

Siegfried Broß:

TTIP, CETA, JEFTA

**Wie die neuen Freihandelsabkommen
Rechtsstaat und Demokratie sowie
die zwischenstaatlichen Beziehungen
verändern**



Professor Dr. Dr. h.c. Siegfried Broß:

TTIP, CETA, JEFTA

**Wie die neuen Freihandelsabkommen
Rechtsstaat und Demokratie sowie die
zwischenstaatlichen Beziehungen verändern**

Vortrag bei der gemeinsamen Veranstaltung der *Urania Berlin e.V.*
und dem Berliner Netzwerk *TTIP | CETA | TiSA stoppen!*
am 11. Februar 2019 in Berlin

Juristische Fachtexte zu Freihandelsabkommen

Siegfried Broß: *TTIP, CETA, JEFTA. Wie die neuen Freihandelsabkommen Rechtsstaat und Demokratie sowie die zwischenstaatlichen Beziehungen verändern.*

Vortrag bei der gemeinsamen Veranstaltung der *Urania Berlin e.V.* und dem Berliner Netzwerk *TTIP | CETA | TiSA stoppen!* am 11. Februar 2019 in Berlin. In: *Juristische Fachtexte zu Freihandelsabkommen (JFF)*. Hrsg. v. Berliner Wassertisch. Heft 3. Berlin, Februar 2019.

Download unter:

<http://www.berliner-wassertisch.info/wp-content/uploads/2019/02/BROSS-JFF-2019.pdf>

Impressum

Herausgeber:

Berliner Wassertisch

c/o GRÜNE LIGA Berlin e.V.

Prenzlauer Allee 8, 10405 Berlin

<http://berliner-wassertisch.info>

Satz und Layout:

Johanna Söhnigen



ISSN 2366-7737

Siegfried Broß

**TTIP, CETA, JEFTA. Wie die neuen Freihandelsabkommen
Rechtsstaat und Demokratie sowie die zwischenstaatlichen
Beziehungen verändern**

1 Einführung

Zu grundlegenden Problemen im Zusammenhang mit Freihandelsabkommen habe ich 2015 wegen des geplanten TTIP-Abkommens der EU mit den USA des Öfteren und eingehend Stellung genommen.¹ Im Hinblick auf die in der Folgezeit abgeschlossenen Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (CETA) und nunmehr mit Japan (JEFTA) ist das Thema des heutigen Abends überaus reizvoll; denn die Freihandelsabkommen der Gegenwart sind darauf angelegt, anerkannte rechtsstaatlich-demokratische Grundsätze, die mit Freihandel im herkömmlichen Sinn nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen, an die aus Sicht der Wirtschaft erforderlichen Rahmenbedingungen anzupassen.

Aus diesem Grunde ist es geboten, die Entwicklung des Freihandels sowie die dadurch entstehende Art von Staatenverbindungen und ihre Wirkung auf schon bestehende Staatenverbindungen zu ermitteln und abzuklären. Erst dann kann sachgerecht und angemessen

¹Vgl. *Rechtliche Beurteilung des TTIP*. In: Juristische Fachtexte zu Freihandelsabkommen (JFF). Hrsg. v. Berliner Wassertisch. Heft 1, Berlin, Februar 2016; URL: <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:109-1-8093896> u. *Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit*. In: Report der Abteilung Mitbestimmungsförderung der Hans-Böckler-Stiftung, Nr. 4, Januar 2015, URL: http://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2015_4.pdf, jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

beurteilt werden, welche Bedeutung, aber unter Umständen auch welche Risiken mit dem Abschluss der beiden zuletzt genannten Freihandelsabkommen verbunden sind, sowie weiteren bestehenden, die weniger beachtet werden und zukünftigen.

Im vergangenen Jahr hat die gesamte Problematik durch Gerichtsentscheidungen und eine Entscheidung des Europäischen Parlaments zusätzliche Aktualität gewonnen. So hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seinem Urteil vom 6. März 2018 befunden,² dass Schiedsgerichte zwischen Mitgliedstaaten der EU für Investorstreitigkeiten unzulässig sind.³ Des Weiteren hat der EuGH in Bezug auf die Unabhängigkeit von Richtern die dafür nach europäischem Recht erforderlichen Voraussetzungen in seinem Urteil vom 27. Februar 2018 formuliert. Zum Umfeld der Freihandelsabkommen gehört auch ein Beschluss des Europaparlaments vom 26. Januar 2018 zur gerichtlichen Immunität internationaler Organisationen. In diesem Zusammenhang werden etwa in Bezug auf die Europäische Patentordnung kritische Anmerkungen angebracht.⁴

Es ist unabdingbar, sich der Antwort auf die im Thema angelegte Fragestellung aus verschiedenen Richtungen zu nähern, weil seit Jahrzehnten durch die in diesem Zusammenhang immer wieder argumentativ ins Feld geführte ‚Globalisierung‘ das Gespür dafür verloren gegangen ist, wie die fortwährend neu gebildeten Staatenverbindungen – wie z. B. die *Europäische Patentorganisation*, die *Europäische Organisation zur Sicherung der Luftfahrt* (EUROCONTROL)

²C-284/16, DVBl. 2018, S. 573, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_862701/de/ (pdf), vgl. auch <http://berliner-wassertisch.info/eugh-20180306/>.

³Vgl. hierzu: „*Private Schiedsgerichte beschädigen den Staat*“. Interview mit Siegfried Broß. In: MITBESTIMMUNG, April 2018, <http://t1p.de/mitbestimmung-2018-bross>.

⁴Zur umfassenden Kritik an der Immunität von Staatenverbindungen vgl. Siegfried Broß: *Wenn rechtsstaatlich-demokratische Ordnungsrahmen stören oder hinderlich sind – Überlegungen zur Entstehung von Parallelwelten*. In: Simplex Sigillum Veri. Festschrift für Wolfgang Krüger zum 70. Geburtstag. Hrsg. v. Christian Hertel et al. München 2017, S. 533–544.

oder die *Internationale Arbeitsorganisation* (ILO) – sich auf das Gefüge von Rechtsstaats-, Demokratie- und Sozialstaatsprinzip auswirken und wie die letzteren überhaupt ineinandergreifen und sich gegenseitig beeinflussen.

Es ist vor allem dringend geboten, sich wegen eines so behaupteten Harmonisierungs- oder Abstimmungszwangs zwischen bestehenden verschiedenen Vertragswerken der Bedeutung der Grund- und Menschenrechte und deren überwölbenden Einfluss auf die ins Auge gefassten Vertragswerke zu vergewissern. Es ist ein Irrtum, dass Zusammenschlüsse von Staaten von der Bindung an die Grund- und Menschenrechte befreien würden und dass die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit, der Demokratie und des Sozialstaatsprinzips keine Wirkung mehr entfalten und deshalb außer acht bleiben könnten.

Die gebotene objektive und klare Sicht gewinnt man nächst liegend, wenn man bei der geschilderten Ausgangslage eine Makro- und eine Mikroebene unterscheidet.

2 Makroebene

Zunächst ist vor Eingehen einer Staatenverbindung – um eine solche handelt es sich auch bei der Verbindung von Staaten in Freihandelsabkommen – zu erwägen, ob und wenn ja mit welcher Tragweite schon Staatenverbindungen für den Bereich des geplanten Vorhabens bestehen. Es wäre verfehlt, sofort nur dahingehend zu überlegen, welche Wirtschaftsabkommen in umfassenderem Sinn in Kraft sind. Vielmehr ist es bei den jetzt in Rede stehenden Freihandelsabkommen mit internationaler Geltung wie JEFTA bei einer sachgerechten Vorgehensweise unausweichlich, die Weltebene zu betrach-

ten. Man muss sich dem Problem stellen, dass mit dem Abschluss von so weit ausgreifenden Freihandelsabkommen alle außerhalb stehenden Staaten diskriminiert werden, sie sind schlicht Außenseiter. Insofern ist in jedem Freihandelsabkommen latent ein zumindest diskretes Aggressionspotenzial angelegt (nicht diskret, sondern äußerst undiplomatisch und wenig einfühlsam war seinerzeit im Jahr 2000 die Erklärung der EU von Lissabon, sie wolle bis zum Jahr 2010 die stärkste Wirtschaftsmacht auf dem Globus sein). Die Vollendung des Binnenmarktes zum 1. Januar 1993 hatte eine den Freihandelsabkommen vergleichbare Wirkung. Der europäische Binnenmarkt war mit den damaligen Mitgliedstaaten unterhalb der Ebene der Welthandelsorganisation (WTO) neben NAFTA, dem Abkommen zwischen den USA, Kanada und Mexiko, die größte Freihandelszone der Welt.

