

## Mitbestimmungsförderung

Nr. 4

Report | Januar 2015

### Inhalt

Inhaltsverzeichnis.....	2
Vorwort .....	2
Einleitung.....	4
Umfeld und Klima .....	5
Gegenstand der Freihandelsabkommen.....	7
Problematik der Schiedsgerichte.....	13
Staatschiedsgerichte als mögliche Lösung .....	17
Zusammenfassung.....	18

**Prof. Dr. Siegfried Broß, Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D., Richter am Bundesgerichtshof a.D.**

## Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit

### Auf einen Blick ...

- Der Einsatz von Schiedsgerichten bei Freihandelsabkommen wird zu Recht kritisch gesehen.
- Privates Schiedsgericht und Ausübung von Gerichtsbarkeit gegenüber Staaten bei Streitigkeiten, die aus Freihandelsabkommen erwachsen, schließen sich aus.
- Es bedeutet den Verlust von staatlicher Souveränität und Selbstachtung, sich einer Gerichtsbarkeit außerhalb der Staatenebene zu unterwerfen
- Eine Schiedsgerichtsbarkeit innerhalb eines Freihandelsabkommen darf allenfalls als Staatschiedsgericht organisiert werden.
- Die Zusammensetzung eines Staatschiedsgerichts ist so zu gestalten, dass es sich um Vertreter der Vertragsstaaten mit Zustimmung der nationalen Parlamente handeln muss.

# Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Vorwort</b>	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Einleitung</b>	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>Umfeld und Klima</b>	<b>5</b>
<b>4</b>	<b>Gegenstand der Freihandelsabkommen</b>	<b>7</b>
4.1	Übersicht	7
4.2	Investorenschutz und Schiedsgericht – Erfahrungsbericht aus der Presse	7
<b>5</b>	<b>Problematik der Schiedsgerichte</b>	<b>13</b>
5.1	Organisation	13
5.1.1	Private Schiedsgerichte sind nicht unmittelbar ans Völkerrecht gebunden	13
5.1.2	Verlust staatlicher Souveränität durch Schiedsgerichte	13
5.2	Verfahren	14
5.3	Funktion und die Wirkungen privater Schiedsgerichte widersprechen dem deutschen Grundgesetz	14
<b>6</b>	<b>Staatsschiedsgerichte als mögliche Lösung</b>	<b>17</b>
<b>7</b>	<b>Zusammenfassung</b>	<b>18</b>



## Erläuterungen

Die 14 Punkte die aus Sicht des DGB und des BMWi im Rahmen der Verhandlungen erfüllt sein müssen sind abrufbar unter: [www.dgb.de](http://www.dgb.de)

Aus Sicht des DGB sind dabei insbesondere die nachfolgenden Punkte von besondere Relevanz:

- Mitbestimmung, Sozial- und Umweltstandards sollen sich verbessern
- Die USA müssen ILO-Kernarbeitsnormen ratifizieren
- Deutsche Mitbestimmung und Betriebsverfassung dürfen nicht eingeschränkt werden
- Kein Investitionsschutz: Weder bei TTIP noch bei CETA
- Die öffentliche Daseinsvorsorge darf nicht durch TTIP geschwächt werden

Nachfolgende Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Broß sind einer Abhandlung zum Thema „Privatisierung staatlicher Infrastrukturbereiche in der „sozialen Demokratie“ – Probleme, Risiken, verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Bindungen, Folgerungen für die Mitbestimmung und strategische Überlegungen“ entnommen. Da die geplanten Freihandelsabkommen der EU mit Kanada und den USA jedoch hoch aktuell sind, hat die Hans-Böckler-Stiftung sich entschlossen, diesen Teil gesondert zu veröffentlichen.

Die nachfolgende Veröffentlichung als Report folgt auch aus der Überlegung, dass Herr Prof. Dr. Broß, als ehemaliger Verfassungsrichter, eine besondere Sichtweise auf die Thematik hat. Die Ausführungen sollen daher vor allem ein Debattenbeitrag sein. Dass eine solche Debatte erforderlich ist, zeigen die Positionierung des DGB, aber auch die Forschungsergebnisse der Hans-Böckler-Stiftung.

