

Verfassungswidrige Einzelaspekte im Comprehensive Economic and Trade Agreement zwischen der EU und Kanada (CETA)

(Prof. Dr. Kathrin Groh, Universität der Bundeswehr München)

Überblick

Um die geplante Verfassungsbeschwerde gutachterlich zu unterstützen, untersucht das Gutachten die folgenden drei Themenkomplexe:

1. die regulatorische Kooperation des Querschnittskapitels 21 CETA. Hier steht im Fokus, inwieweit die Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen durch das Frühwarnsystem des CETA gegen das Grundgesetz verstößt. Im Frühwarnsystem tauschen die Vertragsparteien Informationen über laufende und geplante Regulierungsvorhaben untereinander aus, gegebenenfalls bevor ein nationales Parlament sie überhaupt erhalten hat. Es stehen zwei Befürchtungen im Raum. Zum einen, dass die Pflicht zur Einbindung internationaler Handelspartner in das nationale Gesetzgebungsverfahren die gesetzgebenden Organe verfassungswidrig beschränkt. Zum anderen, dass das Parlament letztlich zum Statisten degradiert wird, der anderswo getroffene Entscheidungen nur noch durchwinken darf (Abschnitt 1).
2. Die Kompetenzen und die demokratische Legitimation der beschließenden Vertragsausschüsse in Kapitel 26 CETA und den sektorspezifischen Kapiteln des Vertrags. Inwieweit ist sichergestellt, dass Deutschland an den völkerrechtlich verbindlichen Beschlüssen der Vertragsgremien mitwirkt. Und noch wichtiger: Muss das nationale Parlament an den zumindest „internen Verfahren“, auf die CETA durchgehend verweist, beteiligt werden, und wenn ja, in welcher Form (Abschnitt 2).
3. Die Schiedsgerichtsbarkeit. Trotz der Modifikationen des Schiedssystems wird in CETA nach wie vor eine nicht-staatliche Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit institutionalisiert. Inwieweit verstößt die Ausgliederung der Entscheidung über regulatorische Maßnahmen des nationalen Gesetzgebers gegen das Rechtsstaatsmonopol und das Demokratieprinzip des Grundgesetzes. Sind die Schiedsrichter ausreichend demokratisch legitimiert, um über nationale Gesetzgebung zu Gericht zu sitzen und diese durch Schadensersatzpflichten zu sanktionieren (Abschnitt 3).

Das Gutachten ist so aufgebaut, dass nach einer kurzen Einleitung in die einzelnen Abschnitte eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse erfolgt. Inhaltlich wird in den Abschnitten jeweils zunächst die Rechtslage des jeweiligen CETA-Kapitels dargelegt und anschließend verfassungsjuristisch geprüft. Da die Prüfung im Hinblick auf eine Verfassungsbeschwerde erfolgt, gerät sie an einigen Stellen sehr kleinteilig, um zu kontrollieren, ob die Argumente verfassungsrechtlich tragen.

Inhalt

Abschnitt 1 – Regulatorische Zusammenarbeit	S. 2
Abschnitt 2 – Kompetenzen und Legitimation der Vertragsorgane	S. 13
Abschnitt 3 – Schiedsgerichtsbarkeit	S. 28

Abschnitt 1

Die regulatorische Zusammenarbeit aus Kapitel 21 CETA

A. Einleitung

In der öffentlichen Debatte haben die Vorschriften über die regulatorische Kooperation auf Regierungsebene zwischen den Mitgliedstaaten der EU, der Kommission und Kanada in CETA insofern Anstoß erregt, als dass sie den Anschein setzen, dass wirtschaftspolitische Regulierungen an den Parlamenten vorbei entschieden und Handelsstandards ohne eine gestalterische Beteiligung durch die Volksvertretungen gesetzt würden. In Rede steht eine nicht mehr hinnehmbare Entparlamentarisierung des Gesetzgebungsprozesses. Die nationalen Parlamente erhalten relevante Informationen im Gesetzgebungsverfahren erst nachdem sie den inter- und supranationalen Handelspartnern bekannt gemacht und mit ihnen ausdiskutiert worden sind. In der regulatorischen Kooperation werden Vorentscheidungen getroffen, die das Parlament zu einem späteren Zeitpunkt lediglich abnicken kann, ohne einen eigenen Gestaltungsspielraum zu behalten: Die regulatorische Kooperation greift in den nationalen Gesetzgebungsprozess ein.

B. Zusammenfassung

Die Beteiligung der Bundesregierung an der allgemeinen regulatorischen Kooperation aus Kapitel 21 CETA berührt einen Kernbereich des Demokratieprinzips und damit die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland. Die Mitarbeit der Bundesregierung im Frühwarnsystem, in dem Informationen über geplante nationale Gesetzgebungsprojekte so frühzeitig wie möglich ausgetauscht und über eine Anpassung bestehender nationaler Gesetze beraten wird, beeinträchtigt den Verfassungsgrundsatz der repräsentativen Demokratie und damit den Anspruch des Bürgers aus Art. 38 Abs. 1 GG, der auf die Ermöglichung politischer Prozesse und ihrer effektiven Teilnahme daran gerichtet ist. Aus der Integrationsverantwortung der Verfassungsorgane folgt ihre Pflicht, bei der Ausgestaltung von innerstaatlichen Entscheidungsverfahren Sorge dafür zu tragen, dass diese Entscheidungsverfahren dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes und der Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland entsprechen. Der parlamentarische Unterrichtsanspruch ist in Art. 79 Abs. 3 GG verankert und rügefähig. Die Verfassungsorganantreue in Verbindung mit dem Repräsentationsprinzip verlangen, dass, angelehnt an Art. 23 Abs. 2 u. 3 GG, im Zustimmungsgesetz und einer Begleitgesetzgebung positivrechtlich verankert wird, dass der Deutsche Bundestag über alle Aktivitäten der Bundesregierung in der regulatorischen Zusammenarbeit über innerstaatliche Gesetze frühzeitig informiert werden muss.

C. Die allgemeine regulatorische Zusammenarbeit (Kapitel 21 CETA)

I. Ziele und Instrumente der regulatorischen Kooperation

Die regulatorische Zusammenarbeit in CETA ist aufgeteilt in ein horizontales Regulierungskapitel (Kapitel 21 CETA), das allgemeine Regelungen für die Zusammenarbeit in allen Sektoren des Abkommens enthält, und Normen über die regulatorische Zusammenarbeit in sektorspezifischen Kapiteln. Die horizontale Regulierungskooperation ist denkbar breit angelegt und erstreckt sich auf alle denkbaren handelsbezogenen Regulierungen auf den Gebieten des Waren- und Dienstleistungsverkehrs. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich im Wesentlichen auf das horizontale Regulierungskapitel aus Art. 21 CETA.

Die Zielvorgaben für die regulatorische Zusammenarbeit werden in Art. 21.2 Nr. 4 CETA in chronologischer Reihenfolge benannt. Sie umfassen die Ziele (a) der Liberalisierung des Handels- und Warenverkehrs durch den Abbau vorhandener und der Verhinderung neuer Barrieren für den Handel und private Investitionen, um Handelsstreitigkeiten zu vermeiden, (b) der Verbesserung des Wettbewerbsklimas und (c) der Förderung von transparenten, effizienten und effektiven Regulierungsverfahren. Hinzu kommt nach Art. 21.3 (b) (vi) u. (c) (ii) CETA das weit und unbestimmt gefasste Ziel, unnötige regulatorische Differenzen zwischen den Vertragsparteien zu vermeiden und zu reduzieren.

Als Methoden zur Herstellung von Handelsliberalisierung und Wettbewerb nennt Art. 21.2 Nr. 4 (b) CETA drei Instrumente: die Harmonisierung von Regulierungen inklusive der Ausarbeitung gemeinsamer Standards, die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit von Produkten und Verfahren und die Anerkennung ausländischer Konformitätsprüfungen.

II. Verfahren der Regulatorischen Kooperation im CETA

Die regulatorische Kooperation ist als Frühwarnsystem ausgestaltet. Die Vertragsparteien sollen nach Art. 21.4 (b) u. (c) u. (f) und Art. 21.7 CETA möglichst frühzeitig in den Prozess der Entscheidungsfindungen der jeweils anderen Vertragsparteien einbezogen werden und in regelmäßigen Abständen Informationen über Regulierungsvorhaben austauschen, um ihre jeweiligen Perspektiven auf Regulierungsvorhaben der anderen Parteien und ihre Bedenken dagegen vortragen zu können. Es sollen Informationen – auch nichtöffentlicher Art – über geplante und begonnene Regulierungsvorhaben oder auch bereits bestehende Regulierungen aller staatlichen Ebenen, inklusive der Bundesgesetzgebung, ausgetauscht werden. Die jeweils anderen Vertragsparteien können diese Informationen innerhalb einer ausreichenden Frist kommentieren. Informationen und Kommentare dienen dann als Grundlage für anschließende Beratungen und Folgenabschätzungen – und damit letztlich als Grundlage für eine mögliche Änderung ursprünglich nationalstaatlicher Regulierungsziele oder -mittel. Zur Effektivierung ihrer Regulierungszusammenarbeit können die Vertragsparteien auf privaten, zivilgesellschaftlichen, wissenschaftlichen oder Betroffenen sachverständigen zurückgreifen, und dürfen nach Art. 21.8 CETA Interessenvertreter der Wirtschaft, NGOs oder andere Sachverständige zu Beratungen hinzuziehen.

Die regulatorische Kooperation im CETA wird von mehreren Institutionen gesteuert. Es sind beteiligt der Gemeinsame CETA-Ausschuss (GCA), Sonderausschüsse, das Forum für die Zusammenarbeit in Regulierungsfragen (Forum) und die „Bilateralen Dialoge und Kooperationen“ des Kapitels 29. Das Forum, das als Sonderausschuss eingerichtet wird und damit der Gestaltungsmacht des GCA unterliegt, dient als Diskussionsforum der Vertragsparteien. Daneben unterstützt es die Parteien in ihren Bemühungen, die regulatorische Kooperation zu erweitern und zu vertiefen. Es hat eine rein unterstützende Funktion. Es ist zusammengesetzt aus Beamten oder Funktionären der Vertragsparteien. Den Vorsitz führen die kanadische Ministerialbürokratie und die Kommission (Art. 21.6 CETA).

Regulatorische Zusammenarbeit in Dialogforen ist in der globalen Wirtschaftsordnung nicht neu. Auch zwischen der EU und Kanada wurde 2004 eine entsprechend Rahmenvereinbarung geschlossen,

[<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/eu-framework.aspx?lang=eng>]

die nun durch das CETA ersetzt wird (Art. 21.2 Nr. 5 CETA). Die allgemeine regulatorische Kooperation im Freihandelsabkommen knüpft an diese frühere Form des Austauschs an und institutionalisiert sie in einem übergeordneten Liberalisierungskontext.

Es findet eine Institutionalisierung gemeinsamer Strukturen statt, in denen eine langfristige regulatorische Kohärenz zwischen den Vertragspartnern des Freihandelsabkommens entwickelt werden soll.

Neu ist diese Art der Einbindung von Akteuren in den Gesetzgebungsprozess, die von der deutschen Verfassung nicht genannt werden, weder auf der internationalen noch auf der nationalen Ebene der Rechtssetzung. Neu ist allenfalls der Grad der Institutionalisierung und der Formalisierung der Zusammenarbeit. Allerdings soll die Regulierungskooperation lediglich eine gute regulatorische Praxis sicherstellen. Verpflichtungen, bestimmte Gesetze mit bestimmten Inhalten zu erlassen, enthält das Kapitel nicht. Die regulatorischen Institutionen des Kapitel 21 CETA setzen ferner nicht selbst Recht, sondern koordinieren allein den Austausch über laufende oder geplante Regulierungsvorhaben der Vertragsparteien. Die verbindliche Normsetzung selbst bleibt in den Händen der nationalen Legislativorgane.

Die Bundesregierung hält deshalb eine direkte Beteiligung von Abgeordneten aus dem Europäischen oder dem deutschen Parlament nicht für angezeigt und ist der Auffassung, dass die Mitgliedstaaten über den Ministerrat der EU und das Europäische Parlament ausreichend eingebunden seien, wenn das Forum z.B. sein jährliches Arbeitsprogramm abstimmt.

[BT-Drs. 18/4432, S. 5 f.]

III. Modalitäten der Zusammenarbeit: die Freiwilligkeit der Kooperation

Im Jahre 2004 hat der EuGH in einem ähnlich gelagerten Fall zu einem Abkommen der Kommission über „Leitlinien für eine Zusammenarbeit in Regelungsfragen und die Transparenz“ im Rahmen der transatlantischen Wirtschaftszusammenarbeit zwischen der EU und den USA entschieden, dass diese Art der regulatorischen Zusammenarbeit das Rechtsetzungsverfahren der Union nicht beeinträchtigt. Die „Leitlinien“ sahen eine freiwillige Zusammenarbeit der Handelspartner in Regelungsfragen vor. Frankreich hatte gerügt, die Regulierungszusammenarbeit mit den USA verletze das Monopol der Kommission zur Gesetzesinitiative. Der EuGH hielt die Klage für unbegründet. Da, so der EuGH, die Befugnis zur gesetzgeberischen Initiative der Kommission die Möglichkeit umfasse, vorherige Konsultationen einzuleiten und Informationen über die Auswirkungen geplanter Rechtsetzungsvorhaben einzuholen, verletze ein Akt, der diese Möglichkeit auf freiwilliger Basis eröffne, das Gesetzesinitiativrecht der Kommission nicht.

[EuGH, C-233/02 v. 23.03.2004, Rn. 51 f.]

Art. 21.2 Nr. 6 CETA sieht die Freiwilligkeit der Regulierungskooperation zwischen den Vertragsparteien ausdrücklich vor. Diese Freiwilligkeit ist umfassend. Die Klarstellung über den Umfang der Freiwilligkeit in Satz 2 des offiziellen englischen Textes bezieht sich auf „any particular regulatory cooperation activity“. Die „regulatory cooperation activities“ wiederum werden umfassend in Art. 21.4 CETA aufgelistet, der über den Wortlaut des Art. 21.2 Nr. 6 CETA in Bezug genommen wird. Keine Vertragspartei muss in die einzelnen Maßnahmen der Kooperation, die Art. 21.4 CETA aufzählt, einsteigen, und jede Vertragspartei kann jederzeit aus diesen Maßnahmen aussteigen. Zu den Maßnahmen, die in Art. 21.4 CETA genannt werden, und an denen sich die Vertragsparteien nicht beteiligen

müssen, gehört das gesamte Frühwarnsystem des gegenseitigen Informationsaustauschs bzgl. bestehender und geplanter Regulierungsvorhaben.

[A.A. *Stoll u.a.*, Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) – Regulatorische Zusammenarbeit und Investitionsschutz und ihre Bedeutung für den Umweltschutz, Gutachten, 2015, S. 13; *dies.*, Die geplante Regulierungszusammenarbeit zwischen der EU und Kanada sowie den USA nach den Entwürfen von CETA und TTIP, Gutachten, 2015, S. 6 f.]

Für die Fälle, in denen eine Vertragspartei, die die Zusammenarbeit verweigert oder aus ihr aussteigt, hat sie aber eine Rechtfertigungspflicht.

Es fragt sich deshalb, ob die Regulierungszusammenarbeit im Rechtssinne tatsächlich freiwillig ist. Dass durch die Rechtfertigungs- und Begründungspflicht der Kooperationsverweigerung ggf. ein politischer Druck zum Mitmachen aufgebaut wird, ist ebenfalls zu berücksichtigen.

Die Vertragsparteien sollen sich einerseits darum zu *bemühen*, dass ihre regulatorische Kooperation die Ziele des Vertragskapitels erfüllt. Andererseits sind sie nach den eingangs des Kapitels stehenden Principles aus Art. 21.2 Nr. 4 CETA dazu *verpflichtet* („the Parties are committed“), ihre regulatorische Kooperation weiterzuentwickeln. Hier wird die Freiwilligkeit der Teilnahme zumindest widersprüchlich. Eine dauerhafte und umfassende Weigerung eines Vertragspartners, mit den anderen zusammen zu arbeiten, könnte zudem mit dem Vertragspflichten der Parteien aus dem allgemeinen Völkerrecht kollidieren. Völkerrechtliche Verträge sind nach Art. 26 u. 31 der Wiener Vertragsrechtskonvention nach Treu und Glauben zu erfüllen. Für die Bejahung von treuwidrigem Verhalten gelten im Völkerrecht zwar hohe Anforderungen, doch sind diese einzelfallbezogen und wertungsabhängig. Die Weigerung einer Vertragspartei, mit den anderen zusammenzuarbeiten, erfordert demnach zumindest eine gute Begründung.

Da das Kapitel der regulatorischen Kooperation nicht ausdrücklich vom Dispute Settlement ausgenommen ist, ist nach Art. 29.2 CETA das Dispute Settlement auf die regulatorische Kooperation anwendbar. Zumindes die Begründungspflichten der Parteien unterliegen damit einem Verfahren vor den arbitration panels. Die Vertragsparteien können zu vertragskonformen Verhalten, also wohl vor allem zu einer vertragskonformen Begründung ihrer Weigerung, verurteilt werden. Welche weiteren Rechtsfolgen eine mangelhafte Begründung bei der Verweigerung der Zusammenarbeit hat, wird im Freihandelsabkommen nicht geregelt.

Die Freiwilligkeit der regulatorischen Zusammenarbeit kann wegen der geschilderten Rechtsfolgen in Frage gestellt werden. Darüber hinaus können speziellere Vertragskapitel einbezogen, in denen der Informationsaustausch spezifischer geregelt ist, wie z.B. bei SPS- und TBT-Maßnahmen, vgl. Art. 4.3, 4.4 Nr. 1, 4.6 Nr. 2 u. 4 CETA oder Art. 5.14 Nr. 2 (f) CETA, und wo ein spezieller Freiwilligkeitsgrundsatz fehlt. Vor allem aber lässt sich fragen, inwieweit der Informationsaustausch zwischen den Vertragsparteien in Bezug auf die Funktionsfähigkeit des Forums freiwillig ist oder sein kann. Nach Art. 21.6 Nr. 2 (c) CETA hat das Forum die Aufgabe, laufende und zu erwartende Regulierungsvorhaben, aus denen sich die Möglichkeit einer Zusammenarbeit der Vertragsparteien ergeben kann, zu überprüfen. Hierfür muss das Forum notwendigerweise mit Informationen der Vertragsparteien über ihre laufenden Vorhaben informiert werden. Das stellt deshalb extra noch einmal Art. 21.7 Nr. 1 CETA klar. Ob sich der Freiwilligkeitsvorbehalt auf diese Norm bezieht, ist nicht klar. Aus Art. 21.7 Nr. 3 CETA, der als spezielle Regelung innerhalb dieser

Vertragsnorm deutlich macht, dass der Austausch von Informationen auf dem Gebiet der Nichtlebensmittelsicherheit freiwillig stattfindet, lässt sich auf eine Pflicht zum Austausch anderweitiger Informationen aus diesem Artikel schließen. Aber auch wenn Zweifel an der Freiwilligkeit der Zusammenarbeit auftauchen, stellt die Pflicht zum Informationsaustausch allein keinen Verstoß gegen das grundgesetzliche Demokratiegebot dar.

Aus dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes ergibt sich keine Pflicht der an der Gesetzgebung beteiligten Organe, einen Informationsaustausch mit anderen Akteuren im Gesetzgebungsverfahren zu unterlassen. Im Gegenteil gehört dieser Informationsaustausch grundsätzlich zur guten gesetzgeberischen Praxis, wie die Regelungen der GGO dartun (s.u.). Die Bundesregierung, die nach Art. 76 Abs. 1 GG ein Initiativrecht zur Gesetzgebung hat, gestaltet mit dessen konkreter Normierung ihr Initiativrecht näher aus. Art. 76 Abs. 1 GG, der allein die formale Einbringung von Gesetzesinitiativen regelt, für die Vorphase ihrer Erstellung aber keinerlei Vorgaben macht, enthält keinerlei verfassungsrechtliche Einwände gegen die Pflicht zur Beteiligung Dritter an der Gesetzesinitiative der Bundesregierung. Zum Teil wird in der Literatur sogar vor allem aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip der Verfassung eine ungeschriebene Pflicht abgeleitet, im inneren Gesetzgebungsverfahren alle für ein gutes oder zumindest gültiges Gesetz relevanten Informationen zusammenzutragen,

[vgl. nur *Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 29 ff.; *Schwerdtfeger*, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: FS Ipsen, 1977, S. 173 ff.]

zu denen sicherlich auch die rechtlichen Bedenken von Vertragspartnern im Völkerrecht gehören.

Nach dem Bundesverfassungsgericht liegt es im Ermessen der Bundesregierung, welche Akteure im inneren Gesetzgebungsverfahren beteiligt werden. Ihr Ermessen kann die Bundesregierung aber selbstverpflichtend binden. Allein der Gleichheitssatz setzt hier verfassungsrechtliche Grenzen.

[BVerfGE 36, 321, LS 1 u. 2.]

Die Unschädlichkeit der Pflicht zur Beteiligung Dritter an der Gesetzgebung gilt zumindest solange, wie die inhaltliche Entscheidungsfreiheit der Initiativberechtigten und des Gesetzgebers gewahrt bleibt.

[*Hömig*, in: ders., GG, 10. Aufl. 2013, Art. 76 Rn. 1; *Masing*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, Art. 76 Rn. 28; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Band 2, 3. Aufl. 2015, Art. 76 Rn. 46.]

