

Text von Axel Flessner

Warum das GG?

Das zurzeit verhandelte Freihandelsabkommen zwischen der EU und den USA (TTIP) steht im politischen Gegenwind – aus der Sicht von *Mehr Demokratie (MD)*, weil es die Demokratie und den Rechtsstaat bedroht. MD beteiligt sich daher mit gutem Grund am politischen Widerstand. Michael Efler und Roman Huber haben dies ausführlich dargestellt.¹

Mit den Stichworten „Demokratie“ und „Rechtsstaat“ kommt aber auch das deutsche Grundgesetz (GG) ins Spiel. Denn an der Entstehung des Abkommens werden notwendig deutsche Staatsorgane beteiligt sein. Zwischen der EU-Kommission und manchen Mitgliedstaaten, darunter auch Deutschland, ist noch streitig, ob die EU das Abkommen allein abschließen kann oder, weil es Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten berührt, auch die Mitgliedstaaten es ratifizieren müssten. Wenn die EU die Alleinzuständigkeit hat, beschließen es der Rat der EU und das Europäische Parlament (EP). Im Rat übt der Vertreter der Bundesregierung Deutschlands Stimmrecht aus. Er ist dabei an das GG gebunden und darf deshalb keinem die Bundesrepublik verpflichtenden Abkommen zustimmen, das dem GG widerspricht. Wenn auch die Mitgliedstaaten zu beteiligen sind, haben (nach der Abstimmung im Rat und im EP) für Deutschland der Bundestag und der Bundesrat das letzte Wort. Auch sie unterliegen hierbei dem GG. Man sollte deshalb planen, den Widerstand auch auf die rechtliche Ebene, letztlich an das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zu tragen, wie MD es mit seiner „Bürgerklage“ gegen die europäische „Rettungspolitik“ gerade eindrucksvoll getan hat. Im Folgenden skizziere ich die verfassungsrechtlichen Ansatzpunkte.

Das Abkommen

TTIP soll vor allem die „nichttarifären“ staatlichen Handelshemmnisse, also nicht nur die Zölle, zwischen dem amerikanischen und dem europäischen Wirtschaftsraum abbauen. Dafür werden den Staaten bestimmte Pflichten auferlegt, besonders auch zum „Investitionsschutz“, und den Unternehmen und Investoren wird das Recht eingeräumt, die Staaten wegen Verstößen gegen solche Pflichten vor eigens dafür gebildeten

¹ Efler/Huber, TTIP und die Demokratie – Wo ist das Problem? (hrsg. von Mehr Demokratie, Stand: 18.2.2014); Huber, Das geheim verhandelte Freihandelsabkommen TTIP gefährdet die Demokratie, in: mdmagazin – Zeitschrift für Direkte Demokratie, Ausgabe 2/2014, S. 5.

Schiedsgerichten auf Entschädigung zu verklagen. Geplant (und in solchen Abkommen nicht unüblich) sind

- eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung („Nichtdiskriminierung“) von Ausländern mit Inländern,
- ein Verbot entschädigungsloser Enteignungen,
- eine Verpflichtung zur „gerechten und billigen Behandlung“ („fair and equitable treatment“) der vom Abkommen geschützten Personen und Unternehmen.

Die wunden Punkte

Die Verpflichtung eines Staates zur Gleichbehandlung und das Verbot der entschädigungslosen Enteignung sind für Deutschland kein Problem. Sie gelten auch nach dem GG (Art. 3 und 14), und zwar auch für Ausländer. Auch Gesetze können gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG verstoßen, wenn sie das Eigentum sachwidrig regeln. Problematisch ist die zusätzliche Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung. Für sie gibt es kein Gegenstück im GG, und ein ganz wunder Punkt wird berührt durch das Klagerecht von Unternehmen und Anlegern wegen von ihnen behaupteter Verstöße gegen die genannten Pflichten bei nichtstaatlichen Schiedsgerichten. Unter den folgenden Gesichtspunkten sind sie verfassungsrechtlich angreifbar.