Auch nach dem Ausscheiden von Großbritannien aus der EU umfasst diese immerhin noch mehrere 100 Millionen Menschen. Die durch die Freihandelsabkommen bewirkte Blockbildung von Staaten unterhalb der von den Vereinten Nationen repräsentierten Weltebene hat eine fühlbare Marginalisierung dieser Weltebene zur Folge. Im Hinblick darauf kann man sich nur schwerlich der Erkenntnis verschließen, dass die Weltebene der Vereinten Nationen durch bi- und multilaterale Freihandelsabkommen geschwächt wird.

2.1) Gerade vor diesem Hintergrund müsste sich geopolitisch und geostrategisch die Überlegung aufdrängen, dass sich die ausdrücklich oder konkludent adressierten ‚Außenseiterstaaten‘ aufgerufen fühlen müssen, gegenläufige Entwicklungen zu initiieren. So lag mit der Ausdehnung der europäischen Integration (verstärkt durch die parallele Ausweitung der NATO) nahe, dass damit Druck auf Russ-

land ausgeübt wird. Dieser musste nahe liegend auf jener Seite zu Überlegungen führen, wie dem politisch und strategisch wirksam zu begegnen ist. Nicht von ungefähr kam es nachfolgend zu Annäherungen an die Volksrepublik China, etwa auch mit Manöverbeteiligung. Es kam darüber hinaus zur Bildung von wirtschaftlichen Gegenblöcken, beispielsweise in Gestalt der BRIC-Staaten, nunmehr unter Einschluss der Republik Südafrika: BRICS-Staaten.

2.2) Weitere umfassende und sehr differenzierte Überlegungen sind angezeigt und für eine sachgerechte Beurteilung unumgänglich. Solche weit ausgreifenden Vorhaben von Staatenverbindungen erfordern Verantwortungsbewusstsein der handelnden Akteure und eine von Drittinteressen freie Vorgehensweise mit Augenmaß und Discretion. Folgt man dem, liegt eine Orientierung am Ordnungsrahmen der Vereinten Nationen nahe. Es ist die Welt umspannende Staatenverbindung, die nach dem unsäglichen Leid des Zweiten Weltkriegs mit nicht fassbaren Opfern an Menschenleben und persönlichen und staatlichen Verwerfungen gegründet wurde. Ihr gehört die weit überwiegende Mehrzahl der Staaten als Mitglied an. Es ist nicht nur bemerkenswert, sondern geradezu erschütternd, dass der auf Weltfrieden ausgerichtete Ordnungsrahmen der UN-Charta und ihrer Erklärung der Menschenrechte untergraben wird durch die in Freihandelsabkommen angelegte Übervorteilung von Staaten und der damit in nicht geringem Umfang einhergehenden Vernachlässigung der Menschenrechte.

Allerdings wird durch die bisherige Entwicklung deutlich, dass die Vereinten Nationen und ihre Unterorganisationen keine Gewähr mehr für ‚ordnungsgemäße Zustände‘ im Miteinander der Völker

und Staaten bieten. Im vorliegenden Zusammenhang ist nahe liegend das Übereinkommen zur Errichtung der *Welthandelsorganisation* (WTO) zu nennen. Daneben und ergänzend für diesen Bereich kommt dem *Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* wie auch der Einrichtung der *Weltbank*, der Einrichtung der *Internationalen Arbeitsorganisation* (ILO), der *UNESCO*, dem *Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen* und dem *Internationalen Währungsfonds* (IWF) maßgebliche Bedeutung zu.

Vergegenwärtigt man sich vor diesem Hintergrund die grundlegenden Werte der Europäischen Union nach Maßgabe des Art. 2 EUV wird man unwillkürlich nachdenklich, wenn man die von ihr geschlossenen und in der Zukunft betriebenen Freihandelsabkommen betrachtet. Die grundlegenden Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten mit einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet. Hierauf ist im Abschnitt III. *Mikroebene* des Näheren zurückzukommen.

Jedenfalls wird deutlich, dass die Freihandelsabkommen von ihrer Zielrichtung her weder die Weltebene noch die darunter liegende Ebene von Staaten in ihrem regionalen Umfeld und bestehenden traditionellen Handelsbeziehungen im Sinne haben und mit dem Ziel eines friedlichen Zusammenlebens von Staat und Gesellschaften zu flankieren oder gar zu stützen vermögen. Sie werden bestimmt und in ihrer Substanz gelenkt von ausgeprägten wirtschaftlichen Inter-

essen, dem dafür notwendigen reichlich rücksichtslosen Wettbewerb und verfolgen letztlich die Erzielung von den Menschenrechten nicht angemessenen Vorteilen gegenüber den Vertragspartnern und den ihnen anvertrauten Menschen sowie des weiteren gegenüber den ‚Außenseitern‘. Die Entwicklungen innerhalb des Binnenmarktes der Europäischen Union und des zu Recht von IWF, EU und OECD seit Jahren beanstandeten enormen Handelsüberschusses der Bundesrepublik Deutschland im Verhältnis zu den Vertragspartnern bestätigen die formulierten Kritikpunkte.

Bei dieser Ausgangslage ist von vornherein ausgeschlossen, dass die oberste Staatenebene der Vereinten Nationen ihre friedensstiftende und friedenssichernde Wirkung und Funktion entfalten kann, solange auf der nächsten Ebene die Beziehungen der Staaten untereinander – trotz entsprechender als Sicherung vorgesehener Institutionen wie Weltbank, IWF und WTO – ausschließlich von wirtschaftlichen Interessen und mit einem in der Sache selten überdeckten rücksichtslosen Wettbewerb beherrscht und geprägt wird. Die Rückwirkung dieser den Umgang der Staaten untereinander negativ beeinflussenden Gegebenheiten auf die politische Ebene verhindert, dass ein angemessener Konsens auf der obersten Weltebene erzielt werden kann.

2.3) Vor diesem Hintergrund erweisen sich die Freihandelsabkommen nicht als der ‚Stein des Weisen‘ für allgemeinen Wohlstand und damit auch für die Stabilität der Gesellschaften, die eine wesentliche Funktionsbedingung für die Wirkmächtigkeit von Rechtsstaat und Demokratie ist. Vielmehr bergen sie ein enormes Risikopotenzial in sich. Sie sind innerstaatlich geeignet, bestehende Wohlstands-

gefälle zu verschärfen und damit die Stabilität von Gesellschaften zu schwächen. Global betrachtet sind sie geeignet, bestehende Gegensätze zwischen den Weltregionen zu vertiefen. Diese Risiken und Gefährdungen werden unter anderem am Verlauf der jüngst stattgefundenen Weltklimakonferenz in Polen deutlich, aber auch an den versteckten Kämpfen weltweit um Bodenschätze und die private Versorgung von Menschen mit hygienisch einwandfreiem Wasser.⁵ Diese Probleme können nur – wenn überhaupt – von der Weltebene her bewältigt werden, nicht aber durch den fortwährenden Abschluss und die Ausbreitung von Freihandelsabkommen zwischen einzelnen Staaten und auch nicht durch eine große Staatenverbindung wie der EU.

Das Ausmaß des Gefährdungspotenzials durch Freihandelsabkommen lässt sich an der Entwicklung des europäischen Binnenmarktes mit seiner Vollendung am 1. Januar 1993 sehr gut ablesen. Entgegen den – allerdings nicht auf solider Grundlage – gehegten Erwartungen haben sich die Mitgliedstaaten der EU sehr stark auseinander entwickelt und diese negativen Strömungen wurden durch die Spaltung der EU mit einer Teil-Währungsunion noch begünstigt. Die Finanzmarktkrise hat lediglich die Schwächen dieser Konstruktion aufgedeckt und nachhaltig ins Bewusstsein gerückt.

Die Union ist nach der Errichtung des Binnenmarktes von den in Art. 3 Abs. 1 EUV definierten Zielen weiter entfernt denn je. Durch die unterschiedlichen Politiken in Mitgliedstaaten wie der Bundesrepublik Deutschland mit dem erwähnten Handelsüberschuss gerade auch innerhalb des Binnenmarktes werden die wesentlichen Ziele der EU verfehlt: Keine nachhaltige Entwicklung Europas auf der

⁵<https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2019>.