CETA enthält keine Verpflichtung der Vertragsparteien, ihre Regulierungen inhaltlich den Ergebnissen der Einwände etc. der Vertragspartner anzupassen. Im Gegenteil lässt sich aus Art. 21.5 CETA der Grundsatz entnehmen, dass die Vertragsparteien frei sind, ihre eigenen legislatorischen Ansätze zu verfolgen.

D. Vorgaben des Grundgesetzes für das Gesetzgebungsverfahren

I. Regelungsabstinentz des Grundgesetzes im „inneren“ Gesetzgebungsverfahren

Das Grundgesetz enthält nur wenige Regelungen über das Gesetzgebungsverfahren und die zu beteiligenden Organe. Das innere Gesetzgebungsverfahren wird vom Grundgesetz als Verfahren zur Kompromissfindung verstanden. Es ist ein politischer Prozess, der sich einer Normierung weitestgehend entzieht. Allein die formalisierte Endphase dieses Prozesses, das

so genannte äußere Gesetzgebungsverfahren, ist verfassungsrechtlich durch Art. 76 GG strukturiert. Das Bundesverfassungsgericht ist bislang sehr zurückhaltend bei der Ableitung von ungeschriebenen Regeln für das innere Gesetzgebungsverfahren aus der Verfassung.

Trotzdem stellt sich die Frage, ob eine frühe Einbindung von gesellschaftlichen, ausländischen oder internationalen Akteuren in den Gesetzgebungsprozess, denen einen maßgeblicher tatsächlicher Einfluss auf das Gesetzesvorhaben eingeräumt wird, welcher wiederum Gesetzesentwürfe letztlich präjudizieren kann, verfassungswidrig ist, weil diese Akteure weder verfassungsrechtlich gebunden oder gemeinwohlverpflichtet, noch demokratisch legitimiert oder verantwortlich sind.

[*Olberding*, Rechtliche Möglichkeiten der Steuerung von Interessenpolitik, 2013, S. 15 ff., 25 f.]

Jede Verlagerung der Rechtsetzung auf die nationale oder supranationale Exekutive, auf international besetzte Vertragsgremien oder auf gesellschaftliche Gruppen ist ein Verlust an demokratischer Legitimation. Im Ideal der parlamentarischen Demokratie steht das Parlament im Zentrum der politischen Willensbildung. Die Praxis beschreitet seit langem andere Wege und verlagert den Entscheidungsprozess nach dem Grundsatz der Effizienz auf die dafür am besten organisierten Organe. Der Gesetzgebungsprozess ist seit langem durch internationale Arrangements und transnationale Bindungen präfiguriert. Komplexe Entscheidungs- und Koordinierungsphasen finden in mal formelleren, mal informelleren Netzwerken der Politikvorformulierung statt und verlagern sich damit in den vorparlamentarischen Raum. Hier wird Komplexität reduziert.

In der Praxis stammt die überwiegende Mehrheit der Gesetzesentwürfe aus der Ministerialbürokratie. Erreichen diese Entwürfe das Parlament, sind sie in der Regel inhaltlich ausgearbeitet. Die öffentliche Diskussion über gesetzgeberische Vorhaben beginnt oftmals erst in diesem Stadium. Ihm ist ein langwieriger, oft informaler Prozess vorausgegangen, in dem bereits Alternativen durchgespielt und verworfen wurden. Dieser Prozess wird durch interne Verfahrensvorschriften aus der GGO (§§ 43, 44, 45 ff. GGO), auf einem rechtlich schwach bindenden Niveau gesteuert. Auf welche Erkenntnisquellen die Ministerialbürokratie zurückgreift, ist weniger eine (verfassungs-)rechtliche als eine praktische Frage. Da ein Gesetz steuern soll und möglichst wenige (Folge-)Kosten in einem umfassenden Sinn produzieren soll, sind die an der Gesetzgebung beteiligten Staatsorgane aber grundsätzlich gehalten, Konflikte und Effekte der geplanten Regelung in einem möglichst frühen Stadium zu antizipieren. Eine Frage in der Gesetzesfolgenabschätzung ist immer auch die Alternative, trotz des politischen Wunsches keine Regelung zu erlassen.

[*Köck*, Gesetzesfolgenabschätzung und Gesetzgebungsrechtslehre, in: *VerwArch* 93 (2002), S. 1 (6 f.).]

Der Gesetzgeber schuldet letztlich zumindest ein verfassungs- bzw. völkervertragsgemäßes Gesetz. Hierbei helfen externer Sachverstand und Betroffenenperspektiven. Deshalb besteht zumindest eine Obliegenheit des Gesetzgebers, in sein inneres Verfahren alle Entscheidungskriterien, zu denen auch die Verfassungs- bzw. Vertragsmäßigkeit eines Gesetzes zählen, einzubeziehen. Dies gilt umso mehr, wenn die Freiheit des Gesetzgebers durch völkerrechtliche Verträge determiniert ist.

[*Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 31 ff.; BVerfGE 50, 50 (51).]

Hierbei ist eine regulatorische Kooperation der Vertragsparteien in CETA zumindest hilfreich und auch nicht verboten, da das Grundgesetz keinen „Staatsbürgervorbehalt“ in der

Beteiligung am inneren Gesetzgebungsverfahren kennt, und auch das „offshoring“ nicht verbietet.

[*Kai von Lewinski*, Gesetzesverfasser und Gesetzgeber, 2015, S. 40, 50 ff.; *Florian Becker*, Staatlich-private Rechtsetzung in globalisierten Finanzmärkten, in: ZG 24 (2009), S. 122 (129 ff.).]

Ob und in welchem Umfang fertige Gesetzesentwürfe, die ins Parlament gelangen, dort dann tatsächlich noch geändert werden, lässt sich generalisierend nicht sagen. In aller Regel werden die Grundstrukturen beibehalten. Damit stehen wesentliche Vorentscheidungen fest, bevor das Parlament ins Gesetzgebungsverfahren einsteigt.

[*Ossenbühl*, Verfahren der Gesetzgebung, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, § 102 Rn. 13 ff.; *Fliedner*, Gute Gesetzgebung. Welche Möglichkeiten gibt es, bessere Gesetze zu machen?, 2001, S. 33 f.; *Schneider*, Informelle Austauschbeziehungen in der Politikformulierung, in: Benz/Seibel (Hg.), Zwischen Kooperation und Korruption, 1992, S. 111 (111 ff.); *Schulze-Fielitz*, Der politische Kompromiß als Chance und Gefahr für die Rationalität der Gesetzgebung, in: Grimm/Maihofer (Hg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, 1988, S. 290 (292 f.).]

Es findet jedoch keine rechtlich relevante Ausschaltung oder Präjudizierung des Parlaments statt. Verfassungsrechtlich vorgeschriebene Verfahrenswege werden durch transnationale Kooperationen nicht missachtet. Die verfassungsrechtliche Regelung des Gesetzgebungsprozesses erfasst aus gutem Grund nur das Endstadium dieses Prozesses. Sogar eine Einengung des Parlaments auf eine Regulierungsoption nimmt dem Parlament nicht die rechtliche (oder faktische) Macht, den entsprechenden Gesetzesentwurf insgesamt abzulehnen oder zu verändern. Das Parlament behält das letzte Wort. Entscheidet es sich mit Mehrheit, den Gesetzesentwurf anzunehmen, zeichnet es nach Art. 77 Abs. 1 GG verantwortlich für das Gesetz und der demokratische Verantwortungs- und Legitimationszusammenhang ist hergestellt.

[*Puhl*, Entparlamentarisierung und Auslagerung staatlicher Entscheidungsverantwortung, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 48 Rn. 47.]

II. Ungeschriebene Beteiligungsregeln aus dem Repräsentationsprinzip

Normvorbereitende Kooperationen, an denen Akteure maßgeblich beteiligt sind, die das Grundgesetz nicht zu den gesetzgebenden Instanzen zählt, und deren Entscheidungen letztlich vom Parlament nur noch abgezeichnet werden, stellen gleichwohl eine Gefahr für das Repräsentationsprinzip des Grundgesetzes dar, weil nicht vom Volk legitimierte Akteure Einfluss auf die Gesetzgebung nehmen. Setzt man Volkswillen und Parlamentswillen gleich, dann müssen auch im inneren Gesetzgebungsverfahren die Vorgaben des Repräsentationsprinzips des Grundgesetzes erfüllt sein.

[*Mengel*, Grundvoraussetzungen demokratischer Gesetzgebung, in: ZRP 1984, S. 153 (156); *Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, S. 160 ff.]

Wenn man die Herstellung eines Gesetzes durch die verfassungsrechtlich legitimierten Gesetzgebungsorgane, die eigenhändig über dessen substanziellen Inhalt entscheiden, als verfassungsrechtlichen Ausfluss des Repräsentationsprinzips versteht, dann wird das Parlament nicht bloß zur formalen Absegnung von Gesetzen, sondern zur materiell diskursiven Gesetzgebung verpflichtet.

[*Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 70 f.]

Was aber sollen die materiellen verfassungsrechtlichen Maßstäbe für eine „echte“ diskursive Gesetzgebung und ein repräsentatives Gesetzgebungsverfahren sein? Wann ist eine parlamentarische Entscheidung über einen präformierenden Gesetzesentwurf „bloß formal“, wann entspricht sie einer „materiellen“ parlamentarischen Entscheidung, wann ist die Grenze zwischen einer „normalen“ Vorprägung und einer inakzeptablen Bindung des Parlaments überschritten? Hier hält sich die Literatur sehr bedeckt und auch das Bundesverfassungsgericht spricht in veralteten Allgemeinformeln.

Essentieller Inhalt des parlamentarisch-repräsentativen Prinzips soll es demnach sein, dass die Abgeordneten im Parlament in öffentlicher Rede Argumente und Gegenargumente austauschen, um widerstreitende Interessen auszugleichen und so ihre Entscheidung zu finden.

[BVerfG, U. v. 21.6.2016, 2 BvR 2728/13, Rn. 173]

Warum aber soll sich der Bundestag nicht entscheiden dürfen, „fremdes“ Recht als eigenes zu übernehmen? Art. 42 Abs. 1 GG adressiert im Zusammenhang von Repräsentationsprinzip und innerem Gesetzgebungsverfahren allein den Öffentlichkeitsgrundsatz und die Mehrheitsregel. Da der Bürger die Ausübung öffentlicher Gewalt vor allem beobachten und kontrollieren können muss, muss das Parlament in einer öffentlichen Debatte das Für und Wider der anstehenden Gesetzgebung diskutieren und mit Mehrheit entscheiden. Da das Grundgesetz aber davon ausgeht, dass die Hauptarbeit der parlamentarischen Gesetzgebung in den nicht-öffentlich tagenden Fraktionen und Ausschüssen passiert, muss das Plenum grundsätzlich nur die wesentlichen Daten und Abwägungsgüter kennen.

[Schwerdtfeger, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: FS Ipsen, 1977, S. 173 (183); Meßerschmidt, Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik II, in: ZJS 2008, S. 224 (226); Kirchhof, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 267, 281]

Deshalb kann zwischen der Herstellung und der Darstellung bzw. der Vermittlung der politischen Entscheidungen unterschieden werden. Demokratische Legitimation vermittelt das Parlament als „Schaufenster“ hin zur Öffentlichkeit. Das parlamentarische Verfahren muss der Öffentlichkeit Gelegenheit bieten, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten.

[BVerfGE 131, 152, Rn. 106 ff.]

Damit werden auch für die „diskursive Gesetzgebung“ im Parlament weniger inhaltliche als formale Vorgaben gemacht. Denn dass durch den Austausch von Argument und Gegenargument letztlich erst im Plenum eine Entscheidung hergestellt werde, ist ein Idealtypus, dem die parlamentarischen Praxis des Grundgesetzes noch nie entsprochen hat.

[Merten, Gute Gesetzgebung als Verfassungspflicht oder Verfahrenslast?, in: DÖV 2015, S. 349 (350).]

Die moderne Deutung des parlamentarischen Systems verlegt die Bedeutung des Parlaments deshalb in die Bestellung und Steuerung der Regierung. Hier hat die parlamentarische Mehrheit inhaltliche Gestaltungsmöglichkeiten im Gesetzgebungsprozess, denn die Regierung muss sich ihrer parlamentarischen Mehrheit während des Entwurfsprozesses versichern. Die Opposition hat die Aufgabe, Inhalte und Kritik im Parlament auf die öffentliche Agenda und der öffentlichen Meinungsbildung zur Kenntnis zu bringen.

[Zeh, Impulse und Initiativen zur Gesetzgebung, in: Schreckenberger/Merten (Hg.), Grundfragen der Gesetzgebungslehre, 2000, S. 33 (43 f.).]

III. Verfassungsorgantreue und Verfahrensgestaltung

Gleichwohl läuft die herausgehobene Stellung des Parlaments im Gesetzgebungsverfahren, die das Bundesverfassungsgericht für das Parlament reklamiert, ins Leere, wenn man allein auf den formalen Gesetzesbeschluss als *conditio sine qua non* für die demokratische Legitimation abstelle.

[*Rossi*, Betroffenenbeteiligung im Gesetzgebungsverfahren, in: JöR 62 (2014), S. 159 (167 f.)]

In der Literatur wird deshalb z.T. vertreten, dass eine „blinde“ Übernahme von Letztverantwortung dem Repräsentationsprinzip nicht genüge. Im inneren Gesetzgebungsverfahren müsse zugunsten des Parlaments ein so genannter Vorfeldschutz oder eine Verfahrensverantwortung des Grundgesetzes aktiviert werden. Verfahrensrechtliche Sicherungen sollen die schlichte Übernahme von Gesetzestexten Dritter durch das Parlament verhindern. Der Mangel an tatsächlicher inhaltlicher Entscheidungsberatung muss nach dieser Ansicht durch einen entsprechenden formellen Regelungsrahmen adäquat ausgeglichen werden. Da eine faktische Präjudizierung des Gesetzesinhalts einer rechtlichen Bindung nahe kommen kann, ergibt sich aus einer Kombination der ungeschriebenen Verfassungsprinzipien der Verfassungsorgantreue und des Demokratieprinzips die grundgesetzliche Pflicht, dass das Parlament in allen Stadien des Gesetzgebungsprozesses zumindest durch Konsultation und Information durch die Bundesregierung eingebunden ist.

[*Voßkuhle*, Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 43 Rn. 66; *von Lewinski*, Gesetzesverfasser und Gesetzgeber, 2015, S. 61; *Meßerschmidt*, Private Gesetzgebungshelfer – Gesetzgebungsoutsourcing als privatisiertes Regulierungsmanagement in der Kanzleiendemokratie, in: Der Staat 51 (2012), S. 387 (405 ff.); *Schorkopf*, Die vereinbarte Novellierung des Atomgesetzes, in: NVwZ 2000, S. 1111 (1113); *Morlok*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung, in: VVDStRL 62 (2003), S. 37 (76), der dieses Ergebnis allerdings als lediglich verfassungspolitisch wünschenswert ausweist.]

Die Verfassungsorgantreue adressiert einen ungeschriebenen Verfassungssatz, nachdem die obersten Staatsorgane bei der Ausübung ihrer Kompetenzen aufeinander Rücksicht zu nehmen haben. Ein Verfassungsorgan soll sich so verhalten, dass das andere Organ seine Kompetenzen möglichst optimal wahrnehmen kann.

[BVerfGE 90, 286 (337); 35, 193 (199); *Voßkuhle*, Der Grundsatz der Verfassungsorgantreue und die Kritik am BVerfG, in: NJW 1997, S. 2216 ff.; sehr kritisch *Mehde*, Kooperatives Regierungshandeln, in: AöR 127 (2002), S. 655 (667).]

Die Verfassungsorgantreue fordert nicht einen generellen Verzicht der Regierung auf eine inhaltliche Vorprägung parlamentarischer Entscheidungen, kann aber als Verstärkung des Repräsentationsprinzips prozedurale Absicherungen des Parlaments rechtfertigen.

Damit gilt in einem durch völkerrechtliche Verträge mitgestalteten innerstaatlichen Rechtsetzungsprozess derselbe Grundsatz der Organtreue, der auch den Informations- und Mitwirkungspflichten Pate gestanden hat, die in Art. 23 Abs. 2 u. 3 GG für den supranationalen Integrationsprozess statuiert sind.

[BVerfGE 89, 155 (191); 97, 350 (374 f.)]

Da die regulatorische Kooperation im CETA letztlich das Ziel hat, dass die Vertragsparteien, Akteure der Zivilgesellschaft und Stakeholder aus der globalisierten Wirtschaft, inhaltlichen Einfluss auf Regulierungsvorhaben des Gesetzgebers nehmen, muss dieser „Vorfeldschutz“ oder die „Verfahrensverantwortung“ auch im Rahmen der regulatorischen Kooperation nach CETA gelten. Die Bundesregierung ist verpflichtet, das Parlament laufend zu informieren. Hier gilt das Prinzip des Vorrangs der auswärtigen Gewalt der Bundesregierung vor dem Parlament nicht, da über völkervertragliche Mechanismen gezielt Einfluss auf innerstaatliche Gesetzgebungsprozesse genommen wird.

Der parlamentarische Unterrichtsanspruch ist in Art. 79 Abs. 3 GG verankert.

[BVerfGE 132, 195, Rn. 111]

Die alle Stadien der regulatorischen Kooperation begleitende Einbindung des Parlaments muss über den Zustimmungsvertrag nach Art. 59 Abs. 2 GG und eine entsprechende Begleitgesetzgebung sichergestellt werden.

IV. Übertragung der grundgesetzlichen Vorgaben für den supranationalen Politikprozess auf nationale Gesetzgebungsprojekte

Der Umfang der Informationspflicht der Bundesregierung hat sich an den Vorgaben des Art. 23 Abs. 2 u. 3 GG und dem EuZBBG zu orientieren.

Im unionalen Zusammenhang wird der Deutsche Bundestag in die politischen Prozesse der europäischen Union über Art. 23 Abs. 2 u. 3 GG eingebunden. Die Pflicht der Bundesregierung, das Parlament frühzeitig zu unterrichten, ist in Art. 23 Abs. 2 u. 3 GG verfassungsrechtlich positiviert und in einer Begleitgesetzgebung konkretisiert. Der Umfang der Informationspflicht der Bundesregierung ist denkbar weit, um zu verhindern, dass die Volksvertretung auf den bloßen Nachvollzug politischer Vorgaben Anderer reduziert wird.

Hier lässt sich § 3 Abs. 3 EuZBBG anführen, der eine umfassende Unterrichtspflicht der Bundesregierung statuiert, die sich auf die Vorbereitung und den Verlauf der Beratungen der informellen Ministertreffen, des Eurogipfels, der Eurogruppe sowie vergleichbarer Institutionen, die auf Grund völkerrechtlicher Verträge und sonstiger Vereinbarungen, die in einem Ergänzungs- oder sonstigen besonderen Näheverhältnis zum Recht der Europäischen Union stehen, erstreckt. Mit dieser Norm wurden die Pflichten aus der ESM-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umgesetzt. Die Informationspflicht gilt auch für alle vorbereitenden Gremien und Arbeitsgruppen.

[BVerfGE 131, 152 (Rn. 100 ff.); 135, 317 (Rn. 231 f.)]

Art. 23 Abs. 2 GG gilt für Angelegenheiten der Europäischen Union. Er soll sicherstellen, dass das nationale Parlament im supranationalen Kontext nicht in eine bloß nachvollziehende Rolle gerät.

[BVerfGE 129, 124 (178 f.); 130, 318 (344 f.); 131, 152 (Rn. 88 ff., 99 ff.)]

In der Rechtsprechung des BVerfG ist der Begriff der Angelegenheiten der Europäischen Union denkbar weit gefasst, passt aber auf den Fall, dass Vertragspartner und Vertragsgremien aus einem völkerrechtlichen Vertrag, der in einem Näheverhältnis zu Angelegenheiten der Europäischen Union stehen, im nationalstaatlichen

Gesetzgebungsprozess mitwirken, nicht genau. Das Bundesverfassungsgericht hat bislang nur geklärt, dass intergouvernementale Verträge erfasst sind, die nicht auf eine Rechtssetzung der EU, aber auf Rechtsetzung im Zusammenhang mit der EU zielen, unter Art. 23 Abs. 2 u. 3 GG fallen. Gleichzeitig hat das Gericht aber geurteilt, dass eine enge Auslegung des Art. 23 Abs. 2 GG dem Zweck, Informationsasymmetrien zwischen Regierung und Bundestag abzubauen, zuwiderläuft.

[BVerfGE 131, 152, Rn. 87, 106 ff.)]

Die Gefährdungslage, die die regulatorische Kooperation auslöst, ist ähnlich gelagert wie die nach Art. 23 GG. CETA steht in dem qualifizierten Näheverhältnis zu Angelegenheiten der EU.

Es sollte daher klar- und sichergestellt werden (im Zustimmungsgesetz und in einer Ergänzung der Begleitgesetzgebung), dass die Informationsverpflichtungen des Art. 23 Abs. 2 u. 3 GG auf die regulatorische Zusammenarbeit aus CETA anzuwenden sind.

Abschnitt 2

Zu den Kompetenzen der beschließenden Vertragsausschüsse

A. Einleitung

Völkerrechtliche Abkommen enthalten in der Regel Bestimmungen, in denen die Einrichtung von Vertragsgremien geregelt wird, die mit Anwendungs- und Durchführungsbefugnissen ausgestattet werden. So wird auch im CETA eine Vertragsausschussstruktur mit einem eigenen administrativen Unterbau geschaffen. Der Gemischte CETA-Ausschuss (GCA) ist das Hauptvertragsorgan. Es entwickelt das Freihandelsabkommen fort. Der GCA koordiniert die Verwaltung und die Umsetzung von CETA. Es hat die Organisationshoheit im administrativen Bereich und kann den Vertrag völkerrechtlich verbindlich für die Vertragsparteien materiell abändern und ergänzen. Der GCA wird besetzt mit Vertretern aus Kanada und der EU. Vertreter der Mitgliedstaaten der Europäischen Union sitzen nicht im GCA.