Staatsgewalt unter Fremdbestimmung

Nach Artikel 20 Absatz 3 GG ist die Gesetzgebung „an die verfassungsrechtliche Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden“, an mehr aber nicht! Vielmehr betont das BVerfG immer wieder, besonders in den Urteilen zur europäischen Integration („Maastricht“ usw.), dass der deutschen Staatsgewalt, die sich an das GG und die Gesetze hält, im übrigen ihre volle Handlungsfreiheit belassen werden muss. Das ist einerseits eine Sache der Souveränität. Das GG begründet die Bundesrepublik als unabhängigen Staat, also mit niemandem über sich. Die deutschen Staatsorgane dürfen sie nur insoweit an fremden Willen rechtlich binden, als das GG es selbst vorsieht, so an die europäische Integration (Art. 23 GG), an „zwischenstaatliche Einrichtungen“, kollektive Sicherheitssysteme (NATO!) und an Schiedsgerichte „zur Regelung zwischenstaatlicher Streitigkeiten“ (Art. 24 GG). Die Freiheit von Fremdbestimmung wird aber auch durch das demokratische Prinzip gefordert (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG), da der deutsche Staat seine Legitimität nur aus der Verfassung und vom Volk durch Wahlen und Abstimmungen erhält. Es wäre undemokratisch, den deutschen Staat an Rechtsregeln zu binden, die ohne Stütze

im GG für ihn geschaffen wurden und die hinausgehen über das, was nach dem GG und den Parlamentsgesetzen für ihn verbindlich ist.

Eine ausdrückliche, gegen den Staat einklagbare Verpflichtung des Gesetzgebers zur gerechten und billigen Behandlung der Bürger, die über die Beachtung der Grundrechte und der Grundsätze des demokratischen Rechtsstaates hinausgeht, kennt das GG nicht. Das TTIP stellt sie aber zugunsten ausländischer individueller Investoren ausdrücklich auf, sie gibt ihnen ein vom deutschen Staat unantastbares „Grundrecht auf ungestörte Investitionen“.² Jeder ausländische Investor, dem ein neues deutsches Gesetz oder eine Behördenentscheidung, auf welchem Gebiet auch immer, unbequem wird, könnte der Bundesrepublik vorwerfen, sie behandle ihn ungerecht und schulde Entschädigung wegen einer Entwertung seiner Investition, selbst wenn der Gesetzgeber oder die Behörde alle nach dem GG und dem Verwaltungsrecht bestehenden Bindungen beachtet hat und deshalb vor deutschen Gerichten nicht angreifbar wäre. Was allein diese Drohung für die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers und der Behörden bedeuten kann, kann man sich vorstellen. Hinzu kommt die Auswirkung einer tatsächlichen Verurteilung des Staates zur Entschädigung. Sie schafft eine Verbindlichkeit des Staates ohne Zustimmung des Parlaments und verletzt damit die Haushaltshoheit des Bundestages oder eines Landesparlaments.

Mit unerwarteter Entschädigungshaftung kann der deutsche Staat allerdings auch nach dem GG konfrontiert werden, wenn ein Gesetz oder eine Behördenentscheidung von den Gerichten nach Artikel 14 GG als entschädigungspflichtige Enteignung eingestuft wird oder wenn ein rechtswidriges Handeln der Behörden den Staat haftbar macht (Art. 34 GG). Hier könnten sich der Gesetzgeber und die Behörden aber vorher auf die im GG und den Gesetzen enthaltenen Regeln und die dazu ergangene Rechtsprechung der deutschen Gerichte einstellen, notfalls auch bewusst ein Rechtsrisiko in Kauf nehmen. Bei einer konturenlosen internationalen Blankettklausel über „gerechte und billige Behandlung“ und ihrer Anwendung durch ein internationales Schiedsgericht können sie das nicht. Der deutsche Staat wird vielmehr einer unberechenbaren, seinen Haushalt belastenden Fremdbestimmung ausgeliefert.