Besonders hervorzuheben ist der Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Broß ein Staatsschiedsgericht einzurichten, das sich um die Fragen des Investitionsschutz kümmert. Natürlich lässt sich die Frage stellen, ob man überhaupt ein wie auch immer gestaltetes (Schieds-)Gericht braucht, um den Investitionsschutz zu gewährleisten. Mit guten Gründen wird man dies für die Abkommen mit den USA oder Kanada ablehnen und auf die ordentliche Gerichte der einzelnen Staaten verweisen können. Jedoch ist dabei zu bedenken, dass die Freihandelsabkommen TTIP und Ceta auch eine Blaupause für weitere Abkommen, wie z.B. mit China, sein werden. Es ist daher angebracht, sich kritisch aber auch lösungsorientiert mit den einzelnen Fragen auseinander zu setzen.

Die vorliegenden Ausführungen von Prof. Dr. Broß sind ein solcher lösungsorientierter Debattenbeitrag. Er zeigt einen Weg auf, wie in einem sehr kontrovers diskutierten Teilbereich der geplanten Freihandelsabkommen eine Lösung vorstellbar wäre. Natürlich muss die Idee der Staatsschiedsgerichte noch konkretisiert werden und sich, der Fach- und öffentlichen Diskussion stellen.

Dr. Norbert Kluge

## 2 | Einleitung

Ausgangspunkt der nachfolgenden Betrachtungen ist die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (englisch Transatlantic Trade and Investment Partnership), abgekürzt oft TTIP genannt. Dieses Freihandelsabkommen in Form eines völkerrechtlichen Vertrags zwischen der Europäischen Union, den USA und weiteren Staaten befindet sich zur Zeit in der Verhandlungsphase. Die dabei erzielten Verhandlungsergebnisse sind geheim, oder zumindest fehlt es an detaillierten Informationen. Nicht zuletzt deswegen, aber auch wegen der bisher bekannten Verhandlungsstände, ist das geplante Abkommen erheblicher Kritik aus verschiedensten politischen Richtungen ausgesetzt. So haben Aktionsbündnisse über eine Million Unterschriften gegen TTIP gesammelt. Dies zeigt, dass in der Bevölkerung eine Vielzahl von Bedenken und Befürchtungen bestehen. Dies gilt vor allem im Hinblick auf eine befürchtete Senkung von gesetzlichen Gesundheits-, Umwelt- und Sozialstandards, sowie der Einführung einer so genannten privaten Schiedsgerichtsbarkeit. Diese soll im Rahmen der Vertragsbestimmungen zum Investitionsschutz über Schadensersatzansprüche von Unternehmen gegen die zukünftigen Mitgliedsstaaten entscheiden können, wobei die Möglichkeit einer unabhängigen gerichtlichen Überprüfung ausgeschlossen sein soll.

Viele Punkte der zurzeit verhandelten Freihandelsabkommen sind umstritten. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich im Kern jedoch auf die in den Abkommen vorgesehenen Schiedsgerichte zum Investitionsschutz.

Durch ein Freihandelsabkommen wird zwischen den Vertragsstaaten ein Binnenmarkt geschaffen, den man als Ganzes betrachten muss. Verschieben sich nunmehr die Gewichte dadurch, dass in einem Vertragsstaat Hunderttausende von Arbeitsplätzen neu geschaffen werden, müssen zwangsläufig in dem anderen Vertragsstaat Arbeitsplätze jedenfalls in großer Zahl verloren gehen, weil sich der Binnenmarkt nicht über seine Grenzen bei gleich bleibender Zahl von Menschen als Konsumenten und Nachfrager ausdehnen kann. Er bleibt insoweit in sich geschlossen. Zudem bestehen seit Jahrzehnten zwischen Deutschland und vielen Staaten der EU zu den USA und Kanada enge wirtschaftliche Beziehungen, die etwa über den Abbau von Zollschranken und Handelshemmnissen – mit Ausnahme von Kursschwankungen – hervorragend funktioniert haben. Selbst die lange heiß umstrittene Bananenmarktordnung wurde durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die ich als Berichterstatter vorbereitet habe, sachgerecht und rechtsstaatlich angemessen "erledigt".<sup>1</sup> Es drängt sich somit die Frage auf, wo der Mehrwert eines solchen Freihandelsabkommens liegt und wem es letzten Endes nützen kann.