Die Sonderausschüsse, die nach Art. 26.2 CETA zur Verwaltung der verschiedenen Kapitel eingerichtet werden, stehen unter seiner Aufsicht und arbeiten ihm zu. Nach Art. 26.2 CETA werden insgesamt neun Sonderausschüsse eingerichtet: (1) der Ausschuss für Warenhandel, (2) der Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen, (3) der Gemischte Ausschuss für Zusammenarbeit im Zollbereich, (4) der Gemischte Verwaltungsausschuss für SPS-Maßnahmen, (5) der Ausschuss für das öffentliche Beschaffungswesen, (6) der Ausschuss für Finanzdienstleistungen, (7) der Ausschuss für Handel und nachhaltige Entwicklung, (8) der CETA-Ausschuss für geografische Angaben und (9) das Forum für die regulatorische Zusammenarbeit. Neben den ausschließlich zuarbeitenden Sonderausschüssen kennt CETA auch Vertragsgremien, die neben dem GCA eine eigenständige Entscheidungsbefugnis besitzen. Den Sonderausschüssen kommt grundsätzlich insgesamt eine nicht unerhebliche vorentscheidende Rolle für die Beschlüsse des GCA zu. Zur Besetzung der Ausschüsse enthält Art. 26.2 CETA kaum genauere Angaben, lediglich, dass der Vorsitz in den Ausschüssen von einem Vertreter Kanadas und der EU gemeinsam geführt wird. Die Besetzungsregeln finden sich ansonsten in den speziellen Vertragskapiteln, in denen die Ausschüsse eingesetzt werden.

Für die weitere Prüfung interessieren nur die beschließenden Ausschüsse des Freihandelsabkommens.

B. Zusammenfassung

I. Das demokratische Legitimationsniveau in den beschließenden Ausschüssen des CETA ist zweifelhaft. Dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes entspricht es nicht, dass im Gemeinsamen CETA-Ausschuss kein Vertreter der Bundesrepublik Deutschland sitzt. Die dort fehlende personelle demokratische Legitimation wird durch das Beschlussverfahren im Rat, der die Standpunkte der Kommission für den Gemeinsamen CETA-Ausschuss festlegt, nicht ausgeglichen. Der Rat beschließt mit qualifizierter Mehrheit. Standpunkte können gegen den Willen des deutschen Vertreters im Rat beschlossen werden. Das Demokratiedefizit wird potenziert, wenn der Gemischte CETA-Ausschuss in Sachbereichen Entscheidungen trifft, die – wie die Tätigkeit des Ausschusses im Investitionsschutzkapitel – dem Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten zuzuordnen sind. Damit ist der in Art. 38 Abs. 1 GG geforderte Verantwortungszusammenhang zwischen den Wählern und den Hoheitsgewalt ausübenden Organen des Freihandelsabkommens zerrissen.

II. Die Bundesregierung wird allerdings in der Regel im Wesentlichen an verbindlichen Entscheidungen der CETA-Ausschüsse beteiligt. Verbindliche Gremienentscheidungen werden regelmäßig im Einvernehmen mit den Vertragsparteien getroffen – oder können zumindest im Einvernehmen mit den Vertragsparteien geschlossen werden. Damit ist die Bundesrepublik Deutschland an der Ausübung der Hoheitsgewalt durch die Vertragsorgane wieder beteiligt. Entscheidungen können nicht gegen ihren Willen getroffen werden. Der Verantwortungszusammenhang zum deutschen Volk ist hergestellt.

III. CETA verweist bei Beschlussverfahren der Vertragsorgane regelmäßig auf die „internen Anforderungen und Verfahren“ oder die „internen Vorschriften“ der Vertragsparteien, in oder nach denen nationale Verfassungsorgane vor einer Beschlussfassung im jeweiligen Vertragsorgan beteiligt werden müssen. In der Bundesrepublik Deutschland werden diese internen Verfahren grundsätzlich in einer Begleitgesetzgebung geregelt. Da es eine solche Begleitgesetzgebung derzeit nicht gibt, ist unklar, welche internen Verfahren vor einem Beschluss der Vertragsorgane durchlaufen werden müssen. Insbesondere ist unklar, ob und wie der Bundestag beteiligt werden muss. Hier muss nachgearbeitet werden.

IV. Der Deutsche Bundestag muss an den „internen Verfahren“, auf die CETA verweist beteiligt werden. CETA wird als Freihandelsabkommen im unionalen Kontext geschlossen und zählt als völkerrechtlicher Vertrag zu den Angelegenheiten der EU. Für Angelegenheiten der EU lässt sich aus dem Grundgesetz der Grundsatz entnehmen, dass die Entmachtung des Parlaments durch Verlagerung wesentlicher Entscheidungsbefugnisse auf die supranationale Ebene durch Erweiterung und verfassungsrechtlicher Garantie von internen Mitwirkungsbefugnissen gegengesteuert werden muss. Der Entparlamentarisierung ist durch Begleitgesetzgebung entgegenzuwirken. Die Beteiligungsformen, die erforderlich sind, um dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes zu genügen, können differenziert ausgestaltet werden – je nachdem welcher Vertragsausschuss auf welchen Vertragsgebieten beschließt. Die Beteiligungsformen lehnen sich an Art. 23 Abs. 2 u. 3 GG an, gehen aber zum Teil auch darüber hinaus.

1. Die Begleitgesetzgebung muss sicherstellen, dass dem Bundestag ein Recht zur Stellungnahme gegeben wird, das die Bundesregierung bei ihren Entscheidungen zu berücksichtigen hat, dort, wo beschließende Vertragsorgane wie z.B. der SPS-Ausschuss über eine Änderung von Anlagen des SPS-Kapitels entscheidet. Die Änderung von Annexen ist ein Rechtssetzungsakt eines Vertragsorgans, der, angelehnt an Art. 23 Abs. 3 GG, von einer parlamentarischen Stellungnahme zu begleiten ist.

2. Die Begleitgesetzgebung muss sicherstellen, dass dem Bundestag das Recht zu einem die Bundesregierung in ihrem Abstimmungsverhalten in einem Vertragsgremium bindenden Beschluss gegeben wird, wenn die authentische Vertragsauslegung des Investitionsschutzkapitels in Rede steht. Der Gemischte CETA-Ausschuss hat die Befugnis, in Zusammenarbeit mit dem Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen das Investitionsschutzkapitel authentisch auszulegen. Beide Ausschüsse werden vor allem dann tätig, wenn die Interpretation der unbestimmten Rechtsbegriffe des Investitionsschutzkapitels durch die Schiedsgerichte Anlass zu der Befürchtung geben, die gerichtliche Auslegung könnte einer Investition schaden. Die Auslegungsbefugnis erfasst alle auslegungsfähigen Rechtsbegriffe des Investitionsschutzkapitels. Die Ausschüsse werden damit in Lage versetzt, über eine für die Schiedsgerichte verbindliche Interpretation von Schutzstandards wie dem Fair and Equitable Treatment, die Konkretisierung legitimer Regulierungsziele der Vertragsparteien oder auch eine Verobjektivierung der Standards der Verhältnismäßigkeitsprüfung für

staatliche Regulierungsmaßnahmen auf die Gestaltungsspielräume des nationalen Gesetzgebers einzuwirken. Da nationale Gesetzgebung die Domäne der Parlamente ist, muss der Bundestag – auch im laufenden Völkervertrag – jeweils verbindlich entscheiden können, inwieweit er seine Gestaltungsspielräume abgeben will.

C. Die Materiellen Änderungsbefugnisse der beschließenden Vertragsgremien

I. Der Gemischte CETA-Ausschuss

Der GCA hat zahlreiche inhaltliche Befugnisse und kann maßgeblichen, verändernden Einfluss auf den Vertragsinhalt von CETA nehmen.

Generell kann der GCA Annexe und Protokolle des Vertrages ändern (Art. 30.2 Nr. 2 CETA). Diese allgemeinen Änderungsbefugnisse werden sektorspezifisch in den einzelnen Vertragskapiteln konkretisiert. Nur einige Beispiele: Der GCA kann Befreiungstatbestände bei Einfuhrzöllen beschließen, die die entsprechenden Annex-Regelungen verdrängen (Art. 2.3 Nr. 5 CETA). Der GCA kann nach Art. 8.1 CETA das Investitionsschutzkapitel um bislang nicht erfasste Kategorien des geistigen Eigentums ergänzen und diese unter den Schutz des Vertrages stellen. Gleichzeitig kann der Ausschuss im Annex 20-A die geschützten Herkunftsbezeichnungen erweitern oder streichen. Nach Art. 8.10 Nr. 3 CETA und Art. 8.31 Nr. 3 CETA, kann der GCA über verbindliche Auslegungen der Schutzstandards und die sonstige authentische Interpretation des Investitionsschutzkapitels beschließen. Der GCA kann ferner Ergänzungen im Kapitel 23 „Trade and Labour“ vornehmen.

II. Sonderausschüsse mit Beschlussrecht: Der Ausschuss für Finanzdienstleistungen

Von den anderen beschließenden Ausschüssen sollen hier ausschließlich der Ausschuss für Finanzdienstleistungen (Art. 26.2 Nr. 1 (f) CETA) interessieren.

Der Ausschuss für Finanzdienstleistungen (AFD) wird von Art. 13.18 CETA geregelt. Nach Nr. 1 besteht der AFD aus Vertretern der für Finanzdienstleistungspolitik zuständigen Behörden mit entsprechenden Fachkenntnissen. Dass alle Mitgliedstaaten im Ausschuss vertreten sein müssen, wird in Art. 13.18 CETA zwar nicht erwähnt, davon ist aber wohl auszugehen. Nach Nr. 2 entscheidet der AFD einvernehmlich. Nach Nr. 3 führt der AFD Art. 13.21 CETA durch. Dort wird die für Finanzdienstleistungen geltende, modifizierte Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit ausbuchstabiert. In diesem Bereich trifft der AFD eigenständige Entscheidungen. Im Zusammenhang mit Investitionsschutzklagen nach dem Finanzdienstleistungskapitel ist Art. 13.21 Nr. 3 CETA besonders heikel.

Nach Art. 13.21 Nr. 3 CETA kann der von einem Investor beklagte Gaststaat den Ausschuss für Finanzdienstleistungen um eine Entscheidung darüber ersuchen, ob und gegebenenfalls inwieweit die Ausnahmeregelung nach Artikel 13.16 Absatz 1 einen stichhaltigen Einwand gegen die Klage eines Investors darstellt. Art. 13.16 CETA regelt den so genannten „prudential carve-out“.

Eine Besonderheit im Rahmen von Klagen gegen Maßnahmen auf dem Finanzsektor betrifft nämlich die Möglichkeit des beklagten Staates, sich unter Berufung auf den „prudential carve-out“ gegen die Klage eines Investors zu verteidigen. Unter dem Eindruck der Finanzkrise haben sich die Parteien das Recht gesichert, in Krisenzeiten Maßnahmen zur Sicherung von Konsumenteninteressen und zum Schutz der Stabilität und Integrität des Finanzsystems zu

beschließen. Der Vertragstext erlaubt umfangreiche Eingriffe in den Sektor der Finanzdienstleistungen, wenn diese Eingriffe unter anderem dazu dienen, Anleger zu schützen, den Zahlungsverkehr und grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen zu regulieren und die Stabilität des Finanzsystems zu wahren.

[Krajewski, Kurzgutachten, https://www.gruenebundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/Veranstaltungen/140505-TTIP/Kurzgutachten_Investitionsschutz_TTIP_Endfassung_layout.pdf, S. 12; http://bdi.eu/media/user_upload/Artikel_1_ADI_BDI-Bewertung_Positionspapier_Europ_Sozialdemokraten_ISDS_Final.pdf, S. 3.]

Im Jahre 2010 hatte z.B. der Bundestag das „Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz)“

[BGBl. I 2010 S. 1900.]

erlassen und weitere gesetzliche Instrumente eingeführt, um die Lehren aus der Finanzmarktkrise zu verarbeiten.

Der AFD und der GCA entscheiden nun grundsätzlich gemeinsam darüber, ob die Einrede des prudential carve-outs im Investor-Staat-Schiedsverfahren stichhaltig ist (Art. 13.21 Nr. 4 CETA). Ihre Entscheidungen können aber auch voneinander abweichen (Art. 13.21 Nr. 6 CETA). Eine gleichlautende gemeinsame Entscheidung beider Ausschüsse ist für das Schiedstribunal bindend. Die Rechtsfolge ist ggf., dass bei einer bejahenden Entscheidung beider Ausschüsse die Klage des Investors als zurückgenommen gilt (Art. 13.31 Nr. 4 CETA).

Der beklagte Gaststaat hat hier die Wahl zwischen Pest und Cholera. Entweder er verlässt sich auf eine Entscheidung der Schiedsribunale über seine finanzmarktstabilisierenden Gesetze. Oder er wendet sich an einen exekutivisch besetzten Sonderausschuss, der mit Vertretern aus Mitgliedstaaten der EU, der Kommission und Kanadas besetzt ist, und an einen Ausschuss, der allein mit Vertretern aus der EU-Kommission und Kanada beschickt wird, um einer Verurteilung wegen der Verletzung des vertraglichen Investitionsschutzes durch „Rettungsmaßnahmen“ in seinem Finanzmarktsystem zu entgehen. Bereits in der EU besteht kein Konsens über die Zulässigkeit der Reichweite und Tiefe von regulatorischen Maßnahmen auf Finanzmarktkrisen.

[Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 65 AEUV Rn. 31.]

D. Die organisatorischen Entscheidungsbefugnisse des GCA

Die generellen organisatorischen Befugnisse des GCA führt Art. 26.1 CETA auf. Nach Nr. 3 ist der GCA insgesamt zuständig für die Anwendung und Durchführung des Vertrags. Er beaufsichtigt die Sonderausschüsse, er kann (seine) Befugnisse auf die Sonderausschüsse übertragen (Art. 26.1 Nr. 5 (a) CETA), er kann deren Zuständigkeiten ändern, Sonderausschüsse auflösen und neue einrichten (Art. 26.1 § 5 (g) u. (h) CETA).

Der GCA wird an mehreren speziellen Stellen des Abkommens dazu ermächtigt, Verfahrensvorschriften zu erlassen und organisatorische Veränderungen des Vertrags vorzunehmen. Im TBT-Kapitel kann der GCA z.B. zur Unterstützung der Vertragsparteien ad hoc Arbeitsgruppen einrichten (Art. 4.7 Nr. 2 CETA). Im Kapitel 25 CETA, den Bilateralen

Dialogen, kann der GCA Dialoge über regulatorische Maßnahmen der Vertragsparteien initiieren, die dann auch verpflichtend stattfinden müssen (Art. 25.1 Nr. 2 CETA).

Der GCA ist als maßgebliches Beschlussorgan in die Organisation und Prozessrechtsordnung der Schiedsribunale eingebunden. Er sucht die Richter aus und kann deren Zahl erhöhen oder senken (Art. 8.27 Nr. 2 CETA). Er bestimmt den Präsidenten und den Vizepräsidenten der Tribunale (Art. 8.27 Nr. 8 CETA). Er regelt die Höhe der regelmäßigen Bezahlung der Richter und deren Modalitäten (Art. 8.27 Nr. 12 u. 15 CETA). Das Gleiche gilt für das Appellate Tribunal (Art. 8.28 Nr. 3 CETA). Der GCA soll dem Appellate Tribunal eine Verfahrensordnung geben (Art. 8.28 Nr. 7) und wird generell ermächtigt, alle Maßnahmen zu ergreifen, die er für notwendig hält, um das Funktionieren der Rechtsmittelinstanz sicherzustellen (Art. 8.28 Nr. 7 (g) CETA). Der GCA beschließt über die Abberufung von Richtern (Art. 8.30 CETA). Er kann nach seinem Gutdünken die Gerichtskosten für Kläger reduzieren und damit zu einer Erhöhung der Fallzahlen, die in die Investitionsgerichtsbarkeit kommen, beitragen (Art. 8.39 CETA).

E. Beschlussfassung des Gemischten CETA-Ausschusses

Völkerrechtlich verbindliche Entscheidungen der Vertragsgremien egal ob inhaltlich oder organisatorisch, insbesondere des GCA, werden in der Regel im gegenseitigen Einvernehmen der Gremienvertreter getroffen (Art. 26.3 Nr. 3 CETA). Den bindenden Entscheidungen gehen nach dem Vertragstext Verfahren in den Organen der Vertragsparteien voraus, die dort für verfassungsrechtlich notwendig gehalten werden und geregelt sind (z.B. Art. 26.3 Nr. 2 CETA).

[Weiß, Verfassungsanforderungen und Integrationsverantwortung bei beschließenden Vertragsorganen in Freihandelsabkommen, in: EuZW 2016, S. 286 (286 f.).]

Für die Änderung von Protokollen und Annexen durch den GCA scheint das nationale Legitimierungsverfahren allerdings nicht zwingend vorgeschrieben zu sein (Art. 30.2 Nr. 2 S. 1 u. 2 CETA). Hier *dürfen* die Parteien in Übereinstimmung mit ihren nationalen Verfahren die Beschlüsse des GCA genehmigen (The Parties may approve...), *müssen* dies aber anscheinend nicht. Für diese Auslegung spricht, dass an anderen Stellen des Vertrags ausdrücklich geregelt wird, wenn eine bindende Entscheidung eines Ausschusses einer Zustimmung der Vertragsparteien zwingend bedarf (z.B. Art. 11.3 Nr. 6 CETA). In den Final Provisions scheint deshalb eine Verfahrensvereinfachung zur beschleunigten Umsetzung der Beschlüsse des GCA angelegt, um ein straffes Verfahren zu gewährleisten. Wer in welchem Verfahren über das Genehmigungserfordernis der Vertragsparteien entscheidet, wird nicht unbedingt klar.

[Stoll u.a., Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) – Regulatorische Zusammenarbeit und Investitionsschutz und ihre Bedeutung für den Umweltschutz, Gutachten, 2015, S. 15 f.; dies., Die geplante Regulierungszusammenarbeit zwischen der EU und Kanada sowie den USA nach den Entwürfen von CETA und TTIP, Gutachten, 2015, S. 8 ff.]

Manche Vertragsbestimmungen enthalten eine Entscheidungsbefugnis des GCA, ohne dass in den speziellen Kapiteln auf ein nationales Verfahren oder die Zustimmung der Vertragsparteien – und wenn ja, welcher – hingewiesen wird, z.B. Art. 20.22 CETA und die Herkunftsbezeichnungen in Annex 20-A CETA. Inwieweit hier wird im Rahmen einer verfahrensrechtlichen „Lückenfüllung“ auf die generellen Normen der Administrative and Institutional Provisions des Kapitel 26 und der Final Provisions in Kapitel 30 zurückgegriffen werden muss, ist unklar. Andere Vertragsnormen, die Entscheidungsbefugnisse des GCA

enthalten, nehmen z.B. auf das Kapitel über die „Final Provisions“ und das Beteiligungsverfahren der Vertragsparteien direkt Bezug, vgl. Art. 23.11 Nr. 5 CETA. Z.T. adressieren sie das Erfordernis der Genehmigung durch die Vertragsparteien in der speziellen Norm selbst. (z.B. Art. 2.3 Nr. 5 CETA).

F. Demokratische Legitimation der Beschlüsse der Vertragsgremien

I. Die Personelle Legitimation der beschließenden Vertragsorgane: Der Gemischte CETA-Ausschuss

Hoheitliche Entscheidungen müssen nach Art. 20 Abs.2 GG auf den Willen des Volkes rückführbar sein. Die Ausübung von Hoheitsgewalt, die die Vertragsorgane ausüben, da sie für die Bundesrepublik völkerrechtlich verbindliche Entscheidungen treffen, müssen sich personell durch eine ununterbrochene Legitimationskette auf das deutsche Wahlvolk zurückführen lassen

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die ununterbrochene personelle Legitimationskette sind aber kontextgebunden. Aus dem Zurechnungszusammenhang zwischen Hoheitsgewalt und Volk folgt, dass hoheitliche Entscheidungen auf inter- und supranationaler Ebene immer dann demokratisch legitimiert sind, wenn an ihnen ein nationaler Vertreter mitwirkt, der selbst – wenn auch mittelbar – demokratisch legitimiert ist.

Die Mitgliedstaaten sind in dem bedeutendsten Vertragsorgan, das völkerrechtlich verbindliche Vertragserweiterungen und die authentische Auslegung des Investitionsschutzkapitels beschließen kann, dem GCA, nicht mit eigenen Repräsentanten vertreten. Ihre Vertretung findet ausschließlich über die Kommission statt. Dabei gilt es zudem zu berücksichtigen, dass bindende Entscheidungen dieses Gremiums zur Hälfte von einem kanadischen Vertreter beschlossen werden, der überhaupt keine mitgliedstaatliche oder unionale Legitimation besitzt.

II. Ausgleich durch ein ausreichendes personelles Legitimationsniveau in der EU

Eine Rückbindung in den nationalen Willensbildungsprozess in den Vertragsgremien von CETA findet über den Ministerrat statt. Mit Lissabon ist das qualifizierte Mehrheitsprinzip im Rat zur Regel des Abstimmungsverfahrens geworden. Nach Art. 218 Abs. 9 AEUV ist der Rat ermächtigt, europäische Positionen für die Vertragsgremien durch Beschluss festzulegen. Dies tut er mit qualifizierter Mehrheit, da eine ausdrückliche Regelung für die Einstimmigkeit fehlt.