Ausschluss des Rechtswegs

In Artikel 19 Absatz 4 GG steht die sogenannte Rechtsweggarantie: „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.“ Diese Garantie gilt auch für Ausländer. Die Schiedsklausel in dem Abkommen für Kläger aus dem

² *Heribert Prantl*, Süddeutsche Zeitung 22.4.2014, S. 4.

Ausland soll dies aber gerade ausschließen; das vorgesehene Schiedsgericht ist allein zuständig. Das ist mit der Rechtsweggarantie eindeutig nicht vereinbar. Ausländischen Unternehmen und Investoren darf ihr Recht, den deutschen Staat bei den deutschen staatlichen Gerichten zu verklagen, nicht genommen werden.

Fremde Richter

Die Garantie des Rechtswegs hat aber einen Effekt auch zugunsten des deutschen Staates. Er braucht sich wegen der Ausübung seiner Hoheitsmacht (Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung) *nur* bei deutschen Gerichten, nicht auch bei außerdeutschen Gerichten zu verantworten. Auch das folgt eigentlich schon aus der vom GG umschriebenen Souveränität der Bundesrepublik und aus dem Demokratieprinzip, denn auch die deutschen Gerichte sind "nur" an die Verfassung und die demokratisch beschlossenen Gesetze gebunden. Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, die Artikel 24 GG der Bundesrepublik erlaubt, betrifft nur Rechtsstreitigkeiten zwischen Staaten, nicht auch Ansprüche von Personen und Unternehmen des Privatsektors gegen den deutschen Staat, und sie hat es meistens auch nicht mit Geldforderungen der Staaten untereinander, sondern mit außenpolitischen Streitfragen zu tun.

Den deutschen Staat wegen seines hoheitlichen Handelns der Schiedsklage von Privaten auszusetzen ist etwas ganz anderes als ihn vor einem Schiedsgericht mit einem anderen Staat streiten zu lassen. Staaten, die miteinander streiten, haben es jederzeit in der Hand, ob und mit welchem Ziel sie den Streit überhaupt gerichtlich führen oder ihn lieber diplomatisch regeln und wie weit und wie lange sie das Gerichtsverfahren betreiben wollen. Bei der Klage eines Privaten sieht der Rechtsstreit ganz anders aus. Der private Kläger braucht auf das unverrückbare Nebeneinander der im Streit befindlichen Staaten keine Rücksicht zu nehmen, diplomatisch vorgehen muss er nicht und kann er oft auch nicht. Das Abkommen, das den begünstigten privaten Unternehmen und Anlegern Klagerechte bei Schiedsgerichten gegen andere Staaten gibt, ist wie ein Abkommen zwischen Nachbarn, die auch vereinbaren, nach Abschluss des Abkommens ihre Hunde auf beiden Grundstücken frei laufen zu lassen; wenn dann der Hund des einen den anderen Nachbarn (oder dessen Hund) anfällt, kann keiner der Nachbarn noch eingreifen. Mit einer gesetzlich oder staatsvertraglich konzidierten solchen Schiedsgerichtsbarkeit gegen sich für Private geben die Staaten ihren Vertrag und ihren möglichen Streit über seinen Inhalt aus der Hand. Dafür enthält das GG keine Ermächtigung.