Gewichtigster Stein des Anstoßes der geplanten Freihandelsabkommen ist der Investitionsschutz und die zu dessen Absicherung vorgesehenen privaten Schiedsgerichte. Dem wird nachfolgend noch die gebotene Aufmerksamkeit gewidmet, allerdings sollen hier bei der Beschreibung von Umfeld und Klima einige Stimmen zu Wort kommen. Bemerkenswerterweise fallen immer wieder solche von Universitätsseite auf. Professoren und Rechtsanwälte aus großen internationalen Kanzleien darf man als Mitglieder solcher Schiedsgerichte vermuten. So schildert etwa Christian Tietje die Vorzüge solcher Klauseln für den Investitionsschutz<sup>2</sup> ebenso wie etwa Classen<sup>3</sup>, aber auch allgemein der Schiedsgerichtsbarkeit im Wirtschaftsleben schon 2003 der frühere Präsident des Bundesgerichtshofs, Günter Hirsch, bei der Vorstellung der "Zeitschrift für Schiedsverfahren".<sup>4</sup>

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Abschiedsvorlesung von Hans-Jürgen Ahrens am 20. Juni 2014. Er widmete diese dem Thema "Wissenschaft – Justiz – Anwaltschaft: Wes Brot ich ess, des Lied ich sing?".<sup>5</sup> Er behandelt hier sehr anschaulich Probleme von Berufsethos, Unabhängigkeit und Abhängigkeit von Medien, Wissenschaft, Justiz und Anwaltschaft. Er spricht vor allem auch die Unabhängigkeit von ökonomischen und sonstigen persönlichen Motivationen an. Gerade das Schiedsgerichtswesen hat aber für die Mitglieder eines

---

1 BVerfGE 102,147

2 NJW-Editorial Heft 31/2014

3 EuZW 2014, 611

4 Bericht in der Deutschen Richterzeitung Nr. 7/8, 2014,238, S. 241

5 DVBI 2014, 1096

Schiedsgerichts unbestreitbar – zumal in Anbetracht der Höhe der Streitwerte, die bei den hier in Rede stehenden Investitionsschutzklauseln mehrere Milliarden Euro erreichen können – große wirtschaftliche Bedeutung und vermag deshalb auch in die Zukunft gerichtet nahe liegend Erwartungen zu wecken.

Zum Umfeld und Klima gehört aber auch die Tatsache, dass die Bundesrepublik Deutschland bisher schon rund 130 Investitionsschutzabkommen so abgeschlossen hat<sup>6</sup> und Deutschland als Urheber der Investitionsschutzklauseln gilt. So wurde eine solche Investitionsschutzklausel erstmals im Deutsch-pakistanischen Vertrag vom 25. November 1959 vereinbart (BGBl II 1961, S. 793). Auch wenn Deutschland eine solche "Tradition" begründet hat, liegt hierin noch keine Rechtfertigung dafür, hieran unverbrüchlich festzuhalten. Es ist kein Grund ersichtlich, im Hinblick auf das rechtsstaatlich demokratische Prinzip der Bundesrepublik Deutschland wie auch aller anderen Staaten mit vergleichbarem verfassungsrechtlichen Niveau nicht die sachliche Berechtigung zu hinterfragen.

---

<sup>6</sup> Bericht von Zielcke, SZ Nr. 100 v. 2. Mai 2014, S. 11

### 4.1 Übersicht

Allgemein werden in Freihandelsabkommen z. B. der Abbau von Zollschränken (sofern nicht schon vorher in besonderen Abkommen geregelt), Warenkontingente oder nahe liegend deren Beseitigung, Gleichbehandlung der ausländischen mit den nationalen Unternehmen, aber auch Verbraucher- und Umweltstandards, Zugang zu öffentlichen Auftragsvergaben, Regeln für den Gesundheits-, Arbeitsmarkt- und Finanzmarktbereich, vereinbart. Es geht also nicht im Schwerpunkt um die im Zusammenhang mit dem geplanten Freihandelsabkommen mit den USA häufig thematisierten "Chlorhühnchen".

Zunehmend geraten aber neben anderen Gegenständen eines geplanten Freihandelsabkommen die Vereinbarungen über den Schutz ausländischer Investoren und ihres Engagements und die hierfür vorgesehenen privaten Schiedsgerichte in die Kritik. Vor diesen sollen die ausländischen Investoren den "Sitzstaat" ihres Engagements verklagen dürfen und Schadenersatz fordern können. Wegen des Widerspruchs einer solchen Einrichtung zu den grundlegenden Staatsorganisations-Prinzipien Rechtsstaat und Demokratie nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland ist dem nachfolgend vertieft nachzugehen.