[*Lorenzmeier*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Band 2, Art. 218 Rn. 63 ff.]

An dem Mehrheitsbeschluss ist der deutsche Regierungsvertreter beteiligt, der seinerseits demokratisch legitimiert und dem Parlament verantwortlich ist.

[*Hoffmeister*, Wider die German Angst – ein Plädoyer für die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP), in: AVR 53 (2015), S. 35 (47).]

Insoweit allerdings das Einstimmigkeitsprinzip im Rat zurückgedrängt wird, verliert dieser Legitimationsstrang über den Bundestag an Wirksamkeit.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss die Ausübung von Hoheitsgewalt durch Organe der EU doppelgleisig legitimiert sein. Zum einen durch die Rückkoppelung der nationalen Regierungsvertreter im Ministerrat und sodann durch das Europäische Parlament, über das die nationalen Wahlbürger Teilhabemöglichkeiten auf europäischer Ebene haben. Insbesondere dann, wenn Mehrheitsentscheidungen des Rates aus Art. 218 AEUV mit mehreren Einflussknicken verbunden sind, die das Legitimationsniveau von Maßnahmen der europäischen öffentlichen Gewalt in der Perspektive des Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG für die Bundesrepublik absenken, müssen diese Maßnahmen durch andere Legitimationsstränge auf unionaler Ebene gestützt werden. Inwieweit die gebrochene nationalstaatliche Legitimation durch Legitimierungsmechanismen personeller Art auf der europäischen Ebene kompensiert wird, hängt aber von Ausgestaltung der dortigen Organe, Verfahren und Regelungsdichte einschlägiger Normen ab.

[BVerfGE 89, 155 (182); BVerfG, U. v. 21.6.2016, 2 BvR 2728/13, Rn. 131.]

Spätestens an dieser Stelle kommen das Europäische Parlament und dessen Mitwirkung an Rechtssetzungsakten der Union ins Spiel.

Den Mehrbedarf an demokratischer Eigenlegitimation in diesen Fällen, befriedigt grundsätzlich die umfassendere Beteiligung des Europäischen Parlaments an der Setzung von unionalen Rechtsakten. Nach Art. 218 Abs. 6 AEUV ist der Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch die EU von der Zustimmung des Europäischen Parlaments abhängig. Einer jeweils weiteren Zustimmung des Europäischen Parlaments zu einzelnen vertragsändernden Maßnahmen bedarf es aber nicht. Genauso wenig wie im nationalen Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland ist für auswärtiges Handeln der EU nach Abschluss des völkerrechtlichen Vertrages eine (mit-)entscheidende Beteiligung des Europäischen Parlaments vorgesehen. Art. 218 Abs. 10 AEUV sieht für diese Fälle lediglich eine Informationspflicht vor. Der Rat allein beschließt die Standpunkte.

[Weiß, Verfassungsanforderungen und Integrationsverantwortung bei beschließenden Vertragsorganen in Freihandelsabkommen, in: EuZW 2016, S. 286 (288).]

Die demokratische Legitimation unionalen Handelns zu Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge ist damit per se defizitär, da das Europäische Parlament durch das Primärrecht nicht in die Entscheidungsfindung eingebunden ist.

In seiner Entscheidung zum ESM-Vertrag hat das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus ausdrücklich betont, dass der erforderliche Legitimationszusammenhang in die nationale Demokratie erst dann hergestellt ist, wenn Beschlüsse von Gremien eines völkerrechtlichen Vertrages nicht gegen die Stimme des deutschen Vertreters getroffen werden können.

[BVerfGE 135, 317, Rn. 191.]

Das ist im GCA nicht gewährleistet. Ein Mitgliedstaat kann europäischen Rechtsakten unterworfen werden, die seine demokratischen Repräsentanten ausdrücklich abgelehnt haben. Hier ist der Strang der nationalstaatlich vermittelten Legitimationskette durchbrochen.

III. Der Verantwortungszusammenhang zwischen völkerrechtlich verbindlichen Entscheidungen des Gemeinsamen CETA-Ausschusses und dem deutschen Wahlvolk

Völkerrechtliche Bindungen der Bundesrepublik Deutschland müssen demokratisch verantwortet werden. Das Volk muss wissen, wen es für politische Entscheidungen verantwortlich machen kann, um von seinem Wahlrecht vernünftig Gebrauch machen zu können.

In seiner Rechtsprechung zur Frage, welche Staatsorgane an völkerrechtlich verbindlichen Vertragsentwicklungen wie beteiligt sein müssen, damit dieser Verantwortungszusammenhang hergestellt ist, geht das Bundesverfassungsgericht von dem Normalfall aus, dass ein Mitglied der Bundesregierung oder zumindest ein weisungsgebundener Repräsentant als Vertreter der Bundesrepublik Deutschland in dem entscheidenden Gremium der supranationalen bzw. internationalen Organisation oder zwischenstaatlichen Einrichtung sitzt, und an den bindenden Entscheidungen direkt mitwirkt, um das - wegen der fehlenden weiteren Einbindung des Parlaments - sachlich-inhaltlich abfallende Legitimationsniveau völkerrechtlich verbindlicher Entscheidungen insofern auszugleichen. Denn so wird dann die Regierung in dem Gremium in die Lage versetzt wird, Verantwortung gegenüber dem Parlament und dem Volk zu übernehmen.

[BVerfGE 9, 268 (281 f.); 93, 37 (67); 130, 76 (124); 135, 317 (Rn. 191): Der notwendige Legitimationszusammenhang wird dadurch hergestellt, dass Beschlüsse der Organe des Stabilitätsmechanismus nicht gegen die Stimme des deutschen Vertreters beschlossen werden können.]

In seiner Entscheidung zum NATO-Vertrag spricht das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich davon, dass die punktuelle Zustimmung des Parlaments zum Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages, der auf Integration angelegt ist, die Regierung ermächtigt, *in den Organen des Vertrages* an der völkerrechtlich verbindlichen Fortentwicklung des Vertrages mitzuwirken, ohne dass es jeweils einer förmlichen Vertragsänderung unter parlamentarischer Beteiligung bedürfe. Gleiches gilt für den europäischen Stabilitätsmechanismus.

[BVerfGE 104, 151 (Rn. 177 ff.); BVerfGE 135, 317, (Rn. 183, 191).]

Da die Bundesregierung allerdings nicht in den entscheidenden Vertragsorganen vertreten ist, versagt dieser Kontrollmechanismus.

Das Bundesverfassungsgericht nickt die defizitäre sachlich-inhaltliche Steuerung außenpolitischer Entscheidungen der Bundesregierung durch das Parlament u.a. auch deswegen ab, weil dem Bundestag über sein verfassungsrechtliches Verhältnis zur Bundesregierung andere Steuerungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Der Deutsche Bundestag steht einer durch rechtserhebliches Handeln der Exekutivvertreter zu besorgenden schleichenden Inhaltsveränderung eines völkerrechtlichen Vertrages deshalb nicht schutzlos gegenüber, weil die Bundesregierung von seinem Vertrauen abhängig ist. Das nationale Parlament hat ein Arsenal an Kontrollrechten, wie z.B. die Anfragen an die Regierung oder die Möglichkeit eines Organstreits. Letztlich können diese Kontrollrechte auf der höchsten Deeskalationsstufe in ein Misstrauensvotum gegen die Regierung münden. Diese rechtlichen Druckmittel reichen nach dem Bundesverfassungsgericht im Bereich des auswärtigen Handelns aus, um ein Ausbrechen der Exekutive aus den nur anfänglich verschriftlichten Vorgaben des Parlaments wirkungsvoll zu unterbinden.

[BVerfGE 104, 151 (Rn. 149 f.).]

Diese Mechanismen versagen jedoch bei CETA. Die Kontrollinstrumente des Parlaments erstrecken sich zwar auf den Vertreter der Bundesregierung im Ministerrat. Doch kann der Rat gegen den Vertreter der Bundesrepublik Deutschland seine Standpunkte festlegen. An den völkerrechtlich auch für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen Entscheidungen der Vertragsgremien wirkt unter Umständen, nämlich im Fall der Überstimmung des deutschen Ratsvertreters, ein dem Parlament verantwortlicher Amtsträger nicht einmal mittelbar mit. Wird der deutsche Vertreter im Ministerrat überstimmt und fällen die Vertragsorgane damit eine Entscheidung, der ein deutscher Vertreter inhaltlich nicht zugestimmt hat, kann für die bindenden Entscheidungen der Vertragsgremien kein Verantwortungszusammenhang mehr hergestellt werden, der parlamentarisch – oder vom Wahlvolk – sanktioniert werden könnte – weder über den Bundestag noch über das Europäische Parlament. Nationale Verfassungsorgane sind damit nicht in der Lage, im CETA-Ausschuss oder im Ministerrat die Sachverantwortung gegenüber dem Parlament und dem Volk zu übernehmen.

[BVerfGE 93, 37 (66 f.); 107, 59 (87 f.).]

IV. Potenzierung des fehlenden Verantwortungszusammenhangs bei „gemischten Verträgen“ wie dem CETA

CETA ist ein gemischtes Abkommen, da es Sachbereiche umfasst, auf denen eine ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten besteht. Die Europäische Union und ihre Organe haben in diesen Sachbereichen keine Entscheidungsbefugnisse. Die Bundesrepublik Deutschland wird, mangels anderslautender Vertragsregeln, auch auf diesen Gebieten ausschließlich von der Kommission vertreten. Das entspricht dem geschlossenen Auftreten der EU nach außen.

[EuGH, 20.04.2010, C-246/07, Rn. 73 m.w.N.]

Gerade im Investitionsschutzkapitel und bei der Regelung der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit bestehen ausschließliche Kompetenzen der Mitgliedstaaten.

Die Einrichtung von Rechtsprechungsgewalt gehört grundsätzlich nicht in den Kompetenzbereich der EU. Die Zuständigkeit für die Rechtspflege gehört zu den Sachbereichen, die im föderalen Verband der EU grundsätzlich den Mitgliedstaaten zugeordnet ist.

[BVerfGE 123, 267 (Rn. 368).]

Konkret im CETA-Investitionsschutz durch Rechtsprechung ist zum einen das Problem der Portfolio-Investitionen zu nennen. Portfolio-Investitionen fallen nach der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht unter die EU-Kompetenz für die Handelspolitik oder den Begriff der Direktinvestitionen aus Art. 207 Abs. 1 AEUV, Art. 64 Abs. 2 AEUV. Zudem enthält Kapitel 8 CETA Regelungen, die die Eigentumsordnung und die schiedsgerichtliche Rügefähigkeit staatlicher Regulierungsmaßnahmen betreffen, die in die ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten fallen können.

Nach Art. 345 AEUV lassen die europarechtlichen Verträge die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten unberührt. Die EU hat damit keine (ausschließliche) Kompetenz, enteignungsrechtliche Investitionsstandards zu regeln und den enteignungsrechtlichen Rechtsschutz der Mitgliedstaaten auszuhebeln. Art. 206 AEUV erfasst lediglich eine Liberalisierung von Direktinvestitionen. Die EU kann sich nicht auf implied powers zur

Regelung von Streitbeilegungsmechanismen zwischen Investoren und Mitgliedstaaten auf dem Gebiet ihrer Eigentumsordnungen berufen. Investor-Staat-Schiedsverfahren sind zwar ein üblicher, aber kein notwendiger Bestandteil von Freihandelsabkommen.

[*Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 345 AEUV, Rn. 25; BT PE 6-3000-35/16 v. 24.3.2016, Unterabteilung Europa, Investor-Staat-Streitigkeiten bei einer vorläufigen Anwendung des CETA, S. 8 f.; a.A. *Ohler*, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischen Verfassungsrecht, in: JZ 2015, S. 337 (337 f.).]

Agieren in entscheidenden Vertragsorganen auf Kompetenzfeldern der Mitgliedstaaten ausschließlich Vertreter der EU und Kanadas, maßen sich die Ausschüsse auf diesen Politikfeldern Befugnisse an, die über die Kompetenzen der EU hinausgehen.

[EuGH, 27.11.2012, C-370/12, Rn. 158.]

Die Mitgliedstaaten sind zwar im Rat vertreten, der die Standpunkte nach Art. 218 Abs. 9 AEUV festlegt. Der Legitimationszusammenhang ist aber gleichwohl – siehe oben – durchbrochen, da der Rat mit qualifizierter Mehrheit beschließt und die Bundesrepublik Deutschland in Sachbereichen, die ihrer Kompetenz unterliegen, mit Bindungswirkung überstimmt werden kann. Das wäre die Art von „Fremdbestimmung“ der Wahlbürger, die das Bundesverfassungsgericht mit der Identitätskontrolle verhindern will.

[BVerfG, U. v. 21.6.2016, 2 BvR 2728/13, Rn. 122 ff.]

V. Ergebnis

Dass Vertragsgremien ohne einen deutschen Vertreter in Sachbereichen entscheiden, die der mitgliedstaatlichen Kompetenz unterliegen, verstößt gegen das Demokratiegebot des Grundgesetzes.

Eine Heilung des Verstoßes könnte dadurch stattfinden, dass Vertreter der Mitgliedstaaten in die entsprechenden Ausschüsse bestellt würden.

[*Andreas Fischer Lescano/Johan Horst*, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA), Gutachten 2015, S. 11.]

H. Notwendige Beteiligung des Deutschen Bundestags?

Es fragt sich damit, ob und inwiefern der Bundesregierung und Bundestag an den völkerrechtlich verbindlichen Beschlüssen der Vertragsorgane in anderer Weise beteiligt ist, so dass diese nicht gegen den Willen deutscher Vertreter beschlossen werden können und ein ausreichendes sachlich-inhaltliches Legitimationsniveau haben.

Im Wesentlichen werden an allen bindenden Entscheidungen der Vertragsorgane die demokratisch legitimierten Verfassungsorgane der Vertragsparteien beteiligt. Nach Art. 30.2. Nr. 2 CETA können die Vertragsparteien den Beschluss des Gemischten CETA-Ausschusses billigen. Hier ist die Bundesregierung beteiligt. Der Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen kann bei einer authentischen Auslegung des Investitionsschutzkapitels im Einvernehmen mit den Vertragsparteien beschließen. Auch hier ist die Bundesregierung beteiligt.

Die Beschlussfassungsnormen weisen zudem regelmäßig daraufhin, dass die Exekutiven zustimmen können, „nachdem diese ihre jeweiligen internen Vorschriften erfüllt und die internen Verfahren abgeschlossen haben“.

Was diese Formeln bedeuten sollen, und wann diese internen Verfahren nötig sind, ist aber weder im Vertrag selbst, noch in einer nationalen Begleitgesetzgebung definiert. Vor allem wird nicht klar, welche Organe der Bundesrepublik Deutschland in das Entscheidungsverfahren einbezogen sind.

Der Verweis auf die internen Verfahren deutet für die deutsche Verfassungsordnung auf vier Möglichkeiten hin: (1) Der Bundestag wird in die Beschlussverfahren gar nicht verfassungsrechtlich verpflichtend einbezogen, weder durch frühzeitige und umfassende Information à la Art. 23 Abs. 2 u. 3 GG i.V.m. dem EuZBBG, noch durch das Recht auf (zu berücksichtigende oder bindende) Stellungnahmen, weil es sich hier um die Weiterentwicklung eines völkerrechtlichen Vertrags handelt, die in die Kompetenz der Bundesregierung fällt. (2) Der Bundestag wird intern eingebunden, (a) ausschließlich durch Informationsrechte nach z.B. Art. 23 Abs. 2 GG, (b) durch das Recht auf eine zu berücksichtigende Stellungnahme nach Art. 23 Abs. 3 GG oder (c) durch das Recht auf einen die Bundesregierung bindenden Beschluss.

Welches Berücksichtigungslevel intern hergestellt werden muss, ist eine Frage des Demokratieprinzips des Grundgesetzes. Das Level hängt entscheidend von dem demokratischen Legitimationsniveau der Vertragsgremien und dem Wesentlichkeitsgrad ihrer Entscheidungsbefugnisse ab.

Im nationalen Recht lässt das Bundesverfassungsgericht eine Ausdünnung des Legitimationsniveaus nur dann zu, wenn das schwach legitimierte Organ Aufgaben mit besonders geringem Entscheidungsgehalt erfüllt.

[BVerfGE 83, 60 (74).]

Diese Rechtsprechung zum Legitimationsniveau ist im internationalen bzw. supranationalen Kontext zwar zu modifizieren, gibt aber Anhaltspunkte für die Prüfung.

I. Ausgleich der durchbrochenen personellen Legitimation durch Parlamentsmitwirkung

Völkerrechtlich verbindliche Maßnahmen von Vertragsorganen, die an einem Einflussknick leiden, müssen über andere Legitimationsstränge abgefedert werden.

[BVerfG, U. v. 21.6.2016, 2 BvR 2728/13, Rn. 131.]

Entscheidend ist dabei nicht die Form der Legitimation, sondern die Effektivität der demokratischen Steuerung von Entscheidungsprozessen. Die verschiedenen Formen von Legitimation, vor allem die personelle und die sachlich-inhaltliche, können sich dabei gegenseitig ausgleichen.

[BVerfGE 93, 37 (66 f.); 107, 59 (87 f.).]

Diesen Ausgleich versucht CETA mit den Beteiligungsregeln zugunsten der Vertragsparteien.

Dieser „Demokratievorbehalt“ zugunsten nationaler Willensbildungsverfahren nutzt den Vertragsstaaten auch im GCA. Art. 30.2 Nr. 2 CETA bestimmt hierzu, dass die Vertragsparteien die Beschlüsse des GCA über eine Änderung der Protokolle und Anhänge billigen können. Dass diese Billigung irgendeinen das GCA bindenden Charakter haben muss, ergibt sich mittelbar aus Satz zwei der Norm, da die Vertragsparteien gleichzeitig den Zeitpunkt des Inkrafttretens eines GCA-Beschlusses festlegen.

Der „Demokratievorbehalt“ greift auch bei der authentischen Auslegung des Investitionsschutzkapitels des CETA. Nach Art. 8.44 Nr. 3 (a) CETA kann der Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen im Einvernehmen mit den Vertragsparteien, nachdem diese ihre jeweiligen internen Vorschriften erfüllt und die internen Verfahren abgeschlossen haben, dem Gemischten CETA-Ausschuss nach Artikel 8.31 Absatz 3 die Annahme von Auslegungen dieses Abkommens empfehlen, die der GCA dann für die Schiedstribunale verbindlich macht.

II. Das Ob und Wie der Mitwirkung des Parlaments bei der dynamischen Weiterentwicklung von CETA

Es fragt sich gleichwohl, ob und wie das Parlament unter diesem „Demokratievorbehalt“ in die Weiterentwicklung des CETA eingebunden werden muss. Denn diese „internen Verfahren“ existieren bislang nicht.

1. Außenpolitische Domäne der Bundesregierung

Das Bundesverfassungsgericht ist bislang bei der Frage des Ob und Wie der Einbindung des Bundestages in die außenpolitische Kompetenz der Bundesregierung sehr restriktiv gewesen.

An ausdrücklichen Änderungen eines völkerrechtlichen Vertrages ist das Parlament über Art. 59 Abs. 2 GG durch Zustimmungsgesetz zu beteiligen. Für eine Weiterentwicklung völkerrechtlicher Verträge gelten dagegen andere Regelungen. Hier ist das Parlament nicht beteiligt. Eine parlamentarische Beteiligung bzw. Zustimmung ist nach dieser Rechtsprechung jedenfalls verfassungsrechtlich nicht erforderlich, wenn sich die Regierung an einer dynamischen Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrags beteiligt. Eine authentische Interpretation durch ein Vertragsgremium oder eine Rechtsfortbildung, die sich im Rahmen des Vertrags und seines Integrationsprogramms hält, löst einen Parlamentsvorbehalt nicht aus.

[Zusammenfassend *Heun*, in: Dreier, GG, Band 2, 3. Aufl. 2015, Rn. 36.]

Versuchen in der Literatur, in Anlehnung an die Wesentlichkeitstheorie, durch analoge Anwendung des Art. 59 Abs. 2 GG oder unter Berufung auf die Allzuständigkeit des Gesetzgebers, den parlamentarischen Gesetzes- oder Beschlussvorbehalt auf z.B. die authentische Interpretation völkerrechtlicher Verträge oder auf die Rechtsfortbildung der Verträge auszudehnen, soweit sie über den bisherigen Vertragsinhalt hinausweisen,

[*Rojahn*, in: v. Münch/Kunig, GG, Band 2, 5. Aufl. 2001, Art. 59 Rn. 40; *Puhl*, Entparlamentarisierung und Auslagerung staatlicher Entscheidungsverantwortung, in: Isensee/Kirchhof (HG.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 48 Rn. 6 f.]

ist das Bundesverfassungsgericht bislang mit einer restriktiven Auslegung des Art. 59 GG immer entgegengetreten, weil die Überstrapazierung des Parlamentsvorbehalts die Handlungsfähigkeit der Bundesregierung gefährde.

[BVerfGE 90, 286 (358).]