Ein Klagerecht von privaten Investoren gegen Staaten bei einem Schiedsgericht wird allerdings gewährt in dem „Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten“ von 1965, mit dem ein „Zentrum zur

Beilegung von Investitionsstreitigkeiten“ bei der Weltbank in Washington eingerichtet wurde,³ Deutschland ist dem Übereinkommen 1969 beigetreten.⁴ Das Zentrum ist jedoch nur zuständig, wenn ein Vertragsstaat und ein Angehöriger eines anderen Vertragsstaats schriftlich eingewilligt haben, ihren Rechtsstreit aus einer Investition dem Zentrum zu unterbreiten (Art. 25 des Übereinkommens). Das Übereinkommen setzt also die freiwillige Zustimmung des Vertragsstaates zu einem konkreten Schiedsverfahren voraus und ist deswegen für sich genommen nach dem GG noch unbedenklich. Das TTIP soll dagegen die EU und ihre Mitgliedstaaten *verpflichten*, sich mit jedem beliebigen amerikanischen Investor auf ein Schiedsverfahren über jeden denkbaren Investitionsstreit einzulassen. Das zu akzeptieren ist jedenfalls der Bundesrepublik Deutschland nach ihrem Verfassungsrecht nicht erlaubt.

Das ICSID-Abkommen wird allerdings in der Praxis so ausgelegt, dass das Einverständnis des Staates nach Art. 25 des Abkommens schon in dem Investitionsschutzabkommen gesehen werden kann, mit welchem er ein Klagerecht für alle Investoren aus dem anderen Vertragsstaat begründet hat. Das ist aber eine für die Schiedsgerichtsbarkeit befremdliche Auslegung. Die Schiedsvereinbarung setzt in der Regel voraus, dass ein bestimmtes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien schon besteht, aus dem schiedsbedürftige Ansprüche entstehen können, so etwa § 1029 der deutschen Zivilprozessordnung, die internationalen Standard wiedergibt. Dass jemand einem noch ganz unbestimmten Personenkreis ein Schiedsangebot macht, das dann von jedem, der die Voraussetzungen erfüllt, angenommen werden kann (hier: von den Investoren aus dem anderen Vertragsstaat), passt nicht zu den Schutzvorkehrungen gegen unbedachte und grenzenlose Preisgabe von staatlichem Rechtsschutz, die das Schiedsrecht überall sonst aufstellt. Die dem widersprechende herrschende Auslegung des Abkommens ist offensichtlich interessengeleitet, denn nach Art. 41 des Abkommens entscheidet das angerufene Schiedsgericht selbst über seine Zuständigkeit. Die Schiedsrichter, einmal eingesetzt, und die juristischen Kreise, die das ICSID-System pflegen und stützen, werden nicht geneigt sein, den Anwendungsbereich des Systems zu schmälern. Wenn die Bundesrepublik sich gegen diese Auslegung aber nicht wehren kann, treffen das ICSID-Abkommen alle verfassungsrechtlichen Rügen, die man gegen das TTIP selbst erheben kann.

Inländerdiskriminierung

Freihandels- und Investitionsschutzabkommen haben den Zweck, die Bürger und Unternehmen der Abkommensstaaten gegen Handelshemmnisse im

³ International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

⁴ BGBl. 1969 II, S. 371.

abkommensgebundenen Ausland zu schützen. Für den Schutz der Bürger in ihrem eigenen Heimatstaat sind sie nicht da. Deutsche Bürger und Unternehmen können sich also gegen Deutschland nicht auf das Abkommen berufen, also etwa auf die Pflicht zur gerechten und billigen Behandlung und den Zugang zu einem Schiedsgericht, wohl aber können es ausländische Bürger und Unternehmen. Das ist eine den Grundgedanken solcher Abkommen eigentlich widersprechende Ungleichbehandlung der Inländer gegenüber den Ausländern – „Inländerdiskriminierung“.

Inländerdiskriminierung verstößt gegen das Gleichheitsgebot des GG (Art. 3). Sie ließe sich nicht dadurch vermeiden, dass das Abkommen auch die deutschen Bürger in seine Wohltaten einbezieht. Dann wäre zwar die Diskriminierung gegenüber den Ausländern beseitigt, aber eine neue Ungleichheit geschaffen, nämlich zwischen den deutschen Bürgern und Unternehmen, die das Abkommen mit den Ausländern gleichbehandelt, und den anderen deutschen Bürgern und Unternehmen, die mit ihren Investitionen von vornherein nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Abkommens fallen und deshalb gegen ihren Staat nur den Schutz des deutschen Rechts, nicht auch den gesteigerten Schutz des Abkommens beanspruchen können.