Grundlage von Preisstabilität und ausgewogenem Wirtschaftswachstum, keine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie kein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität. Gerade die jüngsten Verwerfungen in Frankreich wie auch die Armutsberichte in Mitgliedstaaten belegen, dass die Bekämpfung von sozialer Ausgrenzung und Diskriminierungen und die Förderung der sozialen Gerechtigkeit und sozialen Schutzes zumindest nicht ins Auge springen. Ebenso verhält es sich bei der Solidarität zwischen den Generationen, der Gleichstellung von Frauen und Männern sowie dem Schutz der Rechte des Kindes. Zudem tut sich die EU schwer, den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt sowie die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern, wie es Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 EUV verheißt.

Man kann sich unschwer vorstellen, dass schon bei den enormen Defiziten und Unzulänglichkeiten der sehr großen Freihandelszone des europäischen Binnenmarktes die in Rede stehenden Freihandelsabkommen weder die Weltebene noch die darunter liegende regionale Ebene der Staatenwelt zu stabilisieren vermögen. Es ist eher die Annahme gerechtfertigt, dass die Rivalitäten und Unsicherheiten im Umgang der Staaten untereinander zunehmen – ob mit oder ohne Freihandelsabkommen – und ein destabilisierendes Potenzial aufgebaut wird.

3 Mikroebene

3.1) Mit dem Abschluss von Freihandelsabkommen öffnen sich auf der unterhalb der Weltebene bestehenden Ebene, auf der sich die Vertragsstaaten von Freihandelsabkommen gegenüber treten, verschiedene Problembereiche. Diese sind von den wesentlichen Strukturmerkmalen der Freihandelsabkommen abhängig. In Bezug auf die schon genannten Abkommen TTIP, CETA und JEFTA standen drei geplante Institutionen im Zentrum: Investorschutz, private Schiedsgerichte und regulatorische Zusammenarbeit (auch ‚regulatorische Kooperation‘ genannt).

3.1.1) Für die Beurteilung und Bewertung dieser Strukturelemente ist zunächst vom Verhandlungsmandat für die EU-Kommission auszugehen. Dieses hat seine Grundlage in Art. 207 Abs. 3 EUV. Hiernach ist für das Verhandeln und den Abschluss von Abkommen im Bereich der Handelspolitik die EU und innerhalb derselben die Kommission zuständig. Allerdings lag schon in der Vergangenheit in dieser Hinsicht ein Missverständnis vor. Die Zuständigkeit der EU-Kommission für die gemeinsame Handelspolitik erstreckt sich nicht auf alle möglichen angestrebten vertraglichen Vereinbarungen. Vielmehr ist zu fragen, was genau der Gegenstand von Handel im Sinne der im *Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)* festgelegten „gemeinsamen Handelspolitik“ (Art. 207 AEUV) ist. Es besteht ein Spannungsverhältnis zum EU Vertrag, der eindeutig vorgibt, dass „[f]ür die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union [...] der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung [gilt].“ (Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV). Das bedeutet, dass eine Zuständigkeit der Union wie die in Art. 207 AEUV nicht alles und jedes deckt, was von der EU mit dem Etikett

„Handelspolitik“ versehen wird. Das gilt auch für deren Organe wie dem Rat und dem Europäischen Parlament für die Bestimmung des Rahmens für die gemeinsame Handelspolitik entsprechend Art. 207 Abs. 2 AEUV. Keinesfalls dürfen sie außerhalb und ohne formelles Vertragsänderungsverfahren über den Titel des Art. 207 AEUV die demokratische Legitimation des EU-Vertrages unterbrechen.

Aus diesem Grunde sind vor allem die genannten drei Strukturelemente Investorschutz, Schiedsgerichte und regulatorische Zusammenarbeit im einzelnen dahingehend zu untersuchen, ob sie innerhalb der Zuständigkeit der EU „gemeinsame Handelspolitik“ angesiedelt sind und darüber hinaus, ob sie mit den Werten und Zielen der Union gemäß Art. 2 und Art. 3 EUV überhaupt in Einklang stehen. Dem könnten vor allem zwei Überlegungen entgegenstehen: Zum einen, dass sie das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip sprengen und des weiteren, dass die drei Strukturelemente prägend sind für einen durch das Freihandelsabkommen begründeten neuen Teilsbundesstaat neben und innerhalb der Staatenverbindung EU, die dessen Qualität selbst nicht aufweist. In der Kombination bewirken diese drei Strukturelemente, dass der Rechtsstaat und die repräsentative Demokratie innerhalb der Union und in ihren Mitgliedstaaten ganz wesentlich ausgehöhlt werden und ihre Schutzfunktion für das Staatsganze und die Menschen nicht mehr wirksam entfalten können. Die demokratische Legitimation dessen, was die EU unmittelbar und über ihre Mitgliedstaaten in einem Freihandelsabkommen vereinbart hat, ist durch die in diesen übertragene Definitionshoheit bestimmter Bereiche auf private Schiedsgerichte, regulatorische Zusammenarbeit und die „Immunität“ für den Investorschutz nicht mehr gegeben, sondern schlicht gekappt.

3.1.2) Den von mir beanstandeten Institutionen wurde auf eine unauffällige und sehr diskrete Art in einem jahrzehntelangen Entwicklungsprozess der Weg bereitet. Hieran haben die Politik, interessierte Wirtschaftskreise, die häufig nicht sehr fern stehende Wissenschaft sowie Vertreter rechtsberatender Berufe mitgewirkt. Dabei ist der Überblick über die Gesamtproblematik verloren gegangen: über das Ineinandergreifen der weltweiten, durch multilaterale Verträge begründeten Ebene sowie der nach und nach gegründeten völkerrechtlichen Institutionen unterhalb der Vereinten Nationen. Je mehr Institutionen sich mit denselben Problembereichen beschäftigen, desto größer ist das Risikopotenzial dafür, dass der Weg zum gemeinsamen für die Staaten und für die Menschen angemessenen Ziel aus dem Blick gerät. Häufig wird dieses durch die Eigeninteressen der Institutionen – sei es auf sich bezogen, sei es im Wettbewerb mit anderen Institutionen – substituiert. Die Problematik soll an einigen Beispielen verdeutlicht werden.

3.1.2.1) Zunächst soll hierzu der durch die Einrichtung privater Schiedsgerichte flankierte Investorschutz betrachtet werden. Deutschland gilt als dessen ‚Erfinder‘. Gleichsam der Grundstein hierzu wurde in einem Vertrag vom 25. November 1959 zwischen Pakistan und Deutschland gelegt.⁶ Durch den sogenannten Investorschutz soll der Sache nach der ausländische Investor im ‚Gastland‘ vor willkürlicher Enteignung seiner Investition geschützt werden. Dieser Schutz soll durch ein privates Schiedsgericht abgesichert werden, weil der Vertragsstaat in justizieller Hinsicht nicht als zuverlässig angesehen werden könne.

⁶<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent/treaty/1732> (Germany – Pakistan BIT (1959)).

Betrachtet man diese Konstruktion distanziert und mit der gebotenen Sachlichkeit, hätten schon seinerzeit Auffälligkeiten in rechtsstaatlich-demokratischer Hinsicht bemerkt werden müssen. Zunächst werden durch einen so konturierten Investorschutz die ausländischen Investoren im jeweils anderen Land aus der dort gültigen Rechtsordnung herausgenommen. Dieser Maßnahme kommt materiell die Wirkung einer ‚Teilimmunität‘ des ausländischen Investors zu. Das steht in direktem Widerspruch zu den Prinzipien von Rechtsstaat und Demokratie. Des weiteren bedeutet dies eine Bevorzugung des ausländischen Investors und wirkt deshalb als eine Diskriminierung der nationalen Wettbewerber des jeweils anderen Staates. Diese unterliegen der Rechtsordnung des Landes und damit den geltenden Gesetzen und der rechtsprechenden Gewalt der zuständigen Gerichte. Inländern ist der Weg zum Schiedsgericht verschlossen.