### 4.2 Investorenschutz und Schiedsgericht – Erfahrungsbericht aus der Presse

- Da es naheliegend noch keine Erfahrungen mit den Freihandelsabkommen zwischen der EU und den USA sowie Kanada gibt, soll anhand der Erfahrungen mit bestehenden Freihandelsabkommen den aufgezeigten Kritikpunkten nachgegangen werden, sofern sich Ansatzpunkte ergeben. Hierfür eignet sich in erster Linie das Freihandelsabkommen zwischen den USA, Kanada und Mexiko, das 1994 abgeschlossen wurde. Hierzu kann ich mich auf einen Bericht von Piper stützen.<sup>7</sup> Der Titel seines Beitrags ist viel versprechend: "Von Nafta lernen. Vor 20 Jahren vereinfachten die USA, Kanada und Mexiko grenzüberschreitende Geschäfte. Die Bilanz ist durchwachsen." Er teilt mit, dass der seinerzeitige Präsident der USA, Bill Clinton, versprochen habe, dass das – Nafta genannte – nordamerikanische Freihandelsabkommen 5,9 Millionen neue Arbeitsplätze schaffen werde. Eine wissenschaftliche Studie komme zu dem Ergebnis, dass zwar keine Arbeitsplätze zerstört, längst aber nicht so viele Arbeitsplätze wie versprochen geschaffen worden seien. Des Weiteren geht aus dem Beitrag hervor, dass ein nen-

---

<sup>7</sup> SZ Nr. 186 v. 14./15. Aug. 2014, S. 20

nenswertes Wirtschaftswachstum durch dieses Abkommen für Mexiko nicht zu erkennen sei. Des Weiteren bleibe umstritten, ob das Abkommen der Umwelt schade. Das gelte auch für den Schutz von Investoren durch private Schiedsgerichte. Gesundheits- und Sicherheitsstandards seien nicht bedroht. Es gebe keine Indizien dafür, dass das Abkommen die hohen für Arzneimittel, Lebensmittel und Produktsicherheit in den USA und Kanada geltenden Standards beeinträchtigt habe. Bezeichnenderweise enthält der Beitrag insoweit keine Aussage über die Auswirkungen auf den schwächsten der drei Vertragsstaaten.

- Interessant ist in dem vorliegenden Zusammenhang, dass auf derselben Seite der Süddeutschen Zeitung sich ein weiterer Beitrag zu dem Thema findet. Allerdings kommt Kuhn in Teilen zu anderen Feststellungen unter dem Titel: "Eine Frage des Glaubens. Die USA finden schrankenlosen Handel mit der EU toll? Nicht unbedingt, auch in Amerika gibt es eine Protestbewegung".<sup>8</sup>

Kuhn führt im Einzelnen aus: "NAFTA ist das große uneingelöste Globalisierungsversprechen, das den Amerikanern gegeben wurde: Uneingeschränkter Handel mit den Nachbarn sollte den US-Bürgern viele Vorteile bringen. Tatsächlich gingen aber 700.000 Jobs verloren, die meisten in der Industrie. Unternehmen allerdings profitierten von neuen Zuliefererketten und konnten mit der Drohung, nach Süden abzuwandern, die Löhne drücken. Seitdem sind viele Amerikaner misstrauisch, wenn sie von neuen Handelserleichterungen hören."

Auch das Umfeld und Klima werden beschrieben und bestätigen die in dieser Studie eingenommene und vertretene kritische Haltung gegenüber Politik, Wissenschaft und Medien wie auch der Wirtschaft. Nach den, in den USA von einem TTIP-kritischen Institut für Landwirtschafts- und Handelspolitik, getroffenen Feststellungen hat die Unternehmerseite deutlich mehr Einfluss auf die dortigen Unterhändler. Mehr als 80 % der 566 als "Berater" ausgewiesenen Interessenvertreter stammen aus der Industrie. Einen ähnlich privilegierten Zugang sollen Industrie-Lobbyisten in Brüssel bei der EU-Kommission haben. Jeronim Capaldo, Wirtschaftswissenschaftler von der Tufts University in Boston, geht nach diesem Bericht davon aus, viele Schätzungen seien zu optimistisch. Es werde z.B. nicht berücksichtigt, dass die Kaufkraft sinke, wenn Arbeitsplätze durch den Handel wegfielen. Es bleibe auch außer Ansatz, dass die Umsetzung solcher Abkommen viel Geld koste. Wörtlich: "Die politische Debatte wird von der Vorstellung dominiert, dass Handel alle Probleme löst. Wenn das so wäre und alle exportieren sollen, müssten wir bald den Mars kolonisieren."

