn grundlegende demokratische Prinzipien verletzt werden, wenn falsche Weichenstellungen faktisch irreparabel²¹ sind und wenn im Gegenzug eigene Forderungen nicht annähernd erfüllt werden. Ein gutes Verhältnis mit Kanada dürfte auch ohne Sondergerichte für Investoren realisierbar sein. Besonders schlimm ist, dass auch sozialdemokratische Abgeordnete den Kommissions-Sprech von CETA als „Goldstandard“ für künftige Handelsverträge übernehmen.²²

CETA wird eine erhebliche Vorwirkung für die Vielzahl an weiteren Abkommen haben, welche die Europäische Union anstrebt.

„Was auch immer geschieht: Nie dürft ihr so tief sinken, von dem Kakao, durch den man euch zieht, auch noch zu trinken!“²³, riet Erich Kästner. Vielleicht sollten die SPD-Abgeordneten wenigstens davon absehen, ihre sehr übersichtlichen Erfolge bei den CETA-Verhandlungen auch noch enthusiastisch zu bejubeln. ■

²⁰ <https://www.drj.de/positionen/stellungnahmen/stellungnahme/news/416>, zuletzt abgerufen am 28.11.2022.

²¹ vgl. Fußnote 11.

²² https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=pfbid02WipX1DVZ-zerP8acKjvGM4akuP1QDoMpe45eQJLv9TrAFfjETw7nuNN-Ckki6CCl&id=1131664343579413, zuletzt abgerufen am 28.11.2022.

²³ Erich Kästner, *Gesang zwischen den Stühlen*, Zürich 1989, S. 7.