Weitere auf dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip beruhende Gesichtspunkte wurden übersehen. Nicht überzeugend ist es, wenn man sich auf die Position zurück zieht, der Vertragspartner sei unzuverlässig und deshalb seien solche Schutzklauseln unerlässlich, damit man in diesem Land eine wirtschaftliche Investition treffen könne. Hier hätte – und das gilt bis heute – vorrangig die Frage gestellt und beantwortet werden müssen, ob gerade mit Rücksicht auf die durch die Vereinten Nationen und ihrer Menschenrechtserklärung wie auch in späterer Zeit durch die *Europäische Menschenrechtskonvention* (EMRK) und dann die *Europäische Grundrechtecharta* vermittelten individuellen Schutzpositionen für Menschen und Unternehmen mit einem solchen Staat überhaupt Wirtschaftsbeziehungen aufgenommen werden dürfen. Zu denken ist daran, dass die Missachtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten auf diese Weise im internationalen Wirtschaftsverkehr ermöglicht und sogar ‚salon-

fähig' wird. Zudem werden die Wirtschaftsunternehmen auf diese Weise zu Beteiligten der Verletzungen von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip. Durch diese ‚Aufweichung‘ wird ein nachhaltiger Beitrag zur Schwächung der Vereinten Nationen und ihrer Unterorganisationen sowie im Prinzip aller friedensstiftenden und friedenssichernden Strukturen in der Welt geleistet.

Ferner wurde nie darüber nachgedacht, ob es sich bei den hier in Rede stehenden Investitionen um schützenswerte Positionen handelt oder ob solche von vornherein abzulehnen sind, weil sie gegen elementare Grundsätze einer zivilisierten Staatenwelt verstoßen. So wird unter anderem ein Grundziel der *Charta der Vereinten Nationen* in Art. 1 Nr. 3 übergangen. Dort ist neben anderem in der internationalen Zusammenarbeit wirtschaftliche, soziale und humanitäre Betätigung unter Achtung und Stärkung der Menschenrechte und Grundfreiheiten gefordert. Des weiteren verstoßen solche Investitionen gegen Art. 55 der *Charta* über die „internationale Zusammenarbeit auf wirtschaftlichem und sozialem Gebiet“ (Kapitel 9 der UN-Charta). Diese *Charta* stammt – auch das ist bemerkenswert – vom 26. Juni 1945. Sie wurde unter dem unmittelbaren Eindruck der weltweiten Verheerungen des Zweiten Weltkriegs und noch vor der Entkolonialisierung großer Teile des Erdballs geschlossen, damit eine friedvolle Entwicklung im Umgang der Staaten miteinander initiiert werde. Sie beruht maßgeblich auf der Erkenntnis, dass wirtschaftliche Fehlentwicklungen zur Destabilisierung und Spaltung von Gesellschaften führen und damit der Wirksamkeit von Rechtsstaat und Demokratie die unabdingbare in sich ruhende Grundlage entzogen wird. Es muss nachdenklich stimmen und zeigt das Mangelhafte der getroffenen Vereinbarungen zu Investorschutz und privater Schiedsgerichtsbarkeit, wenn man den viele Jahre später liegenden Abschluss

des Freihandelsabkommens zwischen der Bundesrepublik und Pakistan in Beziehung zu den Absichten und Bestimmungen der *UN-Charta* setzt.

An dieser Stelle muss angemerkt werden, dass in keinerlei Richtung über andere rechtsstaatlich-demokratisch unbedenkliche Lösungen nachgedacht worden ist. Entgegen dem neuzeitlich häufig gebrauchten Argument ‚alternativlos‘ hätte nicht fernelegen, bei dem Vertragsstaat darauf hinzuwirken, dass dieser gesetzliche und institutionelle Vorkehrungen trifft, die sowohl Schutz vor den befürchteten Willkürakten als auch die rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätze sowie die Gleichbehandlung der nationalen Wettbewerber mit den ausländischen gewährleisten könnten. Mehr kann unter rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätzen nicht erwartet und vor allem nicht gefordert werden. Mit der hier abgelehnten Konstruktion von Investorschutz und Schiedsgericht werden die Strukturen aufgegriffen und gestärkt, die man vorgeblich bekämpfen möchte. Es wird demgegenüber ein zusätzliches Risikopotenzial für die Eröffnung von Lobbyismus und Korruption geschaffen.

Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung dieses Komplexes begegnen allerdings noch andere Auffälligkeiten. Diese legen die Annahme nahe, dass von vornherein nicht ausreichend darüber nachgedacht wurde, was sich unter rechtsstaatlich-demokratischen Gesichtspunkten für eine sachgerechte Vertragsgestaltung im internationalen Wirtschaftsverkehr und speziell in Bezug auf den Investorschutz anbieten könnte. Eine sachgerechte Vertragsgestaltung hat insoweit zur Voraussetzung, dass der geltende Rechtsrahmen und die allgemein anerkannten rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätze beachtet werden. So ergeben sich schon zahlreiche und grundlegende Verstöße gegen

die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen* vom 10. Dezember 1948. Das folgt eingangs aus ihrem Art. 1 über Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit und setzt sich fort mit weiteren Verstößen, so gegen Art. 22 (soziale Sicherheit), Art. 23 (Recht auf Arbeit mit gleichem Lohn), Koalitionsfreiheit sowie Art. 25 (soziale Betreuung).

Kurz vor Weihnachten des vergangenen Jahres wurde zudem von den Vereinten Nationen an den *Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* (ICESCR) vom 16. Dezember 1966 (UN-Sozial-Pakt) erinnert. Diese Regelwerke erfassen vom zeitlichen Geltungsumfang her die in Rede stehenden Abkommen. Bemerkenswerterweise enthält der Bericht mehrere Ermahnungen gegenüber Deutschland, die dessen Verhalten auch auf dem europäischen Binnenmarkt und deshalb materiell rückwirkend die vereinbarten Freihandelsabkommen betreffen.

3.1.2.2) Erste Ansätze für eine regulatorische Zusammenarbeit finden sich ebenfalls in dem Abkommen mit Pakistan aus dem Jahre 1959. Diese sind in Art. 10 angelegt, wenn es heißt „Each Party shall co-operate with the other in furthering the interchange and use of [...]“ Was in diesem Abkommen nicht enthalten ist und in den neuzeitlichen Freihandelsabkommen nachgeholt wird, ist die strukturelle Ausgestaltung und Institutionalisierung eines Gremiums, das neben und außerhalb der für die Formung des demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozesses zuständigen Staatsorgane agiert. Mit dem Verlust an Transparenz geht einher, dass die Öffentlichkeit den Willensbildungsprozess nicht ohne Schwierigkeit beobachten und verfolgen kann.

3.1.2.3) Die Schiedsgerichte zur Absicherung des Investorschutzes in der damaligen Struktur sind unter anderen Gesichtspunkten zu betrachten. Sie bedeuten einen Systembruch im Völkerrecht. Im Völkerrechtsverkehr sind taugliche Akteure nur Staaten und ihnen gleichgestellte internationale Organisationen wie das *Internationale Komitee vom Roten Kreuz*. Mit der Eröffnung eines Verfahrens zum Schutz von ausländischen Investitionen vor einem außerhalb der Staats- oder Völkerrechtsebene angesiedelten Gericht wird die Völkerrechtsordnung verlassen; die beteiligten Staaten geben insoweit ihre Souveränität auf und ersetzen sie durch Schiedssprüche von privaten Einrichtungen. Damit verletzen sie eklatant das Demokratieprinzip. Dieses steht einer solchen Regelung entgegen. Die Staaten sind unter keinerlei Gesichtspunkten befugt, ihre hoheitliche Stellung und Souveränität aufzugeben oder sonst in irgendeiner Hinsicht über sie zu disponieren. Diese Beurteilung ist unabhängig davon, ob eine Investorstreitigkeit zwischen Staaten ausgefochten wird oder ob – wie im Falle des Atomausstiegs – ein Unternehmen direkt die Schiedsklage gegen das ‚Gastland‘ erheben kann. Letztere Konstellation hat derzeit besondere Aktualität wegen der Klage des Energieunternehmens Vattenfall gegen die Bundesrepublik beim Schiedsgericht der Weltbank. Der schwedische Energiekonzern beruft sich hierbei auf den 1994 in Lissabon unterzeichneten Energiecharta-Vertrag (ETC). Vattenfall verlangt von der Bundesrepublik eine Strafzahlung von 4,7 Milliarden Euro wegen des 2011 von der Bundesrepublik beschlossenen Atomausstiegs.⁷ Mit der Einrichtung solcher Schiedsgerichte wird eine neue autonome Rechtsordnung neben der jeweils nationalen Rechtsordnung und in Bezug auf die EU auch gegenüber der Eu-