- Nach einer Stellungnahme von Jürgen Maier, Geschäftsführer des Forums Umwelt und Entwicklung, eines Netzwerks deut-

---

<sup>8</sup> SZ Nr. 186 v.14./15. Aug. 2014, S. 20



scher Öko- und Hilfsorganisationen, vom 4. September 2014<sup>9</sup> setzen Investoren mit solchen Klagen Staaten unter Druck und versuchen so, demokratisch legitimierte Gesetze "auszuhebeln".

Maier beschreibt in seinem Beitrag "Giftiger Goldrausch. Was kommt auf die Bürger zu, wenn Handelsabkommen wie TTIP globale Konzerne schützen? In Rumänien ist das schon zu sehen." Inmitten steht der Abbau von Gold in Siebenbürgen durch eine kanadische Bergbaufirma. Es geht nun um die Ausweitung des Abbaugebiets durch Enteignungen von Grundstücken, weil viele Menschen nicht freiwillig verkaufen wollten. Ein das Bergbauunternehmen begünstigendes Gesetz wurde noch verhindert. Das Unternehmen droht nunmehr damit, den rumänischen Staat auf Schadenersatz i.H.v. 4 Mrd. US-\$ vor dem vereinbarten privaten Schiedsgericht zu verklagen. Dieser Betrag soll in etwa zwei Prozent des rumänischen Bruttoinlandsprodukts umfassen.<sup>10</sup> Nach der vereinbarten Schiedsklausel ist nicht zu besorgen, dass das Schiedsgericht an die Beachtung der rumänischen Verfassung gebunden sein könnte. Durch dieses Freihandelsabkommen wird eine autonome Rechtsordnung geschaffen, die die Wirtschaftsunternehmen und die Schiedsgerichte von den nationalen Verfassungsrechtsordnungen freistellt.

- Die Attraktivität solcher Investitionsschutz- und Schiedsgerichtsklauseln erhellen zwei weitere Beiträge von ganz unterschiedlichen Autoren, einem Autor in der Süddeutschen Zeitung und einer Autorin in der Deutschen Richterzeitung.

Zunächst zu dem Beitrag von Brühl<sup>11</sup> mit dem einprägsamen Titel: "Das Milliarden-Geschäft. Konzerne verklagen immer häufiger reiche Staaten, wenn ihnen deren Politik nicht passt. Auch deutsche Firmen nutzen die umstrittenen Schiedsgerichte gern. Jetzt gehen beteiligte Anwälte in die Offensive." Nach den von ihm mitgeteilten Zahlen der Handelsbehörde der Vereinten Nationen (UNCTAD) erhoben 2013 57 Investoren entsprechende Klagen. 24 wurden gegen EU-Staaten eingeleitet, doppelt so viele wie im Jahr zuvor. Die Unternehmen machen hierbei jeweils bis zu 1 Milliarde US-\$ als Schadenersatz geltend. Weiter erfährt man in diesem Bericht, dass in den 2013 abgeschlossenen Verfahren überwiegend die Unternehmen obsiegten. Sie erhielten in sieben von acht Verfahren Entschädigung. Lediglich eine Klage blieb erfolglos.

---

<sup>9</sup> SZ Nr. 203 S. 2

<sup>10</sup> Zu einer vergleichbaren Problematik der Enteignung zu Gunsten privater Wirtschaftsunternehmen nach deutschem Verfassungsrecht die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 56, 249 – Dürkheimer Gondelbahn; BVerfGE 74, 264 – Boxberg, Testgelände der Firma Daimler-Benz. In beiden Fällen wurde wegen des Eigentumsschutzes eine Enteignung vom Bundesverfassungsgericht abgewiesen

<sup>11</sup> SZ Nr. 99 v. 30. Apr./1. Mai 2014, S. 21

Zur sachlichen Berechtigung solcher Klauseln erfährt man des Weiteren, dass entgegen anders lautender "Propaganda" für solche Klauseln zwar auch das Interesse der Unternehmen armer Vertragsstaaten ins Feld geführt wird, mehr als 80 % der klagenden Unternehmen aber in wohlhabenden Industrienationen ihren Sitz haben.

In Bezug auf Umfeld und Klima wird unter anderem mitgeteilt: "Konzernklagen sind das Geschäft der Anwälte. NGOs werfen der elitären Branche vor, aktiv daran zu arbeiten, das System am Leben zu halten. Auch die OECD spricht von einer "Schiedsrichter-Industrie". Juraprofessor Hindelang macht Einzelnen keinen Vorwurf, sieht aber eine gewisse Schieflage: "Anwälte und Schiedsrichter bestreiten ihren Lebensunterhalt mit der Teilnahme an den Verfahren. Sie könnten in der Öffentlichkeit so wahrgenommen werden, als hätten sie ein Interesse, dass es zu möglichst vielen Klagen kommt."