Die Verbandskompetenz in der auswärtigen Gewalt der Bundesrepublik Deutschland fällt in den Funktionsbereich der Exekutive. Das Parlament ratifiziert nach Art. 59 Abs. 2 GG den völkerrechtlichen Vertrag und legitimiert ihn punktuell. Danach ist es aus der Angelegenheit grundsätzlich draußen. Die Weiterentwicklung von völkerrechtlichen Verträgen bis zur Grenze der Vertragsänderung ist Sache der in den Völkervertragsgremien vertretenen Bundesregierung, die hierfür kein weiteres formelles Placet des Parlaments benötigt. Im Rahmen der Außenvertretung der Bundesrepublik Deutschland urteilt das Bundesverfassungsgericht in der Regel so, dass eine sachlich-inhaltliche Legitimation durch parlamentarische Vorgaben nur begrenzt möglich oder nötig ist, da die Außenvertretung in den Kompetenzbereich der Bundesregierung fällt und hier ein ausreichendes Maß an Freiräumen außenpolitischen Handelns bedarf, das sich einer strikten parlamentarischen Determinierung entgegenstemmt.

[BVerfGE 1, 372 (394); 49, 89 (124 ff.); 68, 1 (86); 90, 286 (375 ff.); 131, 152 (195), 135, 317 (Rn. 234 f.) – std. Rspr.]

2. Differenzierte Beteiligungsformen des Parlaments

Durch seine Mitwirkung an völkerrechtlich verbindlichen Beschlüssen der Bundesregierung soll das Parlament vor der Übernahme irreversibler völkerrechtlicher Verpflichtungen geschützt werden. Angesichts des Wandels des Völkerrechts wird dieser Schutz umso dringender und das Gebot der Mitwirkung des Parlaments zwingender.

[*Sauer*, Die NATO und das Verfassungsrecht, in: ZaÖRV 2002, S. 317 (337 ff.).]

Welcher Art muss diese Mitwirkung sein? Reicht es aus, dass das Parlament informiert wird, wenn es Beschlüsse fassen muss, die die Regierung zu berücksichtigen hat, oder muss es – zumindest durch Beschluss – der Regierung rechtsverbindliche Aufträge für ihr Verhalten erteilen können? Hier wird man gegebenenfalls differenzieren müssen.

a) Die authentische Interpretation des Investitionsschutzkapitels - Parlamentsvorbehalt

Die Höhe des insgesamt erforderlichen demokratischen Legitimationsniveaus, über das auch die Mitwirkungsbefugnisse des Parlaments an der Weiterentwicklung des Abkommens entscheiden, richtet sich auch im Völkerrecht im Grunde nach der Wesentlichkeitstheorie.

[*Stoll u.a.*, Die geplante Regulierungszusammenarbeit zwischen der EU und Kanada sowie den USA nach den Entwürfen von CETA und TTIP, Gutachten, 2015, S. 23 f.]

Je grundlegender die Bedeutung einer in Rede stehenden Maßnahme für die Allgemeinheit ist, desto höher muss auch das demokratische Legitimationsniveau für diese Maßnahme ausfallen.

[BVerfGE 135, 137, Rn. 234 f.]

Die authentische Vertragsauslegung im Investitionsschutzkapitel, die für die Schiedsribunale bindend ist, greift in die nationale Gesetzgebung ein.

Sind die Entscheidungen des GCA, die vom Ausschuss für Dienstleistungen und Investment vorbereitet werden, für die Tribunale bindend, dann sind sie auch mittelbar für den Gesetzgeber bindend, will dieser sich bei Regulierungen vertragskonform verhalten und Schadensersatzforderungen vermeiden. Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum des Parlaments wird dadurch betroffen. Die Vertragsgremien können dem Parlament mittelbar die Verfolgung von nationalen Politiken untersagen. Der parlamentarische Gesetzgeber ist aber nach nationalem Verfassungsrecht für die Formulierung und die verbindliche Entscheidung über Politikziele zuständig. Das ist seine Domäne, nicht die der Bundesregierung.

Aus dem Vorrang des Parlaments lässt sich auf einen Parlamentsvorbehalt zumindest bei der Auslegung des Investitionsschutzkapitels rückfolgern. Informationsrechte des Parlaments reichen hier nicht, genauso wenig ein Art. 23 Abs. 3 GG und § 1 Abs. 1 S. 1 EuZBBG nachgebildetes Recht zur Stellungnahme, die die Bundesregierung nur zu berücksichtigen hätte.

Im Rahmen der authentischen Interpretation des Investitionsschutzkapitels muss dem Bundestag das Recht eingeräumt werden, verbindliche Beschlüsse zu fassen, die für die Regierung auf Abkommensebene bindend sind.

b) Ergebnis

Durch nationale Begleitgesetzgebung ist sicherzustellen, dass der Deutsche Bundestag der Bundesregierung in allen Fällen der authentischen Auslegung des Investitionsschutzkapitels durch die Vertragsgremien per Parlamentsbeschluss bindende Vorgaben zu ihrem Abstimmungsverhalten im Ausschuss für Dienstleistungen und Investment sowie im Gemischten CETA-Ausschuss machen kann. Da einfache Parlamentsbeschlüsse nach der herrschenden Meinung in der Regel keine bindende Wirkung für die Regierung haben,

[Butzner, Der Bereich des schlichten Parlamentsbeschlusses, in: AöR 119 (1994), S. 90 ff.]

ist diese Bindungswirkung durch weiteren Rechtssatz sicherzustellen.

c) Sicherstellung der Mitwirkung Vertragsergänzungen und – änderungen durch Anwendung des Art. 23 Abs. 3 GG

Die weiteren Befugnisse beschließender Ausschüsse, vor allem auch des Gemischten CETA-Ausschusses betreffen in der Regel die Abänderungen von Anhängen und Protokollen des Freihandelsabkommens. Anhänge und Protokolle sind die typischen Durchführungsvorschriften für einen völkerrechtlichen Vertrag, die als Ausführungsvorschriften auf nationaler Ebene durch die Exekutive gesetzt werden dürften.

In der nationalen Rechtsordnung könnten diese exekutivischen Regelungen vom Parlament aber zurückgeholt werden. Das ist auf völkerrechtlicher Ebene nicht möglich.

[Fisahn/Ciftci, CETA und TTIP: demokratische Bedenken zu einigen Aspekten, in: KJ 48 (2015), S. 251 (258 f.).]

Kompetenzverluste des nationalen Parlaments soll Art. 23 Abs. 3 GG im unionalen Kontext ausgleichen. Hiernach ist dem Parlament im Zusammenhang mit unionalen Rechtsetzungsakten im Interesse einer effektiven Beteiligung bereits vor

Mitwirkungshandlungen der Bundesregierung die Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Diese Stellungnahme hat die Regierung zu berücksichtigen.

Da CETA in einem qualifizierten Näheverhältnis zu den Angelegenheiten der EU steht, ist der Grundgedanke des Art. 23 Abs. 3 GG anwendbar.

Der Begriff des Rechtssetzungsakts in Art. 23 Abs. 3 GG ist ferner weit zu verstehen. Auf unionaler Ebene ist er nicht auf Gesetzgebungsakte beschränkt, sondern erfasst alle rechtserheblichen Maßnahmen, solange sie verbindlich sind. Regelungsgegenstand, die Art des Rechtssetzungsverfahrens und das handelnde Organ sind unerheblich.

[*Wollenschläger*, in: Dreier, GG, Band 2, 3. Aufl. 2015, Art. 23 Rn. 130 ff.]

Damit können auch Annex- und Protokolländerungen durch Beschlussgremien aus CETA erfasst werden.

d) Ergebnis

Durch Begleitgesetzgebung ist sicherzustellen, dass dem Parlament im Rahmen der „internen Anforderungen und Verfahren“, die vor bindenden Beschlüssen der beschließenden Vertragsorgane durchlaufen werden müssen, entsprechend Art. 23 Abs. 3 GG ein Recht zur Stellungnahme eingeräumt wird, das die Bundesregierung bei ihrer Mitwirkung zu berücksichtigen hat.

Abschnitt 3

Die Schiedsgerichtsbarkeit

A. Einleitung

Die Schiedsgerichtsbarkeit der Freihandelsabkommen CET und TTIP stand unter besonderem Beschuss der Öffentlichkeit. In einer Gutachtenschlacht wurde versucht aufzuzeigen, dass die private Investitionsgerichtsbarkeit in den geplanten Abkommen verfassungswidrig sei. Nach einer Konsultation der europäischen Öffentlichkeit und konstruktiven Vorschlägen aus Deutschland ist die Kommission dann zurückgerudert. Das Kapitel zu Investitionsschutz und Investitionsgerichtsbarkeit wurde maßgeblich überarbeitet. Es ist nun ein erster Schritt hin zu einem internationalen Investitionsgerichtshof. So „gerichtlich“ die neue Bezeichnung des neuen „Investment Court System“ auch klingen mag. Überprüft man die Regelungen, die in CETA im deutschen Vertragstext unter der Bezeichnung „Gericht“ laufen, mit denen die Deckungsgleichheit zwischen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und einer internationalen staatlichen Gerichtsbarkeit suggeriert werden soll, merkt man schnell, dass das „Court System“ eine Mogelpackung ist. In der offiziellen englischen Fassung von CETA heißen die Schiedsgerichte daher nach wie vor „Tribunals“. Es wurden zwar Verfahrensregelungen modifiziert, auch solche, die die Privatautonomie der Schiedsparteien, auf der das Schiedssystem ja beruht, ausbuchstabierten. Doch sind die wesentlichen Bausteine, die eine nicht-staatliche Schiedsgerichtsbarkeit ausmachen, unverändert geblieben: Investitionsschutzklagen werden im CETA nach wie vor von nicht-staatlichen Schiedsgerichten entschieden. Viele derjenigen Argumente, die im juristischen Diskurs für die Verfassungswidrigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit angeführt wurden, sind weiterhin nutzbar.

B. Zusammenfassung

I. Die Schiedsgerichtsbarkeit Freihandelsabkommen verstößt gegen das Rechtsprechungsmonopol des Grundgesetzes. Das Rechtsprechungsmonopol mit seiner objektiven Rechtsschutzfunktion fällt in den Kernbereich der Verfassungsidentität des Grundgesetzes. Es stellt die Bindung aller Staatsgewalten an den Willen des Volkes sicher.

1. Die „Gerichtsbarkeit“ im CETA ist nach wie vor eine nicht-staatliche Schiedsgerichtsbarkeit. Die Schiedsparteien können privatautonom ihre eigenen Verfahrensordnungen wählen. CETA lässt Schiedsverfahren nach dem ICSID-Übereinkommen zu.

2. Gliedert der Staat Rechtsprechungsfunktionen an eine nicht-staatliche Gerichtsbarkeit aus, trifft ihn eine Gewährleistungsverantwortung. Er hat sicherzustellen, dass die nationalen Auswirkungen ihrer Urteile der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes entsprechen. Soweit die Schiedsurteile der Tribunale nach dem ICSID-Übereinkommen vollstreckbar sind, werden sie in die nationalen Rechtsordnungen wie eigene Urteile nationaler staatlicher Gerichte übernommen und dort vollstreckt. Eine Überprüfung der Schiedsurteile durch nationale staatliche Gerichte anhand des so genannten völkerrechtlichen ordre public findet nicht statt. Die Urteile aus der internationalen nicht-staatlichen Gerichtsbarkeit müssen in Deutschland durch nationale Behörden vollstreckt werden, obwohl sie die unverzichtbaren Grundsätze des *freiheitlichen* Rechtsstaats verletzen könnten. Das fehlende letzte Wort der nationalen Gerichte verletzt die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland.

II. Die Schiedsribunale des CETA sind nicht ausreichend demokratisch legitimiert.

1. Der Kern des Demokratieprinzips des Grundgesetzes und damit die Verfassungsidentität des Grundgesetzes verlangen, dass Gerichte, die regulatorische Maßnahmen des nationalen Gesetzgebers rechtsverbindlich sanktionieren dürfen, eine gesteigerte personelle demokratische Legitimation haben. Die Besetzungsverfahren der Schiedsrichterlisten und das Besetzungsverfahren der ad hoc-Spruchkörper der Schiedsgerichte stellen diese erhöhte personelle demokratische Legitimation nicht her.

2. Die sachlich-inhaltliche Steuerung der Schiedsgerichte durch das Vertragsrecht des Freihandelsabkommen ist zu schwach, um das personelle Legitimationsdefizit auszugleichen. Innerhalb der neben- und überverfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung von CETA entscheiden schwach legitimierte Schiedsrichter aufgrund eines inhaltlich wenig steuernden Vertragstextes über wirtschafts- und sozialpolitische Maßnahmen des Gesetzgebers. Der Ausgleich eines potenziellen Konfliktes zwischen den legitimen und verhältnismäßigen Regulierungszielen, die der demokratische Gesetzgeber verfolgen will, und den völkerrechtlichen Investitionsschutzstandards die die Gerichte schützen sollen, ist vertragstextlich nicht ausreichend determiniert. Der rechtliche Gehalt der Vorschriften über die Regulierungsrechte bleibt in mehrerer Hinsicht unklar. Welche Regulierungsziele im Spannungsverhältnis zum Investitionsschutz letztlich legitim, geeignet und notwendig sind, und trotz ihrer Auswirkungen auf Investitionen ohne Entschädigungs- oder Schadensersatzpflicht von den Staaten verfolgt werden dürfen, entscheiden letztverbindlich die Schiedsgerichte aufgrund subjektiver Wertungen. Der Funktionsvorbehalt zugunsten des besser legitimierten demokratischen Gesetzgebers wird nicht geschützt. Eine Einschätzungsprärogative der nationalen Gesetzgeber ist im Freihandelsabkommen nicht garantiert. Die Schiedsgerichte setzen sich mit ihrer Beurteilung der Legitimität und der Verhältnismäßigkeit einer staatlichen Regulierung also an die Stelle des Gesetzgebers.

3. Die Möglichkeiten der Vertragspartner die Rechtsprechung der Schiedsgerichte durch eine authentische Interpretation der Vertragsbegriffe im Investitionsschutzkapitel zu kontrollieren und Rechtsprechungslinien der Schiedsgerichte, die dem Willen der Vertragspartner nicht entsprechen, wieder einzufangen, reicht nicht aus, um sowohl die defizitäre personelle als auch die zu schwache inhaltlich-sachliche Legitimation der Schiedsgerichte auszugleichen. Die reelle Möglichkeit der politischen Korrektur einer Rechtsprechungslinie ist im demokratischen Rechtsstaat ein notwendiges Korrelat der unvollkommenen Rechtsbindung der richterlichen Gewalt, um die Handlungsmacht des demokratisch legitimierten Parlaments und des Volkssouveräns zu schützen. Auslegungs-Beschlüsse der Vertragsorgane (Gemischter CETA-Ausschuss und Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen binden die Schiedsgerichte zwar. Sie müssen aber einvernehmlich ergehen, so dass es eine Vielzahl an Vetopositionen gibt. In der Praxis hat sich die Auslegung der Vertragsbestimmung durch Vertragsgremien zudem als nicht wirkungsvoll erwiesen.

C. Das neue Konzept des reformierten Investitionsschutzes in CETA

Zunächst ist fraglich, ob CETA im Investitionsschutzkapitel tatsächlich eine nicht-staatliche Schiedsgerichtsbarkeit nach herkömmlichem Muster einrichtet. Denn für Schiedsgerichte und für staatliche Gerichte gelten unterschiedliche verfassungsrechtliche Anforderungen an die Zulässigkeit. Im CETA Vertragsentwurf von 2016 haben sich relevante Veränderungen im Verhältnis zur zuvor anvisierten Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit (ISDS) ergeben. Der Entwurf deutet auf ein hybrides Institut hin.

Die Investitionsgerichtsbarkeit im CETA ist aber nach wie vor eine Schiedsgerichtsbarkeit.

[Kriterien bei *Sandrock*, Das Internationale Handelsgericht im TTIP, in: RIW 2015, S. 625 (626); *Duvel/Rösch*, Lösen internationale Gerichte die Schiedsgerichtsbarkeit ab?, in: ZVglRWiss 114 (2015), S. 387 (388 ff.); *Karl*, Investor-Gaststaat-Streitschlichtung – ein Auslaufmodell?, in: RIW 2015, S. 41 (41 f.).]

I. Allgemeine Kriterien

Hierfür spricht zum einen die Benennung des Streitmechanismus im Freihandelsabkommen selbst. Zwar werden die Schiedsgerichte in der deutschen Fassung der vorläufig anwendbaren Regelungen als „Gerichte“ und ihre Entscheidungen als „Urteile“ bezeichnet. Die offizielle englische Fassung behält aber die Bezeichnungen als „Tribunale“ und den Begriff des „Award“ für den Schiedsspruch bei. Das sind die typischen, im internationalen ISDS gängigen Bezeichnungen in der Schiedsgerichtsbarkeit.

II. Besetzung der Tribunale und der Spruchkörper

Das ISDS zeichnet sich grundsätzlich dadurch aus, dass die streitenden Parteien über die personelle Besetzung ihres, nur diesen einen Fall eingerichteten Schiedsgerichts selbst entscheiden. Entweder werden Schiedsrichter freihändig benannt oder die Parteien wählen, wie z.B. nach den ICSID-Regeln, aus einer Liste von Schiedsrichtern diejenigen aus, denen sie für ihren Fall vertrauen.

Das für die Schiedsgerichtsbarkeit typische Ernennungsverfahren für die Schiedsrichter ist von CETA modifiziert worden. Es ist dem Listenverfahren nach ICSID angeglichen – außer dass die anfängliche Liste der Schiedsrichter sehr viel kürzer ist als die ICSID-Liste.

[Auf der ICSID-Liste sind etwa 993 Personen als Schiedsrichter benannt, vgl. *Rafsendjani*, Der Investitionsschutz im transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaftsabkommen (TTIP), in: jM 2015, S. 222 (225).]

Die Zahl der Schiedsrichter lässt von dem Gemischten CETA-Ausschuss aber – nach oben offen – erweitern (Art. 8.27 Nr. 3 CETA).

Für die CETA-Schiedsgerichtsbarkeit wird eine Liste mit 15 Schiedsrichtern angelegt. Fünf von ihnen sind Staatsangehörige Kanadas, fünf sind Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU und fünf sind Staatsangehörige von Drittstaaten (Art. 8.27 Nr. 2 CETA). Ihre „Amtszeit“ dauert grundsätzlich fünf Jahre (Art. 8.27 Nr. 5 CETA). Das Besondere ist, dass die Richterliste vom „Gemischten CETA-Ausschuss“ (GCA) beschickt wird. Die EU und Kanada wählen die Schiedsrichter also im Vorfeld gemeinsam aus. Damit liegt die Auswahl der Richter für die Richterliste in staatlicher Hand.

Über eine eingereichte Investorenschutzklage entscheidet eine „Kammer“ aus drei Richtern. Dieser Spruchkörper wird allerdings erst nach Einreichung der Klage vom Präsidenten des Schiedsgerichts benannt. Hierbei soll nach einem Rotations- und Zufallsprinzip vorgegangen werden (Art. 8.27 Nr. 7 CETA). Ein Geschäftsverteilungsplan, wie in der staatlichen Gerichtsbarkeit üblich, nach dem die Schiedsrichter bereits vor Einleitung eines Verfahrens feststünden, existiert nicht. Die Streitparteien können zudem vereinbaren, dass nur ein Schiedsrichter entscheidet, der dann nach dem Zufallsprinzip ernannt wird (Art. 8.27 Nr. 9 CETA).

Die Richter erhalten eine monatliche Grundvergütung, über deren Höhe der GCA bestimmt, und eine nicht bezifferte sonstige Vergütung (Art. 8.27 Nr. 12 CETA). Die mehr oder weniger öffentlich alimentierte Schiedsrichterbank ist zwar ein Schritt hin zu einem „Gerichtshof“.

[*Weidenfeller*, Nicht mehr privat und nicht mehr geheim? – Reform des internationalen Schiedsverfahrens, in: ZRP 2015, S. 112 (114); *Jaeger*, Zum Vorschlag einer permanenten Investitionsgerichtsbarkeit, in: EuR 2016, S. 203 (212).]

Gleichwohl richtet auch das neue Konzept der Investorenschiedsgerichtsbarkeit im CETA damit nicht ein permanentes Gericht ein, sondern – ähnlich wie ICSID – eine permanente Liste von Schiedsrichtern, die eine Grundalimentation erhalten, damit sie, weil es wenige sind, trotz anderweitiger beruflicher Beschäftigung für anstehende Fälle auch verfügbar sind.

Hier liegen einige grundlegende Veränderungen im Vergleich zur sonst üblichen Schiedsgerichtsbarkeit im Investitionsschutz. Diese Veränderungen betreffen auch die Privatautonomie der Streitparteien. Die Streitparteien suchen sich ihre Richter nicht mehr ausschließlich selbst. Vor allem der klagende private Investor wird von der Besetzung des Schiedstribunals mit einem Richter seines Vertrauens ausgeschlossen. Vielmehr agieren hier ein Vertragsorgan und der Präsident des Tribunals gemeinsam. Die Zusammensetzung des jeweils zuständigen Tribunals wird damit zwar den grundgesetzlichen Anforderungen an eine Zuständigkeitsordnung des „gesetzlichen Richters“ angenähert.

[Näher *Degenhart*, in: Sachs, GG, 1. Aufl. 1999, Art. 101 Rn. 5; BVerfGE 95, 322 (32 ff.).]

Jegliche Einflussnahme der Vertragsparteien auf die Zusammensetzung der Tribunale ist aber nicht ausgeschlossen, da diese über das GCA die Richter benennen. Auch ist nach wie vor eine, wenn auch abgeschwächte, ad hoc Gerichtsbarkeit gegeben, da die Kammern erst nach Klageeinreichung zusammengestellt werden. Die Spruchkörper werden also, wie in der Schiedsgerichtsbarkeit üblich, von Fall zu Fall neu gebildet.

[*Birkner*, Freihandel und Investitionsschutzrecht – Modelle und Perspektiven gerichtlicher Streitbeilegung, in: EuZW 2016, S. 454 (457).]