⁷<http://t1p.de/energycharta-ICSID-Case-vattenfall>; <http://t1p.de/worldbank-ICSID-Case-vattenfall>.

ropäischen Rechtsordnung geschaffen. Es wird übersehen, dass auf diese Weise eine völlig unabhängige Parallelwelt geschaffen wird, die neben der autonomen Rechtsordnung der Staatenwelt und den von ihr geschaffenen Verbindungen agiert und weder ihrer Kontrolle noch ihren legitimen und legalen rechtsstaatlich-demokratischen Bindungen und Einflussnahmen unterworfen ist. Diese Parallelwelt ist geeignet und hat das Potenzial, durch ihre Schiedssprüche den rechtsstaatlich-demokratischen Ordnungsrahmen zu unterlaufen und die demokratischen Strukturen der Staaten auszuhöhlen. Materiell betrachtet gewinnen diese privaten Schiedsgerichte auf diese Weise die Stellung eines Verfassungsgerichts. Das folgt daraus, dass ihre Schiedssprüche Bindungswirkung für die Beteiligten des Schiedsgerichts besitzen, aber darüber hinaus wegen der strukturellen Bindungswirkung für ganze Regelungsbereiche wie etwa im Falle des Atomausstiegs, aber auch bei Umweltstandards Gesetzgeber und Regierung der (eigentlich) repräsentativen Demokratie diesem Diktum unterliegen.

Wegen der umfassenden Bindung solcher Schiedssprüche ergeben sich weitere Verstöße gegen rechtsstaatlich-demokratische Grundstrukturen. Die Grundrechtsbindung auf der europäischen und der nationalen Ebene unterliegt nicht mehr der souveränen Kontrolle durch die hierfür berufenen Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten der EU und des EuGH. Zudem verletzen die EU und ihre Mitgliedstaaten über solche Freihandelsabkommen ihre Verpflichtungen aus der *Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten* (EMRK). Sie lagern den Schutz der Grund- und Menschenrechte aus ihrer Rechtsordnung und ihren völkerrechtlichen Bindungen in eine Parallelwelt aus, auf die sie dann keinen Einfluss

mehr haben. Der Sache nach ist dies gleichbedeutend mit einer bindungslosen Privatisierung des Grundrechtsschutzes.

Dieses Defizit kann wegen der bisher nicht bestehenden Anfechtungsmöglichkeit solcher Schiedssprüche nicht behoben werden. Die Behebung der aufgezeigten rechtsstaatlich-demokratischen Defizite würde voraussetzen, dass das gesamte Verfahren durch ein gemeinsames Verfassungsgericht der Vertragsstaaten eines Freihandelsabkommens ersetzt wird. Allerdings wäre selbst das keine taugliche Lösung, die den anerkannten rechtsstaatlich-demokratischen Anforderungen gerecht würde: Die in Bezug auf den Investorschutz als solchen beschriebenen rechtsstaatlichen Mängel, so vor allem die gegebene Diskriminierung und die fehlende Eingliederung in die jeweilige nationale Rechtsordnung insgesamt bleiben auch bei einer solchen Lösung aufrechterhalten.

3.1.2.4) Die erläuterten strukturellen Defizite des Investorschutzes in Verbindung mit einer privaten Schiedsgerichtsbarkeit hat der EuGH in einem Aufsehen erregenden Urteil vom 6. März 2018 (C-284/16, DVBl 2018,573 ff.) – dem *Achmea-Urteil* – näher beleuchtet. Er hat darauf hingewiesen, dass Art. 267 und Art. 344 des *Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union* (AEUV) einer Bestimmung in einem internationalen Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten der EU entgegenstehen, nach der ein Investor eines der Mitgliedstaaten ein Investorschutz-Verfahren gegen einen anderen Mitgliedstaat vor einem Schiedsgericht einleiten darf, dessen Gerichtsbarkeit sich dieser Mitgliedstaat unterworfen hat. Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich, dass diese Beurteilung auf internationale Abkommen zwischen Mitgliedstaaten der EU (vor deren Beitritt geschlos-

sen) beschränkt ist. Dabei hat es nicht sein Bewenden. Die zentrale Bedeutung kommt der allgemeinen Aussage zu, dass eine internationale Übereinkunft die in den europäischen Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung und damit die Autonomie des Rechtssystems der Union nicht beeinträchtigen darf. Die Autonomie des Unionsrechts, deren Wahrung der EuGH sichert, besteht sowohl gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten als auch gegenüber dem Völkerrecht. Wegen der Wächterrolle des EuGH über die europäischen Verträge können weder die EU noch die Mitgliedstaaten einzeln oder gemeinsam außerhalb stehende Teilrechtsordnungen mit einer eigenständigen Gerichtsbarkeit wie der der Schiedsgerichte vereinbaren, wenn Materien betroffen sind, für die eine Unionszuständigkeit besteht. Das ist für den hier in Rede stehenden Bereich der internationalen Wirtschaftsbeziehungen allerdings der Fall, wie aus dem bereits oben erwähnten Art. 207 AEUV folgt.

Eine weitere Entscheidung des EuGH entfaltet zusätzlich umfassende Wirksamkeit. In einem vorhergehenden Urteil vom 27. Februar 2018 (C-64/16) hat der EuGH weit reichende Ausführungen zur Unabhängigkeit der Gerichte und ihrer Mitglieder gemacht. Es ging um die Kürzungen der Bezüge der Richter des portugiesischen Tribunal de Contas. Im Ausgangsrechtsstreit befand er, dass diese nicht gegen den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit verstoßen. Hinsichtlich der Unabhängigkeit der Richter weist der EuGH darauf hin, dass für alle Mitglieder der EU die nachfolgenden Anforderungen zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der Gerichte verbindlich sind. Der Begriff der Unabhängigkeit setzt hiernach unter anderem voraus, dass die betreffende Einrichtung ihre richterlichen Funktionen in völliger Autonomie ausübt, ohne mit irgendeiner Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu sein und ohne von ir-

gendeiner Stelle Anordnungen oder Anweisungen zu erhalten. Auf diese Weise ist ein Gericht vor Interventionen oder Druck von außen geschützt, die die Unabhängigkeit des Urteils seiner Mitglieder und deren Entscheidungen beeinflussen könnten.

Dem wird die Bildung der Schiedsgerichte ebenfalls nicht gerecht, weil die Parteien diese zu gegebener Zeit bilden können und eine institutionelle Unabhängigkeit – was auch eine auf Dauer angelegte Institutionalisierung voraussetzt – nicht zu erkennen ist. Diese substantiellen Defizite werden noch durch das regelmäßige Fehlen einer Öffentlichkeit wie überhaupt der fehlenden abstrakten Vorherbestimmtheit des ‚gesetzlichen Richters‘ unterstrichen.

3.2) Die Zusammenhänge und die über die Jahrzehnte fortschreitende Fehlentwicklung werden durch eine nähere Betrachtung der Struktur der *Europäischen Patentorganisation* (EPO) und von EUROCONTROL, der Einrichtung, die für die Überwachung des europäischen Luftraums zuständig ist, verdeutlicht.

Mit den nachfolgenden Darlegungen kann ich mich auf zahlreiche frühere Arbeiten seit etwa dem Jahr 2000 stützen. Seinerzeit hatte ich im *Zweiten Senat* des Bundesverfassungsgericht neben anderen Staatsmaterien auch die Zuständigkeit für Europarecht und konnte deshalb fachliche Erfahrung und vertieftes Wissen zur Beurteilung der hier in Rede stehenden Entwicklung einbringen. Gleichwohl darf man nicht daraus schließen, dass solche Kenntnis gefragt sein und man diese nutzbringend für das Gemeinwohl einsetzen könnte. Sie entsprach dem von vielerlei Strömungen entwickelten und fortwährend gepflegten ‚mainstream‘ nicht nur nicht, sondern zeigte unbedeutend Schwächen, Fehlentwicklungen und häufig krasse Wider-

sprüche zu den auf der europäischen und Weltebene in Kraft stehenden Regelwerken auf – so vor allem häufig die Geringschätzung oder völlige Missachtung der Menschen- und Grundrechte sowie der sozialen Gerechtigkeit und des sozialen Ausgleichs.⁸

Ausgangspunkt für die Betrachtung der *Europäischen Patentorganisation* und von EUROCONTROL ist Art. 24 des Grundgesetzes. Nach dessen Abs. 1 kann der Bund durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen. Entgegen der Überschrift ‚Kollektives Sicherheitssystem‘ betrifft Abs. 1 die verschiedensten internationalen Staatenverbindungen unter Einschluss der Bundesrepublik Deutschland. Zu dem kollektiven Sicherheitssystem verhält sich dann Abs. 2 dieser Bestimmung. Des weiteren ist die Präambel des Grundgesetzes in diesem Zusammenhang zu betrachten. Sie verhält sich dazu, dass die Bundesrepublik Deutschland sich in ein vereintes Europa einfügt und dem Frieden der Welt dient. Allgemein ist deshalb die Rede von der Europa- und Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes. Diese Beurteilung unterstütze ich ohne Einschränkung. Allerdings lege ich größten Wert darauf, dass die bestehenden Regeln beachtet und Staatenverbindungen nur in Abstimmung mit den in Europa oder in der Welt bereits bestehenden eingegangen werden.