Man kann es deshalb drehen und wenden, wie man will: TTIP verstößt auch deshalb gegen das GG, nämlich gegen Artikel 3, weil es die Bundesrepublik zur Inländerdiskriminierung zwingen soll.

Selbstermächtigung der EU

Das BVerfG hat es nunmehr (in den Urteilen zu den EU-Verträgen) oft genug ausgesprochen: Die EU kann sich nicht selbst neue Kompetenzen schaffen; eine Erweiterung ihrer Kompetenzen ist nur durch eine Änderung der Europäischen Verträge möglich, und über diese bestimmen die Mitgliedstaaten durch ihre Parlamente und Regierungen. Hält die EU sich daran nicht, können ihre aus der vorgegebenen Kompetenzordnung „ausbrechenden“ Rechtsakte vom BVerfG abgewehrt werden.

Den Schutz gegen staatliche Handelshemmnisse, den das Abkommen bieten soll, verspricht es für alle Politikbereiche, auf denen ein Staat durch seine Gesetze und Behörden den Investoren Verdruss bereiten kann, sei es durch Steuern, Beihilfen an Konkurrenten, Wirtschaftsförderung für andere Branchen, Regelungen zu Sozialversicherung, Arbeitsrecht und Verbraucherschutz, durch Umweltauflagen, Sicherheitsstandards, Gewerbebehörde, Kapitalmarktregulierung bis hin zu Rechtsregeln im Schul-, Wissenschafts- und Kulturbereich. Die EU ist jedoch nur für einzelne Politikbereiche zuständig. Ein amerikanischer Investor, vielleicht auch die Vereinigten Staaten selbst, könnten aber mit TTIP die Bundesrepublik vor ein Schiedsgericht bringen zum Beispiel mit der Behauptung,

ein neues Steuergesetz sei eine „ungerechte und unbillige Behandlung“ einer Investition oder Marktaktivität in Deutschland, und die Bundesrepublik könnte dann von dem Schiedsgericht unter Umständen tatsächlich zur Entschädigung verurteilt werden. Die EU hat aber evident keine Kompetenz zur Besteuerung, weder zur Einführung eigener Steuern noch zur Bewertung der Steuern in Mitgliedstaaten, soweit diese nicht gegen bestehendes EU-Recht verstoßen, noch zur Aufstellung von allgemeinen Gerechtigkeitskriterien für die Besteuerung. Das Abkommen der EU, das solches aber, ausgeführt durch die Schiedsgerichte, für das Steuerrecht vorsieht, wäre eine klare Überschreitung des der EU durch die EU-Verträge gesetzten Kompetenzrahmens, es wäre die Anmaßung einer Regelungskompetenz, welche die Mitgliedstaaten ihr bisher bewusst vorenthalten.

Die Anmaßung wird noch grundsätzlicher dadurch, dass die EU mit TTIP die Mitgliedstaaten vor internationale Schiedsgerichte bringen will. Ein Kernelement der Souveränität ist nach ganz herrschender Auffassung, dass der einzelne Staat sich für sein hoheitliches Handeln nicht vor fremden Gerichten verantworten muss. Das von der EU abgeschlossene TTIP würde dagegen die EU selbst und ihre Mitgliedstaaten gerade dazu zwingen. Der EU fehlt dafür elementar die nötige Rechtsmacht. Ihre Außenkompetenz berechtigt sie zum Abschluss von Freihandels- und Investitionsschutzverträgen, jedoch nicht zur Auslieferung ihrer selbst und der Mitgliedstaaten an internationale Schiedsgerichte, bei denen Personen und Unternehmen des Privatrechts gegen hoheitliches Handeln der EU und der Mitgliedstaaten klagen können. Solche Schiedsgerichte sind für den Abschluss und die spätere Einhaltung dieser Abkommen nicht notwendig. Es geht auch anders – nämlich mit Schiedsgerichten nur zwischen den Parteien des völkerrechtlichen Vertrages selbst – wie zum Beispiel das System der Streitbeilegung der Welthandelsorganisation WTO es zeigt, das vollkommen ohne private Klagerechte auskommt, und auch die Schiedsgerichtsbarkeit über Investitionsstreitigkeiten bei der Weltbank (IDSIC)⁵ setzt für die Klage des privaten Investors jedenfalls das Einverständnis des angegriffenen Staates voraus.