Privatautonomen Grundsätzen unterliegt auch nach wie vor die Wahl der Verfahrensregeln. Diese stehen zur Disposition der Parteien. Nach Art. 8.23 Nr. 2 CETA kann eine Klage eingereicht werden, die aufgrund der Regeln entweder von ICSID oder von UNCITRAL oder aufgrund von Regeln, die die Streitparteien einvernehmlich selbst festgelegt haben, zu entscheiden ist.

Das Gericht ist insoweit autonom, als es seine Arbeitsverfahren selbst festlegt. (Art. 8.27 Nr. 10 CETA). Das ICSID-Sekretariat leistet dem Schiedsgericht infrastrukturelle Hilfe (Art. 8.27 Nr. 13 u. Nr. 16 CETA).

III. Qualifikation und Status der Schiedsrichter

Die Tribunale sind nicht zwangsläufig mit staatlichen Berufs-Richtern besetzt. Art. 8.27 Nr. 4 CETA benennt die Anforderungen, die an die zu berufenden Schiedsrichter gestellt werden. Sie müssen nur die zum Richteramt erforderlichen Qualifikationen eines Juristen besitzen, oder aber ohne diese Qualifikationen zu besitzen, Juristen von anerkannt hervorragender Befähigung sein. Fachwissen müssen sie lediglich auf den Gebieten des Völkerrechts und „insbesondere“ des internationalen Investitionsschutzrechts oder des internationalen Handelsrechts nachweisen.

Hier wird die Anlehnung des CETA Investor-Staat-Streits, wie von ISDS überhaupt, an die internationale Handelsgerichtsbarkeit deutlich. Deutlich wird ebenfalls die Tendenz des Abkommens, Allgemeinwohlfragen strukturell gegenüber Handelsliberalisierungen zu vernachlässigen. Obwohl die Richter rechtsverbindlich und mit Sanktionsbefugnissen versehen über legitime Politikziele der Nationalstaaten entscheiden werden, liegt ihre Kompetenz schwerpunktmäßig im internationalen Handels- und Investitionsschutzrecht. Ihre Tätigkeit ist kein Amt im Sinne von Art. 33 IV GG und hat nicht per se einen Gemeinwohlbezug.

[*Josef Isensee*, Gemeinwohl und öffentliches Amt, 2014, S. 100 ff.; *Wilhelm Hennis*, Amtsgedanke und Demokratiebegriff, in: FS Smend, 1962, S. 9 ff.]

IV. Zwischenergebnis

Die Tribunale des CETA sind eine hybride Form der Gerichtsbarkeit, in der sich Elemente einer der staatlichen Gerichtsbarkeit angenäherten Organisation und schiedsrechtliche Elemente mischen. Die letzteren überwiegen. Vor allem die kurze, periodisch geschlossene Schiedsrichterliste, reduziert zwar den Einfluss der Privatautonomie auf die Gerichte. In jedem Fall errichtet CETA aber eine nicht-staatliche Schiedsgerichtsbarkeit. CETA institutionalisiert keine internationale staatliche Gerichtsbarkeit, sondern enthält Regelungen, die eine Infrastrukturverwaltung für die Tribunale einrichten und einen Rechtsrahmen für konkret – nach Einreichung einer Klage – zu bildende Spruchkörper setzen.

Im Ergebnis findet mit der Neuregelung des Investitionsschutzes in CETA damit keine grundsätzliche Abkehr vom ursprünglichen System des ISDS statt. Es werden lediglich einige prozedurale Mängel behoben.

[*Krajewski/Hoffmann*, Der Vorschlag der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP, FES, 2015, S. 5.]

D. Vollstreckung eines Schiedsspruchs – ordre-public-Prüfung

Schiedsgerichtsurteile im ISDS zeichnen sich dadurch aus, dass sie weltweit vollstreckt werden können. Da das Vollstreckungskapitel in CETA diesen Grundsatz nicht einschränkt, gilt er für Schiedssprüche die im Rahmen einer Investorenschutzklage nach CETA erlassen wurden, ebenfalls. Die Vollstreckungsregelungen in CETA entsprechen ebenfalls weitestgehend – mit geringfügigen Einschränkungen – den Vollstreckungsregeln der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit.

Weiterhin wird es ebenfalls möglich sein, dass schiedsgerichtliche Urteile gegen Nationalstaaten, die im Rahmen von CETA nach ICSID verklagt worden sind, vollstreckt werden, ohne dass eine ordre-public Prüfung der (nationalen) Vollstreckungsgerichte stattfindet (Art. 51 ff. ICSID).

In den beiden gängigen Schiedsordnungen, UNCITRAL und ICSID, wird die Rolle, die nationale Vollstreckungsgerichte bei der Vollstreckung von Schiedssprüchen spielen, unterschiedlich geregelt. UNCITRAL sieht die Möglichkeit der innerstaatlichen Überprüfung eines Schiedsspruchs durch ein nationales Gericht auf seine Vereinbarkeit mit dem ordre public im Rahmen des Aufhebungsverfahrens nach Art. 34 i.V.m. Art. 6 UNCITRAL und im Rahmen der Vollstreckbarerklärung nach § 1061 ZPO i.V.m. Art. 36 UNCITRAL vor. Diese

Kontrolle durch nationale Gerichte gibt es bei ICSID nicht. Nach Art. 53 ICSID gilt das Ausschließlichkeitsprinzip. Ein Schiedsspruch muss nach Art. 54 ICSID ohne weitere Kontrolle durch die nationalen Gerichte anerkannt werden.

[*Tietje*, Internationaler Investitionsschutz, in: Ehlers (Hg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 4 Rn. 10 ff.; *Kreindler*, Rechtsschutz für ausländische Direktinvestitionen im Energiesektor, in: Genzow (Hg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz, 2010, S. 433 (439 f.); *Wolff*, Grundzüge des Schiedsverfahrensrechts, in: JuS 2008, S. 108 ff.]

Zwar regelt Art. 8.41 Abs. 4 CETA etwas unklar, dass die Vollstreckung eines „Urteilspruchs“ der Tribunale denjenigen Rechtsvorschriften unterliegt, die am Vollstreckungsort gelten. Aber Art. 8.41 Nr. 6 CETA stellt klar, dass Schiedsurteile, die auf Klagen ergehen, die nach ICSID eingereicht wurden, als Schiedssprüche im Sinne des ICSID-Übereinkommens gelten. ICSID Schiedssprüche werden nach Abschnitt 6 Art. 54 der ICSID-Übereinkunft von der nationalen Rechtsordnung so behandelt, als handele es sich bei ihnen um rechtskräftige Urteile der innerstaatlichen Gerichte.

CETA richtet zwar ein Appellationstribunal ein, das die Schiedssprüche der erstinstanzlichen Schiedsgerichte auf Rechtsanwendungs- und Tatsachenfehler prüft. Das nationale Recht wird durch CETA zwar berufen, wird im Schiedsverfahren selbst in derjenigen Auslegung, die ihm die herrschende Meinung gibt, aber lediglich als Tatsache bei der Sachverhaltsermittlung oder bei der Klärung von Vorfragen herangezogen.

[*Spiermann*, Investment Arbitration: Applicable Law, in: Bungenberg u.a. (Hg.), International Investment Law, 2015, S. 1373 Rn. 26 ff.]

Das Prüfprogramm der Appellationsinstanz spiegelt das Prüfprogramm der ersten Instanz in CETA. Die Appellationsinstanz untersucht daher den erstinstanzlichen Schiedsspruch lediglich auf offensichtliche Fehler bei der Beurteilung der vom Erstgericht herangezogenen nationalen Normen als Tatsachenfeststellung (Art. 8.28 Nr. 2 (b) CETA). Die Prüfungskompetenz des Appellationstribunals reicht damit einerseits zwar weit über die Prüfungskompetenz der nationalen Gerichte im Vollstreckungsverfahren von Schiedsurteilen hinaus, beinhaltet aber keine *ordre-public*-Prüfung. Insbesondere findet keine Überprüfung der Schiedsurteile anhand der fundamentalen Grundsätze der deutschen Rechts- und Wertordnung statt, wenn diese nicht Gegenstand der ersten Instanz waren.

E. Grundgesetzliche Ermächtigung zur Einrichtung einer Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit

Eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Ermächtigung zur Einrichtung von ISDS enthält das Grundgesetz nicht. Art. 24 GG regelt zwar die Übertragbarkeit von Hoheitsrechten im völkerrechtlichen Kontext. Investor-Staat-Schiedsgerichte sind jedoch keine Streitschlichtungsinstanzen, die in Art. 24 Abs. 1 o. 3 GG benannt werden. Art. 24 Abs. 3 GG bezieht sich explizit nur auf zwischenstaatliche Schiedsgerichte. Internationale Schiedsgerichte auf der Grundlage des Art. 24 Abs. 1 GG zeichnen sich dadurch aus, dass die von ihnen erlassenen Hoheitsakte Durchgriffswirkung in die innerstaatliche Rechtsordnung haben. Das ist von CETA gerade nicht gewollt.

[*Ohler*, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht, in: JZ 2015, S. 337 (342); a.A. *Stoll u.a.*, Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) – Regulatorische Zusammenarbeit und Investitionsschutz und ihre Bedeutung für den Umweltschutz, Gutachten, 2015, S. 62 ff.]

Die Bundesrepublik Deutschland hat die Einrichtung einer nicht-staatlichen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit auch nicht als Kompetenz auf die EU übertragen. Aus Art. 345 AEUV ergibt sich zudem ein Vorbehalt zugunsten der Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten, in die der Investitionsschutz eingreift. Der Grundsatz der Parallelität von Sach- und Durchsetzungskompetenz führt nicht dazu, dass die EU wegen ihrer Sachkompetenz im Außenhandelsrecht zusätzlich aus ihren implied powers ermächtigt wäre, ohne die mitgliedstaatliche Mitwirkung einen Streitschlichtungsmechanismus zum Investitionsschutz in das Handelsabkommen aufzunehmen. Investor-Staat-Schiedsverfahren sind zwar ein üblicher, aber kein notwendiger Bestandteil von Freihandelsabkommen. Investitionen in der EU bedürfen nicht des Schutzes durch Schiedsgerichte, um als sicher zu gelten.

[Mayer, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, Gutachten, 2014, S. 14 f.; a.A. Hoffmeister, Wider die German Angst – Ein Plädoyer für die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft, in: AVR 53 (2015), S. 35 (58 f.).]

Eine geschriebene Norm, die es der Bundesrepublik Deutschland erlaubte, Rechtsprechungsfunktionen auf eine Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit zu übertragen, fehlt im Grundgesetz damit.

Auf ungeschriebene Normen des Grundgesetzes als Ermächtigungsgrundlage auszuweichen, wie z.B. den Grundsatz der offenen Staatlichkeit, oder den Grundsatz der internationalen Zusammenarbeit, wie dies zuweilen vorgeschlagen wird,

[Prütting, Schiedsgerichtsbarkeit isr Anwaltssache, in: AnwBl. 2015, S. 546 (550); Ohler, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischen Verfassungsrecht, in: JZ 2015, S. 337 (342).]

verbietet sich im Kernbereich der Verfassungsidentität, in den, wie gezeigt werden wird, die Schiedsgerichtsbarkeit eingreift.

Eine verfassungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage zur Einrichtung einer Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit fehlt im Grundgesetz damit insgesamt und auch auf europarechtlicher Ebene existiert eine derartige Ermächtigung nicht.

F. Nicht-staatliche Schiedsgerichte und das Rechtsprechungsmonopol aus Art. 92 GG

Nicht-staatliche Schiedsgerichte in Investor-Staat-Schiedsverfahren verstoßen gegen das Rechtsprechungsmonopol aus Art. 92 GG.

I. Nicht-Staatliche Schiedsgerichtsbarkeit im Anwendungsbereich des Rechtsprechungsmonopols

1. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist kein Regelungsgegenstand von Art. 92 GG

Ob private Schiedsgerichte überhaupt dem Rechtsprechungsmonopol des Grundgesetzes zuzuordnen sind, ist umstritten. Die herrschende Meinung zu Art. 92 GG vertritt, dass die nichtstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit überhaupt kein Regelungsgegenstand des Art. 92 GG sei.

Dass dem Justizmonopol des Art 92 GG keinerlei Aussage über die nicht-staatliche Schiedsgerichtsbarkeit zu entnehmen sei, gelte, so die herrschende Meinung, sowohl für die Schiedsgerichtsbarkeit im Zivilrecht als auch für die so genannte „echte“ Schiedsgerichtsbarkeit im öffentlichen Recht, die über subordinationsrechtliche Rechtsverhältnisse zwischen Bürger und Staat urteilt.

Dieser letzten Kategorie ist die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zuzuordnen, das Streitigkeiten aus einem Über-Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Investor entschieden werden. Das gilt jedenfalls dann, wenn es in dem Streit um so genannte „Treaty-Claims“ geht, die den Haupteinwendungsfall gegen die Schiedsgerichtsbarkeit ausmachen.

Das Rechtsprechungsmonopol zugunsten der staatlichen Gerichte sei, so die herrschende Meinung, ausschließlich funktional in Abgrenzung zu den beiden anderen Staatsgewalten zu verstehen. Es bedeute, dass im gewaltenteilenden Staat die Rechtsprechung der Judikative vorbehalten sei.

[*Bettermann*, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Band III/2, 2. Aufl. 1972, S. 629; *Wilke*, Die rechtsprechende Gewalt, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR V*, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 112 Rdnr. 90 f.; *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, *Lichtenberg* 2004, S. 84 ff.]

Als stützende Hauptargumente, die dafür ins Feld geführt werden, dass Art. 92 GG Investitionsschiedsgerichte weder in den Blick nehmen noch ausschließen, werden das vorkonstitutionelle Gesamtbild des Grundgesetzes und der historische Willen des Verfassungsgebers genannt.

Tatsächlich ist die Schiedsgerichtsbarkeit älter als das Grundgesetz.

[*Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., München 2010, § 175 Rdnr. 22; *Steiner*, Das Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit, in: *SchiedsVZ* 2013, S. 15 (19).]

Zu beachten ist hierbei allerdings, dass die Schiedsgerichtsbarkeit, die der Verfassungsgeber kannte, eine bereichsspezifische Schiedsgerichtsbarkeit war. Schieds- und Schlichtungsverfahren gab es auf dem privat- und arbeitsrechtlichen Gebiet sowie im zwischenstaatlichen Völkerrecht. Schiedsverfahren in Subordinationsverhältnissen, in denen private Richter über hoheitliche Maßnahmen zu Gerichte saßen, waren unbekannt. Auch Schiedsverfahrensrechtliche Klagen privater Investoren wegen der Verletzung eines völkerrechtlichen Vertrages, dessen Parteien die privaten Investoren nicht sind, kannte der Verfassungsgeber mangels Existenz solcher Streitschlichtungsmechanismen nicht und konnte sie nicht in sein vorverfassungsrechtliches Bild aufnehmen.

2. Die subordinationsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit ist wegen Art. 92 GG verfassungswidrig

In der älteren Literatur wird ein absolutes Rechtsprechungsmonopol der staatlichen Gerichte mit Wirkung auch gegenüber der privaten Schiedsgerichtsbarkeit behauptet. Vor allem die so genannte „echte“ Schiedsgerichtsbarkeit in subordinationsrechtlichen Verhältnissen zwischen Bürger und Staat wird kategorisch als verfassungswidrig abgelehnt.

[*Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig*, *Grundgesetz*, beck-online, Art. 92 Rdnr. 89: „Wegen ihrer grundrechtlichen Basis kommt private Schiedsgerichtsbarkeit von vornherein nur im zivilrechtlichen

Bereich zwischen Privatpersonen in Betracht. Private ‚Verwaltungsgerichtsbarkeit‘ scheidet dagegen aus, weil Private keine Rechts- und Entscheidungsmacht gegenüber der öffentlichen Verwaltung ausüben können (...)“. Ferner *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 92 Rdnr. 158; *Menger*, Berufsgerichte und Grundgesetz, in: JuS 1966, S. 66 ff.; *Häberle*, Berufsgerichte als „staatliche“ Gerichte, in: DÖV 1965, 369 (373); *Arndt*, Private Betriebs-„Justiz“, in: NJW 1965, S. 26 (27); *Lembcke*, Die Influenz von Justizgewährungsanspruch, Rechtsprechungsmonopol des Staates und rechtlichem Gehör auf außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren, in: NVwZ 2008, S. 42 (43); *Wilke*, Die rechtsprechende Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 112 Rdnr. 47: Ausdrücklich ordne das Grundgesetz die richterliche Kontrolle der Exekutive durch folgende Vorschriften an: Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG, Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 34 S. 3 GG. Nur im Übrigen sei es Sache des Gesetzgebers, Zuständigkeiten zu verteilen. Zurückhaltender *Wolff*, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, 2001, Art. 91 Rdnr. 45: Auslotung der Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen.]

Um subordinationsrechtliche Streitigkeiten handelt es auch bei Investor-Staat-Streitigkeiten, die sich auf „Treaty-Claims“ wegen staatlicher Regulierung richten.

II. Differenzierende Lösungen

Der in Art. 92 GG hineingelesene Satz, nicht-staatliche Schiedsgerichte würden durch das Rechtsprechungsmonopol weder verboten noch erlaubt, erfasst den Regelungsgehalt des Art. 92 GG nicht. Zwar ist der Normgehalt primär auf Gewaltenteilung gerichtet, damit verbunden enthält Art. 92 GG aber implizit die Verpflichtung des Staates, die Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt selbst wahrzunehmen. Art. 92 GG ist insoweit eine Grundlagennorm für eine obligatorische Staatsaufgabe.

[*Burgi*, Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 75 Rn. 37 ff.]

Richtigerweise sucht eine Mindermeinung in der Rechtswissenschaft deshalb nach vermittelnden Lösungen zwischen Rechtsprechungsmonopol und Schiedsgerichtsbarkeit.

1. Gewährleistungs- und Überwachungsverantwortung des Staates

In diesem Zusammenhang lassen sich zum einen die Grundsätze des Privatisierungsfolgenrechts auf die nicht-staatliche internationale Schiedsgerichtsbarkeit übertragen.

Nimmt der Staat im Funktionsbereich der Rechtsprechung seine Sorge um das öffentliche Interesse nicht mehr selbst wahr, sondern lagert er es an nicht-staatliche Gerichte aus, tritt er in eine Gewährleistungsverantwortung ein. Diese Gewährleistungsverantwortung reicht so weit, dass die für das nicht-staatliche Schiedsverfahren einschlägigen Verfahrensordnungen garantieren müssen, dass die jeweilige Streitentscheidung zumindest auf Antrag einer letztentscheidenden Kontrolle auf evidente formelle oder materielle Rechtsfehler durch staatliche Gerichte unterliegt.

[*Burgi*, Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 75 Rn. 37 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rdnr. 73; *Papier*, Justizgewährungsanspruch, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 176 Rdnr. 12 f.; *Möller*, Echte Schiedsgerichtsbarkeit im Verwaltungsrecht, Berlin 2014, S. 116 f.; *Classen*, Der EuGH und die Schiedsgerichtsbarkeit in Investitionsschutzabkommen, in: EuR 2012, S. 611 (617 ff.); *Hirsch*, Schiedsgerichte- ein Offenbarungseid für die staatlichen Gerichte?, in: SchiedsVZ 2003, S. 49 (50 ff.).]

Diese Gewährleistungsverantwortung muss der Staat im Rahmen der ordre-public-Kontrolle vor der Vollstreckung eines Schiedsurteils im Nationalstaat durch staatliche Vollstreckungsgerichte übernehmen.

Da CETA eine standardmäßige *ordre-public*-Prüfung nicht vorsieht, diese Prüfung bei Schiedsurteilen, die im Rahmen von CETA nach ICSID ergehen, sogar ausgeschlossen ist,

[*Engel*, Investitionsstreitigkeiten in der Europäischen Union, in: *SchiedsVZ* 2015, S. 218 (220).]

erfüllen die Regelungen zur Schiedsgerichtsbarkeit im Freihandelsabkommen diese Anforderungen aus dem Rechtsprechungsmonopol nicht.

2. Der Kernbereich des Rechtsprechungsmonopols

Nach anderer Auffassung existiert ein Kernbereich staatlicher Gerichtsbarkeit, der durch Schiedsabreden nicht auf nicht-staatliche Gerichte übertragen werden darf.

[BVerfGE 22, 49 (79); 27, 18 (28); 45, 272 (289); 64, 261 (278); 103, 111 (136)]

Zu diesem unantastbaren Kernbereich des Justizmonopols gehören alle Streitigkeiten, für die das Grundgesetz spezielle Rechtsweggarantien oder Richtervorbehalte vorgesehen hat.

[*Detterbeck*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 2. Aufl., München 1999, Art. 92 Rdnr. 29; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz*, Band III, 2. Aufl., Tübingen 2008, Art. 92 Rdnr. 49 ff.; *Klein*, Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, in: *VVDStRL* 8 (1950), S. 67 (93): „Ausgeschlossen ist dadurch jegliche Art schiedsgerichtlicher Erledigung einer Streitigkeit zwischen einem durch einen Träger der öffentlichen Gewalt in seinen Rechten Verletzten und dem Gewaltträger (...), da es einen Rechtsweg im rechtstechnisch-spezifischen Sinne nicht zu den Schiedsgerichten, sondern nur zu Gerichten gibt (...); Rechtsweg ist Gerichtsweg“; *Achterberg*, in *Bonner Kommentar* (1981), Art. 92 Rdnr. 178, 184: Art 19 Abs. 4 GG „eröffnet somit nur für hoheitliche Rechtsverletzungen zwingend den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten.“ „Ob und inwieweit Schiedsgerichte auch in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten tätig werden können, ist umstritten. (...) Im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG ist die Frage zu verneinen“.]