Die Gründung von Staatenverbindungen darf nicht dazu führen, dass Blöcke gebildet werden, die ‚Außenseiter‘ hervorrufen. Eine solche Gründung von Staatenverbindungen darf ferner nicht dazu füh-

⁸Beispielhaft seien hierzu neben den eingangs erwähnten Arbeiten im besonderen die nachfolgenden genannt, die sich unter anderem speziell mit der EPO und EUROCONTROL befassen: *Bundesverfassungsgericht – Europäischer Gerichtshof – Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom ausbrechenden Rechtsakt und vom Kooperationsverhältnis*, VerwArch 92 (2001), 425; *Rechtsschutzprobleme im Mehrebenensystem*, VerwArch 97 (2006), 332; *Die Patenterteilungspraxis nach dem EPÜ – Erosion des Rechtsstaates?*, GRURInt 2017, 670; Broß/Lamping: *Das Störpotenzial des rechtsstaatlich-demokratischen Ordnungsrahmens am Beispiel der europäischen Patentgerichtsbarkeit*, GRURInt 2018, 907.

ren, dass früher eingegangene und fortbestehende Bindungen im Verhältnis zu anderen Staaten (z. B. über die höhere Weltebene der Vereinten Nationen oder der Welthandelsorganisation) vernachlässigt oder die Gewährleistung der Menschenrechte und Grundfreiheiten ausgeblendet werden. Das Argument, man müsse im Völkerrechtsverkehr Zugeständnisse machen und könne nicht auf derlei – vermutlich gemeint ‚Petitessen‘ – Rücksicht nehmen, geht fehl und entbehrt jeglicher Legitimation.

Der Völkerrechtsverkehr und damit auch das Eingehen und die Gründung von Staatenverbindungen lebt letztlich allein von der Redlichkeit, der Verlässlichkeit und der Vorhersehbarkeit in dem Sinne, dass die weltweit vereinbarten Grundlagen für Rechtsstaat und Demokratie sowie soziale Ausgewogenheit nicht nur in Verlautbarungen angestrebt, sondern durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen sichergestellt und gelebt werden. Das wiederum setzt entsprechende Organisationsstrukturen und institutionelle Vorkehrungen voraus. Investorschutz, Schiedsgerichte und regulatorische Zusammenarbeit stehen dem entgegen, weil durch solche Vereinbarungen grundlegende Funktionsbedingungen für Rechtsstaat, Demokratie und Sozialstaat missachtet werden. Das werde ich anhand von zwei Staatenverbindungen mit ganz unterschiedlichen Regelungsgegenständen außerhalb, aber den Freihandel begleitend, erläutern.

3.2.1) Betrachtet man unter diesen Gesichtspunkten zunächst die Europäische Patentorganisation, sind folgende Auffälligkeiten, die im Zusammenhang mit der Einrichtung eines Patentgerichts der Europäischen Union stehen, nicht zu übersehen:

Die Bundesregierung hat am 13. Februar 2017 den Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht eingebracht (BTDr. 18/11137). Nach der Eingangsbegründung soll dieses Übereinkommen den Schlussstein der seit den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts angestrebten Reform des europäischen Patentsystems bilden. Mit dieser Reform sollen die Rahmenbedingungen für die innovative Industrie im europäischen Binnenmarkt durch einen besseren Schutz von Erfindungen gestärkt werden. Sie sei von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung, da zukünftig ein flächendeckender einheitlicher Patentschutz in Europa eingerichtet werde, der kostengünstig zu erlangen sei und der effizient in einem Verfahren vor dem Einheitlichen Patentgericht durchgesetzt werden könne, das für alle teilnehmenden EU-Mitgliedstaaten gelte.

Allerdings ist das am 5. Oktober 1973 unterzeichnete Europäische Patentübereinkommen mit 38 Mitgliedstaaten immer noch von Bestand. An dieses möchte sich das Übereinkommen zum Einheitlichen Patentgericht vom 19. Februar 2013 ‚anschließen‘. Das Übereinkommen und das Europäische Patentübereinkommen bilden in Bezug auf die von der EU-Seite teilnehmenden 25 Mitgliedstaaten für ihren gemeinsamen Geltungsumfang eine Einheit.

Der damit gewünschte ‚Anschluss‘ ist – zurückhaltend ausgedrückt – aus verschiedenen Gründen überraschend. Seit einigen Jahren kommt es innerhalb der Europäischen Patentorganisation wegen der Struktur des Europäischen Patentamts zu mehr oder weniger großen Turbulenzen. Die Spitze des Europäischen Patentamts hat versucht, dem zentralen Problem der fehlenden Gerichtsqualität seiner Beschwerdekammern einschließlich der Großen Beschwerdekammer mit einer ‚Reform‘ zu begegnen.

Betrachtet man die vertraglich vereinbarte Struktur des Europäischen Patentamts, ergibt sich, dass dessen Präsident für alle Entscheidungen hinsichtlich Organisation, Funktion, Aufgabenerfüllung und Personal die letzte verantwortliche, aber auch die letztlich entscheidende Stelle in der EPO ist. Demgemäß wurden ihm auch wichtige Befugnisse in Bezug auf die Spruchkörper und deren Besetzung übertragen. Zudem übt der Präsident des Europäischen Patentamts Disziplinalgewalt über die Mitglieder der Spruchkörper aus.

Diese Fehlleistung wird noch dadurch ‚überhöht‘, dass diese Staatenverbindung mit ‚Immunität‘ ausgestattet wird. Der Sache nach bedeutet dies, dass sich die Vertragsstaaten des Europäischen Patentübereinkommens und die Mitgliedstaaten der EU ihrer Grundrechtsbindungen entledigen. Sie sichern diese Bindungslosigkeit über die Zuerkennung der Immunität gleichsam ab. Das ist unter rechtsstaatlich-demokratischen Gesichtspunkten keinesfalls hinzunehmen. Immunität darf in Bezug auf derartige Staatenverbindungen nur hinsichtlich der speziell übertragenen Aufgabenerledigung eingeräumt werden. Das bedeutet, dass die Mitgliedstaaten nicht in die tägliche Aufgabenerledigung und Art und Weise der Sachbehandlung eingreifen dürfen. Dies ist nur über einvernehmliche generelle Regelungen sachgerecht und vertraglich abzusichern, damit ein störungsfreier Betrieb der Organe des EPA überhaupt möglich ist.

Anders stellt sich die Problematik wegen des dem Patenterteilungsverfahrens eigenen Über-/Unterordnungsverhältnisses zwischen dem Anmelder und der Erteilungsbehörde dar. Gemäß den allgemein gültigen und anerkannten rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätzen ist eine institutionelle Trennung der entscheidenden Behörde von den sie kontrollierenden Spruchkörpern unerlässlich. Die Unab-

hängigkeit der kontrollierenden Gerichtsinanz kann allerdings nur durch eine institutionelle Trennung und Eigenständigkeit sichergestellt werden. Hieran fehlt es bei der Europäischen Patentorganisation von Anfang an.

In diesem Zusammenhang ist der Hinweis geboten, dass sich die Mitgliedstaaten der EU und der Europäischen Patentorganisation widersprüchlich, geradezu unredlich verhalten, wenn man etwa Polen, Ungarn und der Türkei für deren rechtsstaatswidrigen Umgang mit der Justiz schwere Vorwürfe macht, andererseits aber durch eklatante Fehlleistungen bei der Vertragsgestaltung im eigenen Haus groben Übergriffen im rechtsstaatlichen System und hinsichtlich der Individualrechtspositionen der Angehörigen des Europäischen Patentamts Tür und Tor öffnet.