Die Gerichtspflichtigkeit der Mitgliedstaaten nach TTIP wäre also ein klarer Eingriff der EU in die Souveränität der Mitgliedstaaten. Er würde die Souveränitätsverhältnisse zwischen der EU und den Mitgliedstaaten auf den Kopf stellen. Nicht die EU verfügt über das Maß der Souveränität der Mitgliedstaaten, sondern die Mitgliedstaaten haben ihr durch die Europäischen Verträge einzelne Hoheitsrechte übertragen, mehr aber nicht. Ein Abkommen der EU, das die Mitgliedstaaten zwingt, sich vor einem internationalen Schiedsgericht für ihr hoheitliches Handeln gegenüber privaten Personen und Unternehmen zu rechtfertigen, wäre ein klarer „Ausbruch“ der EU aus diesem von den Europäischen Verträgen errichteten System. Die Bundesrepublik dürfte ihm auch nach ihrem eigenen Verfassungsrecht nicht

⁵ Siehe bei Fußnote 3.

zustimmen; dieser Souveränitätsverzicht wäre weder nach Artikel 23 GG noch nach Artikel 24 GG zulässig.

Wer kann sich wehren?

Wenn die Bundesregierung im Rat der EU oder der Bundestag im Rahmen einer vorgeschriebenen Mitwirkung dem Abkommen zustimmt, kann jeder einzelne Bundesbürger dagegen mit der Verfassungsbeschwerde vorgehen. Denn die rechtliche und gerichtliche Bindung über potentiell alle Politikbereiche, die das Abkommen dem deutschen Gesetzgeber auferlegen soll, und die Kompetenzanmaßung der EU, die ihn an eigener Gesetzgebung hindern und wegen doch beschlossener Gesetze vor internationale Schiedsgerichte bringen soll, beschädigen auch das *Wahlrecht*, das die Bürger nach Artikel 38 GG haben; es ist umso weniger wert, je weniger der Bundestag zu sagen hat, und die Aushöhlung des Wahlrechts berechtigt jeden Bürger zur Verfassungsbeschwerde beim BVerfG.

Mit der Verfassungsbeschwerde können auch vorbeugend Verbote von Gesetzgebungsakten beim BVerfG erwirkt werden. So könnte der Bundesregierung vom BVerfG verboten werden, dem Abkommen im Rat der EU zuzustimmen, sobald die EU-Kommission es dem Rat und dem EP zur Entscheidung vorgelegt hat. Falls das Abkommen (als ein „gemischtes“ Abkommen) auch einer Zustimmung des Bundestages (und des Bundesrates) bedürfte, könnte man zunächst gelassen sein; es würde genügen, dem Bundespräsidenten die Unterzeichnung, Verkündung oder Hinterlegung des deutschen Zustimmungsgesetzes zu verbieten. Falls aber die EU allein zuständig ist, kann es nach erfolgtem Vorschlag der EU-Kommission im EU-Rat plötzlich recht schnell gehen. Schon ausverhandelt ist und kurz vor der Unterzeichnung steht überdies ein ähnliches Abkommen mit Kanada („CETA“), das als Muster auch für TTIP dienen soll. Eine rechtzeitige Vorbereitung auf den Ernstfall wäre also notwendig.

Axel Flessner

Univ.Prof. i.R., Dr. iur., Mitglied bei Mehr Demokratie e.V.