Für die Investorenschiedsgerichtsbarkeit relevante grundgesetzliche Regelungen sind hier die Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG. Beide Verfassungsnormen enthalten Rechtsweggarantien, über die die Streitigkeiten über die Höhe einer Entschädigung im Enteignungsrecht oder von Schadensersatz im Staatshaftungsrecht auf den ordentlichen Rechtsweg in die staatliche Gerichtsbarkeit verwiesen werden.

[*Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz*, Band III, 2. Aufl., Tübingen 2008, Art. 92 Rdnr. 30 ff.: Der Begriff der Rechtsprechung enthält alle staatlichen Entscheidungstätigkeiten durch Gerichte, die der Text des Grundgesetzes ausdrücklich als solche ansieht. „So verlangen die im Grundgesetz explizit normierten Rechtsweggarantien, dass in den dort bestimmten Angelegenheiten letztverbindlich Gerichte in der Regel nachträglich entscheiden können. Auch für Streitigkeiten nach Art. 14 Abs. 3 S. 4 und Art. 34 S. 3 normiert das Grundgesetz ausdrücklich spezielle Rechtsweggarantien“.]

Eine höchstgerichtliche Bestätigung hat diese Ansicht in einem frühen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts gefunden: „Der kraft Verfassungsrechts vorgesehene ordentliche Rechtsweg (scil: nach Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG) steht grundsätzlich nicht zur Disposition der Beteiligten“.

[BVerwG, NJW 1990, 1926 (1929)]

Investorenschutz findet nach CETA statt in Enteignungsstreitigkeiten und in Streitigkeiten über indirekte Enteignungen. Das sind Verfahren, die – in die nationale Rechtsordnung

gezoomt – den Verfahren nach Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und den staatshaftungsrechtlichen Streitigkeiten nach Art. 34 GG gegen enteignende und enteignungsgleiche Maßnahmen entsprechen. Insoweit widerspricht der Investorenschutz dem Rechtsprechungsmonopol.

G. Rechtsprechungsmonopol und Verfassungsidentität

I. Rechtsstaatsprinzip und Verfassungsidentität

Auf einen ersten Blick scheint das Rechtsprechungsmonopol den Verfassungsprinzipien der Gewaltenteilung und des Rechtsstaats zuzuschlagen zu sein. Das Bundesverfassungsgericht hat es bislang dahinstehen lassen, ob und inwieweit das Rechtsstaatsprinzip (oder das Gewaltenteilungsprinzip) im Verbund mit dem Demokratieprinzip rügefähig sind.

[BVerfGE 129, 124 (173); dafür *Dietrich Murswiek*, Art. 38 GG als Grundlage eines Rechts auf Achtung des unabänderlichen Verfassungskerns, in: JZ 2010, S. 702 (703, 705 f.).]

Das Rechtsstaatsprinzip gehört zu den in Art. 20 GG niedergelegten Verfassungsprinzipien, die von Art. 79 Abs. 3 GG geschützt werden. Wesentliche Kernbereiche des Rechtsstaatsprinzips, wie z.B. die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, haben sich in der deutschen Verfassungsgeschichte eher entwickelt als das Demokratieprinzip und prägen die deutsche Verfassungsidentität. Sie haben sich mit dem Demokratieprinzip zur Verfassungsmäßigkeit aller verfassten Staatsgewalten verbunden. Die Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips stellen sicher, dass das Volk die verfassten Gewalten mit seinem Willen steuern kann. Sie sind ein unverzichtbarer Bestandteil des Anspruchs der Bürger auf Demokratie, der in dem Anspruch auf Beeinflussung aller öffentlichen Gewalten und ihrer sachlich-inhaltlichen Determinierung durch den Volkswillen kulminiert.

[BVerfG, Urteil v. 21.6.2016, 2 BvR 2728/13, Rn. 126, 128]

Die Verwaltung soll durch parlamentarische Gesetze zuverlässig demokratisch gesteuert werden, genauso wie der Gesetzgeber durch die vom Volkssouverän erlassene Verfassung determiniert sein soll. Diese Bindungen, einmal der vollziehenden Gewalt an die Vorgaben der Volksvertretung, und einmal der verfassten gesetzgebenden Gewalt an den Verfassungsgeber sind genauso ein Kernbestandteil des Rechtsstaatsprinzips wie ein Kernbestandteil des Demokratieprinzips und damit über die Verfassungsidentität geschützt und rügefähig. Sie werden durch die staatliche Gerichtsbarkeit und die objektive Rechtsschutzfunktion von Klagen sowie der ordre public-Prüfung hergestellt.

II. Der (internationale) ordre public

Das Rechtsprechungsmonopol, soweit es in die Gewährleistungsverantwortung des Staates für den ordre-public ausläuft, sichert neben den Prinzipien von Gewaltenteilung und Rechtsstaat deshalb auch das Demokratieprinzip. Die Pflicht zur Letztentscheidung durch staatliche Gerichte gegenüber einer internationalen nicht-staatlichen Schiedsgerichtsbarkeit fällt damit unter den Kernbereichsschutz des Art. 79 Abs. 3 GG. Mit dieser Gewährleistungsverantwortung im Sinne der ordre-public-Prüfung wird im Sinne der objektiven Rechtsschutzfunktion sichergestellt, dass sich deutsche Behörden nicht an der Durchführung von inhaltlichen Vorgaben einer nicht-nationalen und nicht-staatlichen Hoheitsgewalt im Gebiet des Grundgesetzes steuern lassen, wenn die Inhalte ihrer Entscheidungen gegen wesentliche Grundsätze der deutschen Verfassung verstoßen.

Eine ordre-public-Prüfung bedeutet, dass die nationalen Vollstreckungsgerichte die offensichtliche Unverträglichkeit der Rechtsfolgen eines Schiedsurteils mit fundamentalen Wertentscheidungen der deutschen Rechtsordnung oder den Grundlagen des wirtschaftlichen Lebens zu überprüfen haben. Werden Urteile nicht-deutscher und nicht-staatlicher Schiedsgerichte begutachtet, reduziert sich der Prüfungsumfang wegen der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes auf den so genannten ordre public international oder den so genannten völkerrechtlichen ordre public. Der völkerrechtliche ordre public wehrt nur schwerwiegende Bedrohungen der Verfassungsidentität durch Schiedsurteile ab.

- [BGH, NJW 2007, S. 772 (774 f.); BGH, NJW 2009, S. 1215 (1215 f.); OLG Frankfurt/M., 10.5.2012, 26 SchH 11/10, juris, Rn. 102 ff.; *Wilske/Markert*, BeckOK ZPO, 2015, § 1061 48 ff.; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Rn. 7; *Sandrock*, IPrax 2001, 550 (556); *Bruns*, JZ 1999, 278 (280); *Meessen*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR XI, 3. Aufl. 2013, § 246 Rn. 124 ff.; *Raeschke-Kessler*, NJW 1988, 3041 (3042, 3051); *Kühn*, Aktuelle Fragen zur Anwendung der New Yorker Konvention, in: SchiedsVZ 2009, 53 (57); Winterfeld, Noch einmal: Der deutsche ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in: NJW 1987, S. 3059 ff.; *Quinke*, SchiedsVZ 2007, 246 (248 f.), 3042; *Horn*, SchiedsVZ 2008, 209 (210 ff.); *Kornblum*, NJW 1987, 1105 (1105).]

Auswärtige Hoheitsakte dürfen in Deutschland dann nicht vollstreckt werden, wenn sie gegen fundamentale Wertentscheidungen des verfassungsgebenden Souveräns verstoßen, die dieser für das Zusammenleben im Staat als unerlässlich angesehen hat. Das ist nicht nur ein rechtsstaatliches, sondern vor allem ein demokratisches Erfordernis. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthält der internationale ordre public die unverzichtbaren Grundsätze des *freiheitlichen* Rechtsstaats.

[BVerfG, B. v. 4.9.2008, 2 BvR 1793/06, Rn. 17.]

Hier, im unerlässlichen Kernbestand verfassungsrechtlicher Werte, die eo ipso die Verfassungsidentität ausmachen, ist eine Abwägung mit der außenpolitischen Handlungsfreiheit des Staates oder der Konkurrenzfähigkeit des Wirtschaftsstandorts Deutschland in der globalisierten Wirtschaftsordnung, die beide stets als Argumente gegen eine nationale Kontrolle von Schiedssprüchen in der Investitionsgerichtsbarkeit ins Spiel gebracht werden, nicht mehr zulässig.

[A.A. *Peter Tobias Stoll u.a.*, Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) – Regulatorische Zusammenarbeit und Investitionsschutz und ihre Bedeutung für den Umweltschutz, Gutachten, 2015, S. 88 ff.]

Der unerlässliche Kernbestand verfassungsrechtlicher Werte ist abwägungsresistent.

Insoweit, als im CETA nicht gesichert ist, dass Schiedssprüche der Tribunale vor ihrer Vollstreckung durch ein nationales staatliches Gericht auf ihre Vereinbarkeit mit dem internationalen ordre public der deutschen Rechtsordnung überprüft werden, ist die Zustimmung zum Freihandelsabkommen mit Kanada verfassungswidrig.

III. Rechtsweegegarantien des Rechtsprechungsmonopols und Verfassungsidentität

Dass die Rechtsweegeklauseln der Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG, die zum Kernbestand des Rechtsprechungsmonopols zählen, gleichzeitig in den rügefähigen Kernbereich der Verfassungsidentität des Grundgesetzes fallen, lässt sich eher nicht begründen.

H. Fehlende Demokratische Legitimation der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit

Auch die rechtsprechende Gewalt muss demokratisch legitimiert sein. Insgesamt fragt es sich, ob durch das Prozedere der Ernennung der Schiedsrichter durch den GCA und die rechtliche Steuerung der Rechtsprechung der Tribunale durch die Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen des Investitionsschutzkapitels ein ausreichendes Legitimationsniveau in personeller und / oder sachlich-inhaltlicher Form hergestellt ist. Hier stellt sich nicht allein die rechtspolitische Frage, ob die Bewertung der Legitimität und Ausgewogenheit gesetzgeberischer Regulierung(sprozesse) nicht-staatlichen, internationalen Schiedsgerichten überlassen werden sollte. Vielmehr stellt sich vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips die verfassungsrechtliche Frage nach einem ausreichenden Legitimationsniveau von Schiedsrichtern und schiedsrichterlicher Rechtsprechung im Verhältnis zum nationalen Gesetzgeber.

I. Personelle Legitimation der Schiedsrichter

Entscheidungsträger, die Hoheitsgewalt ausüben, welche im nationalen Staat wirkt, müssen über eine ununterbrochene Legitimationskette, die auf das deutsche Volk zurückführt, demokratisch legitimiert sein.

Die Schiedstribunale in CETA üben Hoheitsgewalt aus, die in Deutschland wirkt. Die Schiedsgerichte sind zur rechtsprechenden Gewalt zu zählen. Sie stellen in einem rechtlich geregelten Entscheidungsverfahren einzelfallbezogen einen Sachverhalt fest und beurteilen diesen anhand des strittigen Rechts letztverbindlich und rechtskräftig streitentscheidend. Sie sanktionieren hoheitliches Handeln des Gaststaats eines Investors und verurteilen ihn völkerrechtlich verbindlich zur Zahlung von Schadensersatz oder Entschädigung. Sie fällen, anders als andere internationale Gerichte, die vorwiegend Feststellungsurteile erlassen, Leistungsurteile, die einen Gaststaat zu hoheitlichem Handeln, nämlich der Zahlung des ausgeurteilten Schadensersatzes verpflichten. Ihre Schiedssprüche sind in der nationalen Rechtsordnung vollstreckbar und wirken dort z.T. wie rechtskräftige Urteile aus dieser nationalen Rechtsordnung.

Es fragt sich deshalb, ob und wie die Schiedsrichter personell demokratisch durch das deutsche Volk legitimiert sind.

Die Schiedsrichter werden vom GCA ausgewählt. Die Mitgliedstaaten der EU sind im GCA allein durch die Kommission vertreten, die dort wiederum die Interessen von 28 Mitgliedstaaten und die Interessen der EU vertritt. Die personelle Legitimation der Schiedsrichter ist eine höchst mittelbare, da ein deutscher Vertreter an ihrer Auswahl nicht unmittelbar beteiligt ist. Nicht geklärt ist, inwieweit sich die Mitgliedstaaten über den Rat zuvor über diese Personalentscheidung verständigen müssen. In jedem Fall müssen sich 28 Mitgliedstaaten, die EU und Kanada auf die fünfzehn Schiedsrichter einigen. Die Zusammensetzung der Spruchkörper liegt dann in der Hand des Präsidenten des Schiedsgerichts, der ebenfalls vom GCA durch die Kommission und Kanada bestimmt wird.

Auch wenn diese Personalwahl in internationalen Gremien üblich ist, liegen beim Schiedstribunal und bei den ad hoc-Spruchkörpern Organe mit eingeschränkt demokratisch legitimierten Mitgliedern vor. Sie sind gemischt zusammengesetzt aus zur Hälfte schwach demokratisch legitimierten und zur Hälfte gar nicht demokratisch legitimierten Mitgliedern.

[Tschentscher, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, 2006, S. 79 ff.]

Das Niveau der personellen Legitimation der Schiedsrichter und Spruchkörper im CETA ist damit insgesamt sehr niedrig.

II. Schiedsribunale und nationaler Gesetzgeber

Schiedsgerichte urteilen über die Legitimität und die Verhältnismäßigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen und können nationale Gesetze, die ihren Vorstellungen von eben jenen legitimen Zielen oder dem Übermaßverbot im Verhältnis zu einer vertraglich von CETA abgedeckten privaten Investition nicht entsprechen, als völkervertragswidrig verurteilen und mit Schadensersatzpflichten sanktionieren.

Hier fragt es sich, ob dieses Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit zu nationalem Gesetzgeber nicht eine gesteigerte demokratische Legitimation der Schiedsrichter verlangt.

Unter dem Grundgesetz ist es das Bundesverfassungsgericht, das den Gesetzgeber für verfassungswidrige Gesetze sanktioniert. Die 16 Richter des Bundesverfassungsgerichts werden je zur Hälfte vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt. Sie werden von – zumindest einer – direkt demokratisch legitimierten Körperschaft in einem demokratischen Wahlverfahren ausgesucht. Hierbei ist in jeder Körperschaft eine qualifizierte Mehrheit von Zweidritteln erforderlich (§§ 6, 7 BVerfGG). Grund für das Erfordernis der gesteigerten demokratischen Legitimation der Verfassungsrichter ist vor allem die Verwerfungskompetenz, die das Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber ausübt.

[*Landfried*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, 1984; *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, 2016.]

Anders als das Bundesverfassungsgericht haben Schiedsgerichte grds. keine Verwerfungskompetenz gegenüber nationalen Gesetzen. Sie dürfen die legislatorischen Maßnahmen des nationalen Gesetzgebers nicht kassieren.

Trotzdem mischen sich die Schiedsribunale in die nationale Gesetzgebung ein. Für den seltenen Fall einer Legislativenteignung können sie z.B. die Rückerstattung von Vermögenswerten anordnen, die der Gesetzgeber entzogen hat (Art. 8.39 Nr. 1 (b) CETA). Vor allem aber greift die Befugnis der Schiedsgerichte, finanzielle Sanktionen gegenüber dem Gesetzgeber auszusprechen, in dessen Gestaltungsspielraum ein. Zum einen muss er für Gesetzgebung, die er für verfassungs- und vertragskonform hält, Strafen zahlen. Zum anderen wird er über dahingehende präjudizierende Auslegungslinien der Schiedsribunale und ggf. des Appellationstribunals in seiner Politikgestaltung rechtlich gebunden, oder er schränkt sich im Sinne eines regulatory chills selbst ein.

Aus dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes, vor allem in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts als Politikermöglichungsprinzip, und den Anforderungen an die Legitimation der Dritten Gewalt, die aus diesem Prinzip gezogen werden können, ergibt sich ein allgemeiner Grundsatz. Nämlich der, dass Richter, die über Regulierungsmaßnahmen des parlamentarischen Gesetzgebers urteilen, besonders gut personell demokratisch legitimiert sein müssen.

Auch wenn Schiedsgerichte Maßnahmen des nationalen Gesetzgebers grundsätzlich nicht kassieren dürfen, sitzen sie über politische Maßnahmen der unmittelbar demokratisch legitimierten nationalen Parlamente und deren Kompetenz, die grundlegenden

Entscheidungen im Gemeinwesen zu treffen, zu Gericht und schränken den Gestaltungsspielraum des Parlaments zumindest mittelbar über völkerrechtlich verbindliche Schadensersatz- und Entschädigungspflichten ein.

Für diese Tätigkeit der Schiedsgerichte ist die personelle demokratische Legitimation der Schiedsrichter zu dünn.

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

Es fragt sich, ob dieses Defizit in der personellen demokratischen Legitimation der Schiedsrichter durch die andere Legitimationsform der Demokratie, nämlich die sachlich-inhaltliche, ausgeglichen werden kann.

Auch die Rechtsprechung muss sachlich-inhaltlich demokratisch legitimiert sein. Trotz ihrer Unabhängigkeit sind die Richter dem Gesetz verpflichtet und werden über das Gesetz vom souveränen Volk gesteuert. In der Rechtsprechung wird ein ausreichendes sachlich-inhaltliches Legitimationsniveau durch die Rechtsbindung der Richter hergestellt. Insgesamt kann eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation die mangelhafte personelle Legitimation ausgleichen und auf ein angemessenes Niveau heben. Damit fragt es sich aber, wie weit die sachlich-inhaltliche Legitimation der Rechtsprechung der Schiedsgerichte durch die vertragstextlichen Vorgaben im CETA-Investitionskapitel reicht.

Dazu lässt sich vorweg feststellen, dass der deutsche Gesetzgeber und mit ihm die Schiedsribunale im CETA-Investitionsschutzkapitel insgesamt auf eine unbestimmte Begriffswelt treffen, die nur hinsichtlich einiger Mindeststandards völkerrechtlich durch Auslegung abgesichert ist.

[*Ohler*, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht, in: JZ 2015, S. 337 (340 f.).]

1. Der Investitionsbegriff

Der Investitionsbegriff im CETA ist denkbar weit gefasst. Der Investitionsbegriff umfasst eine Vielzahl an Vermögenswerten, z.B. das Eigentum an unbeweglichen und beweglichen Sachen, sonstige dingliche Rechte, Anteilsrechte an Gesellschaften und andere Beteiligungen, Rechte des geistigen Eigentums wie Patent und Gebrauchsmuster, gewerbliche Muster, Marken, Knowhow und Goodwill. Auch öffentlich-rechtliche Konzessionen und Privilegien, die durch einen öffentlichen Akt der Verwaltung oder ein Gesetz geschaffen wurden, fallen hier herunter. Zudem wird jede Investition erfasst, die direkt oder indirekt gehalten oder kontrolliert wird.

[Näher *Krajewski*, Stellungnahme zu Investitionsschutz und Investor-Staat-Streitbeilegung in TTIP, 2015, S. 4 ff.]

2. Legitime Ziele und Gemeinwohlverpflichtung der Schiedsrichter

Die Wahrung der Gestaltungsfreiheit und der Gestaltungsverantwortung des Gesetzgebers ist eine der wichtigsten Aufgaben für diejenigen Gerichte, die legislatorische Maßnahmen des Parlaments beurteilen und sanktionieren.

[BVerfGE 77, 84 (104).]

Mangels Amt und ausweislich ihrer geforderten Qualifikationen sind die Schiedsrichter im CETA – anders als staatliche Richter – nicht dem Gemeinwohl verpflichtet.

Es existiert eine Vielzahl an Rechtsgebieten, die potentiell mit dem Investitionsschutz kollidieren. Hierzu gehören z.B. das Bau- und Planungsrecht, das Umwelt-, Naturschutz- und Wasserecht, das Wirtschaftsverwaltungsrecht, das Gesundheitsrecht, das Handels- und Gesellschaftsrecht und das Finanzmarktrecht um nur einige zu nennen.

[Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1; Methanex Corporation v United States, Final Award on Jurisdiction and Merits, (2005) 44 ILM 1345, Inside US Trade, 19 August 2005, 12, IIC 167 (2005), 3rd August 2005, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL); Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7]

Zwar enthält CETA an mehreren Stellen ein Right to Regulate zugunsten der Parlamente der Vertragsparteien. Mit diesem Regulierungsrecht der Nationalstaaten werden sensible Politikbereiche aber aus der Anwendbarkeit des Investitionsschutzes nicht ganz herausgenommen.

Was legitime Regulierungsziele sein dürfen, wird an unterschiedlichen Stellen des Abkommens unterschiedlich geregelt. In der Präambel des Abkommens werden benannt die „public health, safety, environment, public morals and ... cultural diversity“. In Art. 8.9 Nr. 1 CETA im einschlägigen Investment-Kapitel bestätigen sich die Vertragspartner im Verhältnis von Investitionsschutz und Regulierung generell, dass sie legitime politische Zwecke auf den Gebieten der Volksgesundheit, der „Safety“, der Umwelt, der öffentlichen Ordnung, dem Sozial- und Verbraucherschutz, sowie der kulturellen Diversität verfolgen dürfen. Annex A-8 CETA, der legitime Ziele formuliert, die die Vertragsstaaten im Zusammenhang mit de facto enteignenden Maßnahmen verfolgen dürfen, schränkt diese Ziele mit „health, safety and the environment“ wiederum ein. Bei der Inländerbehandlung räumt CETA den Vertragspartnern im Rahmen von Art. XX GATT 1994 das Recht ein, notwendige Maßnahmen zu ergreifen, um die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die Gesundheit und das Leben von Menschen, Tieren und Pflanzen zu schützen (Art. 28.3 Nr. 1, 2 (a) u. (b) CETA – General Exceptions).