Ein weiterer schwerer Konstruktionsmangel kommt hinzu. Personalstreitigkeiten innerhalb der Europäischen Patentorganisation werden an die Gerichtsbarkeit der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) überwiesen. Diese steht außerhalb der Europäischen Patentorganisation und ist im Hinblick auf die Mitgliedstaaten bindungslos. Es führt kein Strang demokratischer Legitimation von den einzelnen Mitgliedstaaten zu dieser Gerichtsbarkeit. Auf diese Weise entledigen sich die Mitgliedstaaten der Europäischen Patentorganisation und die teilnehmenden Mitgliedstaaten der EU ihren originären Verpflichtungen gemäß ihren nationalen Grundrechtskatalogen sowie der Europäischen Grundrechtecharta und der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Das ist nicht hinzunehmen, weil es den genannten Regelwerken immanent ist, dass sich die Staaten nicht durch die Bildung von Staatenverbindungen – zu welchem Zweck auch immer – ihren Verpflichtungen

zum Schutz der Grund- und Menschenrechte entziehen dürfen. Bei dem Eingehen einer Staatenverbindung darf kein Vakuum hinsichtlich des Grundrechtsschutzes entstehen. Vielmehr muss ein gleichwertiges Äquivalent geschaffen werden. Ein solches kann darin bestehen, dass ein Mitgliedstaat – bevorzugt das gastgebende Land der Staatenverbindung – mit dem Gerichtsschutz beauftragt wird. Allerdings ist es vorzuziehen – zumal bei der Größe einer Staatenverbindung wie der der Europäischen Patentorganisation -, eine unabhängige interne Gerichtsbarkeit zu installieren. Auf diese Weise ist die demokratische Legitimation der rechtsprechenden Gewalt gegeben und durch die organisatorische Trennung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung die Unabhängigkeit der Spruchstätigkeit sichergestellt.

Im Hinblick auf das Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht ergibt sich ein spezielles zusätzliches Problem. Es schließt an das Europäische Patentübereinkommen an. Man hat sich das so vorzustellen, dass ein nach dem Europäischen Patentübereinkommen erteiltes Patent auch für die EU gilt. Daraus folgt, dass das Übereinkommen der EU nicht eine neue in sich geschlossene Patentrechtsordnung in formeller und materieller Hinsicht schafft, sondern eine Einheit mit dem Europäischen Patentübereinkommen bildet. Auf diese Weise übernimmt die EU alle zuvor erörterten rechtsstaatlich-demokratischen Mängel der Europäischen Patentordnung. Die 25 teilnehmenden EU-Staaten desavouieren so ihr Vorhaben. Sie machen sich bezüglich des Vertragsgegenstands von einer Institution außerhalb der EU und außerhalb ihrer neu geschaffenen autonomen Rechtsordnung abhängig – eine eklatante Fehlleistung. Sie ist vergleichbar der Konstruktion der Europäischen Währungsunion, wenn man den durch die Vertragsstaaten eröffneten Spielraum für die Ratingagenturen betrachtet. Man macht sich von Entscheidungen demokratisch

nicht legitimierter Institutionen abhängig, die man nicht kontrollieren und nicht beeinflussen kann und die die Selbstdefinition der Vertragsstaaten infrage stellen.

3.2.2) Im Hinblick auf EUROCONTROL stellt sich zentral die Frage des Rechtsschutzes der dortigen Bediensteten. EUROCONTROL ist eine 1960 gegründete europäische Vereinigung zur Überwachung des Luftraums. Zugrunde liegt ein völkerrechtlicher Vertrag. Zu beanstanden ist auch in dieser Hinsicht die Regelung des Rechtsschutzes. Der Begründungsansatz des Bundesverfassungsgerichts⁹ leidet daran, dass nicht von der deutschen Rechtsordnung her überlegt wird, sondern von der Völkerrechtsebene. Nach der EUROCONTROL II - Entscheidung in BVerfGE 59, 63 kommt es nicht darauf an, „ob die ‚Übertragung‘ von Hoheitsrechten auf die zwischenstaatliche Einrichtung sowie deren organisatorische und rechtliche Ausgestaltung im einzelnen nach Maßgabe des deutschen Verfassungsrechts gültig sind.“ Wie das Verfassungsgericht schreibt, ist es allein wesentlich,

„dass die Einrichtung durch einen wirksamen völkerrechtlichen Akt geschaffen wurde und sich bei dem im Streit befindlichen Verhalten nicht völlig von dieser völkerrechtlichen Grundlage gelöst hat. Bereits dann handelt es sich bei ihren Handlungen um solche nichtdeutscher öffentlicher Gewalt, bezüglich deren jedenfalls die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht eingreift. Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet nicht eine ‚subsidiäre‘ Gerichtsbarkeit deutscher Gerichte für den Fall, dass die Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf die zwischenstaatliche Einrichtung nach innerstaatlichem Recht – formell oder materiell – fehlerhaft sein sollte. Nach Art. 19 Abs. 4 GG ist insbesondere

⁹Einzelheiten hierzu bei Broß, VerwArch 92 (2001) 425.

auch nicht eine internationale ‚Auffangzuständigkeit‘ deutscher Gerichte gewährleistet, falls der Rechtsschutz gegen Handlungen der zwischenstaatlichen Einrichtung gemessen an innerstaatlichen Anforderungen unzulänglich sein sollte.“ (BVerfGE 59, 63, 85f.).

Diese Ausführungen werden der Problematik nicht gerecht. Zunächst ist von der jeweiligen nationalen Verfassungsrechtslage her zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen sich ein Staat in den Völkerrechtsverkehr begeben und dort vertragliche Bindungen eingehen darf. Es erschließt sich ohne Schwierigkeiten, dass im Hinblick auf die Gewährleistungen der Grund- und Menschenrechte der nationalen Verfassungen in Europa und damals schon der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten eine solche Staatenverbindung nicht so ausgestaltet werden darf, dass substantielle Rechtsschutzdefizite wesentlicher Bestandteil der Staatenverbindung sind. Es bedarf einer entsprechenden institutionellen Ausgestaltung einer jeden Staatenverbindung, die von den hierfür in Betracht kommenden rechtsstaatlich-demokratischen Staatswesen eingegangen wird. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Lissabon-Entscheidung (BVerfGE 123, 267) nach Maßgabe des hier nicht einschlägigen Art. 23 GG gerade auf diese Zusammenhänge hingewiesen. Für den Anwendungsbereich des vorliegend einschlägigen Art. 24 GG gilt allerdings nichts anderes, weil sich zunächst immer die Frage stellt, wie beim Eingehen einer Staatenverbindung die Staaten die Gewährleistung der Grund- und Menschenrechte der ihrer Gewalt als Adressaten unterworfenen und der dort tätigen Menschen sicherstellen können. Von daher ist bei jeder solcher neu geschaffenen völkerrechtlichen Konstellation die Schaffung eines gleichwirkenden Äquivalents im Vergleich zur nationalen Ebe-

ne zwingend. Dass im übrigen die Gründung der Staatenverbindung den völkerrechtlichen Regeln entsprechen muß, versteht sich von selbst, ist allerdings erst eine nachfolgende Frage. Die Schaffung eines wirksamen rechtsstaatlich-demokratischen Anforderungen gerecht werdenden Rechtsschutzes kann denkgesetzlich nie im Widerspruch zu völkerrechtlichen Regeln und Grundsätzen stehen.

4 Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

Das Thema des heutigen Abends hat erstaunliche Erkenntnisse zu Tage gefördert, wenn man mit dem neuartigen Freihandelsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan im Jahr 1959 ansetzt, in dem der Investorschutz das zentrale Anliegen war. Gleichwohl war schon zu dessen Absicherung ein privates Schiedsgericht vorgesehen und des weiteren, dass die Vertragsstaaten Abstimmungsgespräche über künftige Entwicklungen führen, in denen man Vorformen der regulatorischen Zusammenarbeit sehen könnte. Das sind die Anklänge der institutionellen Strukturen moderner Freihandelsabkommen, die Rechtsstaat, Demokratie und Sozialstaat gefährden. Die dort angelegten institutionellen Strukturen wurden in den nachfolgenden Jahrzehnten näher ausgestaltet und vor allem die regulatorische Zusammenarbeit zwischen den Partnern eines Freihandelsabkommens weiter vertieft.

4.1) Ein Investorschutz, wie er in den Freihandelsabkommen vorgesehen ist, schafft eine Parallelwelt und bedeutet der Sache nach eine Diskriminierung der inländischen Wettbewerber. Die Wirkung ist für das ausländische Unternehmen gleichbedeutend mit einer Tei-

Immunität. Diese wird institutionell abgesichert durch eine (private) Schiedsgerichtsbarkeit.

4.2) Diese private Schiedsgerichtsbarkeit widerspricht allen rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätzen und ist mit Blick auf die Vertragsstaaten eine unzulässige Aufgabe staatlicher Souveränität und Selbstdefinition. Dass die modernen Freihandelsabkommen durch die EU-Kommission initiiert werden, ändert nichts daran, dass sie gegen EU-Recht verstoßen. Dies hat der EuGH im ‚Achmea-Urteil‘ erneut klargestellt, wenn er im Falle der Internationalisierung der EU-Ebene auf sein Rechtsprechungsmonopol und seine Obergerichtsbefugnis über die EU-Rechtsordnung hinweist und dieses zu Recht ohne Abstriche behauptet.

4.3) Die Freihandelsabkommen, die durch eine regulatorische Zusammenarbeit der Vertragspartner flankiert werden, erstrecken sich auf viele Bereiche, nicht nur die traditionellen Wirtschaftsbereiche. Der Sache nach wird durch den umfassenden Geltungsbereich, Art und Ausmaß der flankierenden regulatorischen Zusammenarbeit, den Investorschutz und die Schiedsgerichte sowie die daraus resultierende Vorprägung der Politik und Gesetzgebung ein Teilbundesstaat geschaffen. Hierfür besteht mangels Übertragung einer entsprechenden Zuständigkeit auf die EU-Ebene keinerlei Legitimation, die Bundesrepublik Deutschland wird weder durch Art. 23 noch Art. 24 GG zu einer solchen Staatenverbindung ermächtigt.

4.4) Schon die erwähnten früheren Staatenverbindungen Europäische Patentordnung und EUROCONTROL hätten aufmerksamen Beobachtern vermitteln müssen, welche Risiken für die Vertragsstaaten sowie die ihnen und der neuen Institution anvertrauten Menschen drohen können. Dieses Risikopotenzial wird durch die Ver-

nachlässigung der Grund- und Menschenrechte und eines effektiven Rechtsschutzes geschaffen. Hierzu mag ein Hinweis genügen: In jüngerer Vergangenheit hat die von mir entschieden abgelehnte rechtswissenschaftliche Theorie des ‚Gewährleistungsstaates‘ um sich gegriffen. Es handelt sich hierbei um ein Rechts- und Staatsverständnis, das zunehmend von einer eigenständigen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben absieht und sich stattdessen lediglich auf Vorkehrungen zur Sicherung der gemeinwohlorientierten Ziele im Zusammenwirken mit Privaten oder allein durch Private beschränkt.¹⁰ Es kann nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden, dass durch Investorschutz, (private) Schiedsgerichte und regulatorische Zusammenarbeit die Privatisierung staatlicher Infrastruktur erzwungen oder die Rückgängigmachung früherer Privatisierungen verhindert werden kann.

¹⁰Vgl. hierzu statt aller Wolfgang Hoffmann-Riem, AöR 130 (2005), S. 5, 9; hiergegen Siegfried Broß, JZ 2003, 874; Vorgänge 2008, 56 u. a.

Abkürzungen und Siglen

Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
BRICS-Staaten	Vereinigung der Staaten Brasilien, Russland, Indien, China, Südafrika
BVerfG(E)	Bundesverfassungsgericht(Entscheidung)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement, <i>dt.</i> Wirtschafts- und Handelsabkommen (zwischen der EU und Kanada)
EPA	Europäisches Patentamt
EPO	Europäische Patentorganisation
ETC	Energy Charter Treaty, <i>dt.</i> Energiecharta-Vertrag
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUROCONTROL	Europäische Organisation zur Sicherung der Luftfahrt
ILO	Internationale Arbeitsorganisation
IWF	Internationaler Währungsfonds
JEFTA	Japan-EU Free Trade Agreement, <i>dt.</i> Freihandelsabkommen EU-Japan
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
NAFTA	North American Free Trade Agreement, <i>dt.</i> Nordamerikanisches Freihandelsabkommen
NATO	North Atlantic Treaty Organization, <i>dt.</i> Nordatlantikpakt
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development, <i>dt.</i> Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership, <i>dt.</i> Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft, zwischen der EU und den Vereinigten Staaten von Amerika, vgl. TAFTA
UN	United Nations, <i>dt.</i> Vereinte Nationen
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, <i>dt.</i> Organisation der Vereinten Nationen für Bildung, Wissenschaft und Kultur
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees <i>dt.</i> Hoher Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen
WTO	World Trade Organization, <i>dt.</i> Welthandelsorganisation

Autor

Siegfried Broß, Jg. 1946, studierte Rechtswissenschaften an der Eberhard Karls Universität Tübingen und an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Bis 1998 Richter am Bundesgerichtshof, anschließend bis 2010 Richter am Bundesverfassungsgericht. Lehrt seit 2002 an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Zahlreiche Ehrungen, darunter Ehrendoktorwürde Universitas Islam Indonesia in Yogyakarta (2009) und Max Friedlaender Preis des Bayerischen Anwaltverbandes (2017). Honorarprofessor an der Universität Freiburg im Breisgau. Ehrenvorsitzender der Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission e. V. und der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe. Ehrenmitglied des Internationalen Beratungskomitees und Ehrenvorsitzender des Think Tank Africast von CAFRAD.

Veröffentlichungen zum Thema u. a.:

Wenn rechtsstaatlich-demokratische Ordnungsrahmen stören oder hinderlich sind – Überlegungen zur Entstehung von Parallelwelten. In: Simplex Sigillum Veri. Hrsg. v. Christian Hertel et al. München 2017, S. 533–544; *Überlegungen zu den Grundlagen von Staatenverbindungen.* In: Grundgesetz und Europa. Hrsg. v. Volker Bouffier et al. Tübingen 2016, S. 29–42; *Rechtliche Beurteilung des TTIP.* In: Juristische Fachtexte zu Freihandelsabkommen. Hrsg. v. Berliner Wassertisch. Heft 1, Berlin, Februar 2016; <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:109-1-8093896>; *Privatisierung staatlicher Infrastrukturbereiche in der „sozialen Demokratie“.* Baden-Baden 2015; *TTIP und CETA – Überlegungen zur Problematik der geplanten Freihandelsabkommen der Europäischen Union mit den Vereinigten Staaten von Amerika und Kanada.* In: Schriften zur kommunalen Daseinsvorsorge (SKD). Hrsg. v. Berliner Wassertisch. Heft 4, Berlin 2015; <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:109-1-7855128>; *Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit.* In: Report der Abteilung Mitbestimmungsförderung der Hans-Böckler-Stiftung, Nr. 4, Januar 2015, URL: http://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2015_4.pdf ; *Krankenhäuser – kommerzielle Wirtschaftsbetriebe oder Teil der Daseinsvorsorge des Staates?.* In: SKD. Hrsg. v. Berliner Wassertisch, Heft 3, Berlin 2014, <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:109-1-7729328> ; *Wirtschaftsordnung und Verfassung – einige kritische Betrachtungen.* In: Festschrift für Rolf Stürner. Hrsg. v. Alexander Bruns. Tübingen 2013, S. 3 ff.; *Wasser, Gas, Strom ... Warum Privatisierung kein Allheilmittel ist oder sogar die Demokratie gefährden kann.* In: SZR. Hrsg. v. Berliner Wassertisch, Heft 2, Berlin 2013, <https://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:109-1-7729296> ; *Der Umbau mehr oder weniger existentieller Infrastrukturen, insbesondere der sozialen Sicherung, als Demokratieproblem.* In: Hochhuth 2012, S. 9–20; *Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Gefahr für das Allgemeinwohl?* In: Universitas-Orientierung 2007, S. 995–1009; *Daseinsvorsorge und notwendige Staatsaufgaben. Was sollen Staat, Kommunen und Private tun (dürfen)?* In: Vorgänge 2008/2, S. 56–69; *Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Gefahr für das Allgemeinwohl?* In: Glanzlichter der Wissenschaft 2007, S. 25–33; *Daseinsvorsorge–Wettbewerb–Gemeinschaftsrecht.* In: JZ 2003, S. 874ff.