Die Regelungstechnik des Vertrages spricht dafür, dass die legitimen Ziele bereichsspezifisch und eng zu fassen sind. Nicht genannte Schutzgüter scheiden als Rechtfertigung für Regelungen, die Investitionen beschränken, aus.

[Ähnl. *Peter Tobias Stoll u.a.*, Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) – Regulatorische Zusammenarbeit und Investitionsschutz und ihre Bedeutung für den Umweltschutz, Gutachten, 2015, S. 55.]

CETA listet also zwar in generalisierender Art einige Gemeinwohlziele, die dem Right to Regulate der Gaststaaten unterliegen. Was genau unter diesen Großformeln zu verstehen ist, sagt CETA aber nicht. Ob eine gesetzgeberische Maßnahme ein gelistetes legitimes Ziel verfolgt, entscheidet also ein Schiedsgericht im Einzelfall.

Hierbei wird es in der Regel zu Abwägungsentscheidungen und der Erforschung gesetzgeberischer Motive kommen. Schiedsgerichte urteilen z.T. auch über den ihrer Ansicht nach vernünftigen Umfang des Interesses, den ein Staat an einer investitionsschädigenden Regulierung haben kann.

[Näher *Schill*, Völkerrechtlicher Investitions- und Enteignungsschutz in der ICSID-Entscheidung TECMED, in: RIW 2005, S. 330 (330 ff.); Korea-Measures Affecting Imports of Fesh, Chilled and Frozen Beef, Bericht des Appellate Body am 10.1.2001, angenommen, WT/DS161, 169/AB/R Abs. 166, 163 // EU-Asbestos, WT/DS135/AB/R, 12.2001, Abs. 172; Pope&Talbot vs. Canada, UNCITRAL v. 10.4.2001, Abs. 96; *Classen*, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, in: EuZW 2014, S. 611 (613).]

3. Übermaßverbot

Im Investitionsschutzkapitel in Art. 8.9 Nr. 1 CETA „bekräftigen“ die Parteien 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.

Diese qualifizierenden Anforderungen an eine Vertragsverletzung durch Regulierung finden sich bei den Investitionsschutzstandards in Kapitel 8 CETA oder in den entsprechenden Annexen.

Die näheren Definitionen der billigen und gerechten Behandlung (FET) in Art. 8.10 CETA und der indirekten Enteignung (Annex 8-A CETA) sollen den Auslegungsspielraum der Schiedsgerichte einschränken. Inwieweit dieses Anliegen aufgehen wird, ist unklar.

a) Steuernde Rechtsbegriffe bei der indirekten Enteignung

Die entschädigungspflichtige indirekte Enteignung ist im Annex 8-A CETA näher ausgestaltet. Zwar bekräftigen die Vertragsparteien, dass Maßnahmen, die legitime Gemeinwohlziele verfolgen, nur in Ausnahmefällen als indirekte Enteignungen gelten dürfen, nämlich dann, wenn sie „manifestly excessive“ sind. Das Konzept der „greifbaren Übertreibung“ einer regulatorischen Maßnahme ist jedoch denkbar unbestimmt. Hier besteht ein Einfallstor, durch das das Regulierungsrecht der Nationalstaaten unterlaufen werden kann.

[*Martin Nettesheim*, Die Auswirkungen von CETA auf den politischen Gestaltungsspielraum von Ländern und Gemeinden, Gutachten, 2016, S. 20; a..A. *Ohler*, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht, in: JZ 2015, S. 337 (344): Die Rechtsprechung der Schiedsgerichte knüpft an die dichten materiellrechtlichen Vorgaben des Übereinkommens an.]

b) Steuernde Rechtsbegriffe bei der billigen und gerechten Behandlung

Der Vertragsmaßstab, nach der nicht-diskriminierende Maßnahmen, die einem legitimen Politikziel dienen, grundsätzlich keine Vertragsverletzung darstellen, außer ihre Auswirkungen sind so schwer, dass sie offensichtlich unangemessen sind, findet keine entsprechende Eingrenzung bei den FET-Standards des Vertrages (Art. 8.10 CETA). Die FET-Standards, die auch legitime Erwartungen des Investors auf Gewinn aus seiner Investition umfassen, wenn diese Erwartungen auf einer „spezifischen Erklärung“ eines Gaststaats beruhen, werden in der Schiedsgerichtspraxis häufig für Schadensersatzklagen genutzt. Die rechtlichen Konturen einer gerechten und billigen Behandlung sind dort äußerst unscharf. Die subjektiv gesteuerte Auslegung durch Schiedsrichter macht es für die Gaststaaten eines Investors nahezu unmöglich, vorherzusehen, wann ihre Regulierungen gegen diesen Schutzstandard verstoßen.

[*Jacob/Schill*, Fair and Equitable Treatment, in: Bungenberg u.a. (Hg.), International Investment Law, 2015, S. 700 Rn. 27; *Schernbeck*, Der Fair and Equitable Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen, 2013; *Dralle*, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs Glamis Gold v. United States, S. 29 <http://docplayer.org/108282-Der-fair-and-equitable-treatment-standard-im-investitionsschutzrecht-am-beispiel-des-schiedsspruchs-glamis-gold-v-united-states.html>.]

Zwar versucht Art. 8.10 CETA über den Vertragstext mehr Klarheit zu bringen. Die bislang genannten Standards können aber durch den GCA im Verbund mit dem Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen erweitert werden. (Art. 8.10 Nr. 3 u. Nr. 2 (f) CETA). Als Zielvorgabe für eine Erweiterung des FET-Standards und damit einen besseren Schutz der Investoren lässt sich in Art. 8.31 Nr. 3 CETA anführen. Diese Vertragsnorm sagt, dass ein Sonderausschuss bei ernsthaften Bedenken in Bezug auf Auslegungsfragen, die sich auf Investitionen auswirken können, eine anderweitige Auslegung dem GCA zur Annahme empfehlen kann. In der investitionsfreundlichen Norm zur authentischen Auslegung der FET-Standards ist damit eine weitere Verkleinerung der Gestaltungsspielräume des nationalen Gesetzgebers angelegt.

Hinzu kommt, dass über das Meistbegünstigungsprinzip für die Übertragung von „Behandlungen“, die die Bundesrepublik Deutschland Investoren aus Drittländern gewährt, ein Import von niedrigeren materiellen Standards des Investitionsschutzes nicht wirksam ausgeschlossen wird (Art. 8.7 Nr. 4 CETA).

[*Verena Madner u.a.*, Die Auswirkungen des CETA auf die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Dienstleistungen der Daseinsvorsorge in Österreich, Gutachten, 2015, S. 40 ff.]

Die Übertragung materieller Schutzstandards aus anderen Abkommen ist nicht auf künftige bilaterale oder multilaterale Investitionsschutzabkommen beschränkt. Gerade Deutschland läuft mit seiner Vielzahl an älteren BIT, die kaum eine Präzisierung von Schutzstandards für Investoren enthalten, Gefahr, dass die wenigen Konkretisierungen von CETA ins Leere laufen.

c) Ergebnis

Im Ergebnis ist der Ausgleich eines potenziellen Konfliktes zwischen verhältnismäßigen legitimen Regulierungszielen des demokratischen Gesetzgebers und den völkerrechtlichen Investitionsschutzstandards vertragstextlich nicht ausreichend determiniert. Der rechtliche Gehalt der Vorschriften über die Regulierungsrechte bleibt in mehrerer Hinsicht unklar.

[*Krajewski/Hoffman*, Der Vorschlag der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP, FES, 2015, S. 8 f.; *Fischer-Lescano/Horst*, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive and Economic Trade Agreement der EU und Kanadas (CETA), Gutachten 2015, S. 34 f.; *Ceyssens/Sekler*, Bilaterale Investitionsabkommen der Bundesrepublik Deutschland, S. 10 ff. <https://publishup.uni-potsdam.de/files/540/BITSSStudie.pdf>; a.A. *Schill*, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers, Gutachten, 2015, S. 1.]

Welche Regulierungsziele im Spannungsverhältnis zum Investitionsschutz letztlich legitim, geeignet und notwendig sind, und trotz ihrer Auswirkungen auf Investitionen ohne Entschädigungs- oder Schadensersatzpflicht von den Staaten verfolgt werden dürfen, entscheiden letztverbindlich die Schiedsgerichte aufgrund subjektiver Wertungen. Die

Schiedsgerichte setzen sich mit ihrer Beurteilung der Legitimität und der Verhältnismäßigkeit einer staatlichen Regulierung also an die Stelle des Gesetzgebers.

Damit ist die sachlich-inhaltliche Steuerung der Schiedsrichter durch das Freihandelsabkommen ebenfalls schwach. Sie reicht nicht aus, um die mangelhafte personelle demokratische Legitimation der Schiedsrichter auszugleichen.

4. Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum und Rechtsprechung

a) Funktionsvorbehalt des nationalen Gesetzgebers

Im Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und nationalem Gesetzgeber gilt, dass das Gericht bei der Beurteilung legislatorischer Maßnahmen den Funktionsvorbehalt des besser legitimierten Staatsorgans zu beachten und zu wahren hat. Das Bundesverfassungsgericht nimmt sich dort, wo die Verfassung ihm einen „judicial-self-restraint“ vorgibt, zurück und wahrt die Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers.

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

b) Grundgesetzliche Wirtschafts-, Eigentums- und Sozialordnung

Ein judicial-self-restraint gilt vor allem auf dem Gebiet der Ordnung der sozialen Marktwirtschaft.

[BVerfGE 4, 7 (17 f.); 50, 290 (336 f.)]

Auf den Gebieten der Wirtschafts-, Sozial- und Eigentumsordnung lässt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einen weiten Einschätzungsspielraum für seine regulierenden Maßnahmen, der sich sowohl auf die Legitimität der Maßnahme, auf deren Geeignetheit als auch auf deren Erforderlichkeit erstreckt. Da der Gesetzgeber hier in der Regel prognostische Entscheidungen zu treffen hat, weil er in Normbereichen agiert, die durch schnelle gesellschaftliche Veränderungen besonders herausgefordert werden, unterlässt das Gericht z.B. einen eigenständigen Notwendigkeitstest. Eine volle Inhaltskontrolle der gesetzgeberischen Regulierung findet nicht statt, da das Gericht seine (weniger gut demokratisch legitimierte) Sachentscheidung ansonsten an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen müsste. Vielmehr billigt das Gericht dem Gesetzgeber einen eigenen, weiten Beurteilungsspielraum zu, der selbst Fehlprognosen trägt. Der Gesetzgeber überschreitet diesen Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum nur, wenn seine Erwägungen offensichtlich fehlsam sind und den an eine Prognose zu stellenden Anforderungen nicht gerecht werden.

[BVerfGE 50, 50 (51): „Soweit indessen über die Zielvorstellungen, Sachabwägungen, Wertungen und Prognosen des Gesetzgebers zu befinden ist, darf sich das Verfassungsgericht nicht an die Stelle des Gesetzgebers setzen, sondern hat seine Nachprüfung darauf zu beschränken, ob die Einschätzungen und Entscheidungen des Gesetzgebers offensichtlich fehlerhaft oder eindeutig widerlegbar sind (...)“. Std. Rspr. vgl. BVerfGE 16, 147 (); 29, 221 (234 f.); 18, 315 (); 39, 210 (225 f.); 77, 84 (); 103, 293 (307 f.); 114, 196 (); 123, 186 (); *Christian Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 21 ff.]

c) Gerichtliche Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber als Gebot der Verfassungsidentität

Diese gesetzgeberfreundliche Rechtsprechung muss auf das Verhältnis von Schiedsgerichten und nationalem Gesetzgeber in CETA übertragen werden, da sie in den Kernbereich des Demokratieprinzips und damit die Verfassungsidentität des Grundgesetzes fällt.

Im Lissabon-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht über das Wahlrecht aus Art. 38 Abs. 1 GG eine Reihe an Gesetzgebungsmaterien für nationsaffin erklärt. Politikbereiche, die traditionell, historisch und kulturell eine besondere Stellung im Nationalstaat haben, weil sie in dessen Geschichte tief verwurzelt und damit identitätsprägend sind, und in denen politische Entscheidungen zwingend erst nach einem umfassenden Diskurs auf nationalstaatstaatlicher Ebene, an der Parlament und öffentliche Meinung beteiligt sind, getroffen werden dürfen, sperren sich gegen eine vollständige Übertragung.

[BVerfGE 123, 267 (329 f.); *Andreas Fischer-Lescano/Johan Horst*, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada, Gutachten, 2015, S. 35.]

Das Bundesverfassungsgericht zählt wirtschaftspolitische Entscheidungen zu denjenigen Entscheidungen, die strukturell bedeutsam sind, weil sie in besonderer Weise vom demokratischen Prozess der Mitgliedstaaten abhängig sind und zu ihrer „*domaine réservé*“ zählen.

[BVerfG, EuZW 2014, S. 192 (193 f.); *Wendel*, Kompetenzrechtliche Grenzgänge, in: ZaÖRV 2014, S. 615 (654).]

Die Erfahrungen mit der Rechtsprechung des EuGH zu den Liberalisierungsbestimmungen der europäischen Verträge haben gezeigt, dass die Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume verlieren, wenn ihre Maßnahmen als Ausnahmen zur angepeilten Liberalisierung einem strikten Legitimations- und Verhältnismäßigkeitstest unterworfen werden. Gemeinwohlgründe der Mitgliedstaaten drohte wegen der unionalen Liberalisierungspflichten die Marginalisierung. Deshalb kam es auf der Unionsebene regelmäßig auf höherem Schutzniveau zu Nachregulierungen. Der EU sind mittlerweile gemischte Kompetenzen auf den Gebieten z.B. der Sozialpolitik (Art. 151 ff. AEUV) und der Umweltpolitik (Art. 151 ff. AEUV) übertragen worden, deren Schutzziele neben dem der Liberalisierung gleichwertig sind. Diese Art der institutionellen Integration ist in Freihandelsabkommen wie CETA nicht vorgesehen.

[*Godt*, Wirtschaft und Umwelt im Partnerschaftsabkommen der USA und Europa (TTIP), in: ZUR 2014, S. 403 (404).]

Das Konfliktpotential zwischen staatlicher Regulierung und Handelsliberalisierung wird auch unter der WTO überdeutlich.

[Näher Markus Krajewski, Internationaler Investitionsschutz und innerstaatliche Regulierung, in: AVR 2007, S. 180 (180 ff.)]

Auch im CETA wird die Liberalisierung strukturell begünstigt. Private Investoreninteressen werden gegenüber öffentlichen Interessen privilegiert. Eine Zusammenführung im Sinne etwa von praktischer Konkordanz zwischen Handels- und Gemeinwohlschutzpolitik ist im CETA nicht angelegt. Primäres Vertragsziel ist die Liberalisierung, in deren Lichte auch die

„legitimen Ziele“ des Regulierungsrechts der Staaten auszulegen sind. Es wird eine Wirtschaftsverfassung mit CETA geschaffen, die sich über das nationale Recht legen wird.

[Broß, Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, in: Hans Böckler Stiftung, report Nr. 4, Januar 2015, S. 1 (14 ff.).]

Eine Einschätzungsprärogative, nach der den nationalen Gesetzgebern das Recht eingeräumt wird, eine politisch abwägende Entscheidung über Zweck und Mittel einer nationalen Regulierung zwischen den in Spannung stehenden Primärzielen der Handels- und Investitionsliberalisierung und dem untergeordneten Ziel des Gemeinwohls zu treffen, die lediglich auf Missbrauch oder Evidenz von den Schiedsribunalen nachgeprüft werden dürfte, fehlt im CETA.

Insgesamt ist die Steuerungsdichte der Investitionsschutzklauseln in CETA für die Schiedsgerichte deshalb sehr gering. Der Funktionsvorbehalt zugunsten des besser legitimierten demokratischen Gesetzgebers wird nicht gewahrt.

d) Ergebnis

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

5. Korrektur von Rechtsprechungslinien durch den nationalen Gesetzgeber

Es fragt sich, ob diese Defizite durch ein Rückholrecht der nationalen Parlamente ausgeglichen werden kann, um wenigstens auf diese Weise ein angemessenes Legitimationsniveau herzustellen.

Fällt das Bundesverfassungsgericht ein Urteil, das die Handlungsspielräume des parlamentarischen Gesetzgebers für dessen Geschmack zu sehr verengt, dann kann die Volksvertretung gegebenenfalls mit den entsprechenden Mehrheiten die Verfassung ändern.

Die reelle Möglichkeit der politischen Korrektur einer Rechtsprechungslinie ist im demokratischen Rechtsstaat ein notwendiges Korrelat der unvollkommenen Rechtsbindung der richterlichen Gewalt, um die Handlungsmacht des demokratisch legitimierten Parlaments und des Volkssouveräns zu schützen.

[Grimm, Die Rolle der nationalen Verfassungsgerichte in der europäischen Demokratie, in: Franzius u.a. (Hg.), Grenzen der europäischen Integration, 2014, S. 27 (36 f.).]

Eine nationalstaatliche Korrektur internationaler Verpflichtungen ist grundsätzlich nur eingeschränkt möglich bis unmöglich. Das gilt auch für CETA und die Rechtsprechung der Schiedsgerichte, die durch ihre Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Freihandelsabkommens Steuerungsvorgaben für den nationalen machen. Vor allem durch das

Appellationsgericht werden verbindliche Auslegungsregeln vorgegeben und das Vertragsrecht aus- und fortgebildet.

Eine Korrektur dieser Rechtsprechungslinien wäre zum einen durch Vertragsänderung von Seiten der Vertragspartner möglich (Art. 30.2 Nr. 1 CETA). Vertragsänderung setzt aber Einstimmigkeit und langwierige nationale Verfahren voraus.

Das Freihandelsabkommen sieht darüber hinaus eine Korrektur der Rechtsprechungslinien der CETA-Tribunale über verbindliche Interpretationsvorgaben durch den Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen sowie den GCA vor.

Die Interpretationsspielräume der Schiedsgerichte können von dem GCA eingefangen und der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers könnte damit erweitert bzw. gerichtsfest festgelegt werden. Dieser Mechanismus, mit dem den Schiedsgerichten Interpretationsmacht genommen und auf Gremien übertragen wird, die von den Herren der Verträge kontrolliert werden, wird als neue Form der Kontrolle der Schiedsgerichte durch die Vertragsparteien verstanden.

[*Anne van Aaken*, Delegating Interpretative Authority in Investment Treaties, in: *Transnational Dispute Management*, Vol. 11, Issue 1 (2014); *Gramlich/Conen*, Streitbeilegung bei Auslandsinvestitionen, in: *SchiedsVZ* 2015, S. 225 (225 ff.).]

Authentische Vertragsauslegung durch den Ausschuss für Dienstleistungen und Investment in Zusammenarbeit mit dem GCA werden ausdrücklich in CETA vorgesehen z.B. durch Art. 8.10 Nr. 3 CETA für den FET-Schutzstandard und durch Art. 8.31 Nr. 3 CETA für allgemeine Auslegungsfragen.

Die Möglichkeit der Gaststaaten bei der verbindlichen Vorgabe legitimer nationaler Regulierungsziele durch die Vertragsorgane mitzuwirken, ist aber begrenzt. Nach Art. 8.44 Nr. 3 CETA haben sie ein Mitspracherecht im Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen, der das Investitionsschutzkapitel verwaltet. Dieser Sonderausschuss legt dem GCA 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 an das GCA, kann das GCA diese Auslegung annehmen oder ablehnen (Art. 8.31 Nr. 3 CETA). Daneben kann das GCA wohl auch eigenständig tätig werden. Eine vom GCA beschlossene Auslegung ist für die Tribunale bindend. Auch diese Korrekturmöglichkeit setzt, so scheint es mangels anderweitiger Bestimmungen zumindest, Einvernehmlichkeit zumindest zwischen der EU und Kanada voraus.

Ein Overruling der Rechtsprechung der Tribunale wird damit unwahrscheinlich. Zudem ist die Entscheidungsmacht von Organen hier sehr groß, deren demokratische Legitimation eher zweifelhaft ist. Im vergleichbaren NAFTA ist es in 20 Jahren nur zwei Mal gelungen, dass sich die Vertragsparteien auf eine Auslegungsvorschrift geeinigt haben.

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

6. Ergebnis

Die Gestaltungsspielräume des nationalen Gesetzgebers zur Gemeinwohlregulierung werden damit auch inhaltlich über die authentische Vertragsauslegung durch die Vertragsorgane nicht sicher sichergestellt. Eine Korrektur der Rechtsprechungslinien der Tribunale durch die Herren der Verträge erscheint unmöglich.

I. Gesamtergebnis

Im Ergebnis fehlt den Schiedsrichtern die ausreichende demokratische Legitimation um verbindlich 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. dafür sind viele relevanten Rechtsbegriffe zu unbestimmt und die Zahl der unbestimmten Rechtsbegriffe zu hoch. Verfassungsrechtlich erforderliche Gestaltungsspielräume des nationalen Gesetzgebers werden gegenüber den Tribunalen nicht wirksam gesichert. Eine Korrektur von Rechtsprechungslinien der Tribunal ist zwar im Vertrag vorgesehen, wird aber angesichts der Verfahrensmechanismen wirkungslos bleiben und schützt wegen der Vetopositionen der anderen Vertragsparteien den nationalen Gesetzgeber nicht im erforderlichen Umfang.