- Weiteren Aufschluss erhält man durch den Beitrag von Kiyomi von Frankenberg, Referentin für das Kulturförderungsgesetz in Nordrhein-Westfalen, in ihrem Beitrag "Rechtsstaaten vor privatem Schiedsgericht?. Im Rahmen des Freihandelsabkommens TTIP wollen sich EU und USA privaten Schiedsgerichten unterwerfen. Diese können sie für den Handel beschränkende Gesetzesregelungen zu milliardenschweren Schadensersatzsummen an Unternehmen verurteilen. "Richter" sind hierbei oft Anwälte aus Großkanzleien oder Unternehmensvorstände."<sup>12</sup>

Frau von Frankenberg belegt die hier vertretene Position in Bezug auf Umfeld und Klima sowie deren Aufbau und Pflege mit Interessen geleiteten Zielen eindrucksvoll:

"Bislang gibt es kaum eine kritische wissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesem Thema. In den einschlägigen Fachzeitschriften (z.B. Zeitschrift für Schiedsverfahren, Journal of International Arbitration, Global Arbitration Review, Arbitration Law Reports and Review) publizieren fast ausschließlich solche Anwälte, die selbst in Investor-Staats-Klagen tätig sind. Sie sind Experten für konkrete Fragen der Schiedsgerichtsbarkeit, üben aber allenfalls in geschäfts-tauglichen Grenzen Kritik." .....

Die Schiedsrichter stammen oft aus Großkanzleien oder aus Aufsichtsräten von Unternehmen und werden von den Parteien selbst gewählt...".

- Das Bild wird durch einen weiteren Beitrag abgerundet, der Einfluss und Bedeutung von Umfeld und Klima ebenfalls eindrucksvoll untermauert. Es handelt sich um einen Beitrag von Zielcke<sup>13</sup> mit dem Titel: "Sieg über das Gesetz. Was hat das Abkommen zum Investitionsschutz zwischen den USA und

---

<sup>12</sup> Deutsche Richterzeitung Nr. 7/8 2014, S. 238 ff.

<sup>13</sup> SZ Nr. 100 v. 2. Mai 2014, S. 11

Europa mit der Amputation der Ukraine zu tun? Oder mit der Überwachung der NSA? Die neue Weltordnung entstellt das Recht und hebelt die Demokratie aus."

Überaus verdienstvoll wird in diesem Beitrag dargestellt, wie das Heranwachsen einer Funktionselite und die Dominanz von Wettbewerb und Ökonomie über das Recht und die Menschen die Staaten in eine Schiefelage gebracht haben. Einige Passagen aus diesem Beitrag bestätigen die hier eingangs umschriebene Position und runden das Bild außerhalb der juristischen Welt und der Verfassung eines Staates dem Standard der Bundesrepublik Deutschland entsprechend ab.

#### Im Einzelnen:

"Zweck der Abkommen ist es ja nicht, den Investor vor entschädigungsloser Enteignung zu schützen; dazu bedürfte es keines Vertrages, das versteht sich in einem Rechtsstaat von selbst. In erster Linie soll er vielmehr geschützt werden vor veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen, die den Wert seiner Anlage mindern. Das aber bedeutet, dass sich der vertrags-schließende Staat seiner gesetzgeberischen Freiheit und gesellschaftlichen Verantwortung begibt – vor allem auf den besonders empfindlichen Gebieten des Arbeits-, Verbraucher- und Umweltschutzes. Denn das sind die Politikbereiche, die die Profitabilität von Kapitalanlagen am ehesten tangieren....

Diese Gerichte sind nicht mit Richtern, sondern mit Branchen-anwälten besetzt, die von den beiden Streitparteien ausgewählt werden. (In den letzten Jahren hat ein kleiner Zirkel von 15 Anwälten weltweit über die Hälfte aller Streitigkeiten entschieden, bei Schadenssummen von über 4 Milliarden sogar mehr als drei Viertel)....

"Governance", d.h.: Es zählen unternehmerische Interessen, nicht öffentliche Anliegen....

Weltweit setzen sich Konzepte und Regelwerke durch, die auf einer ähnlichen Denkungsart beruhen....

Die Herrschaft der neoliberalen Marktideologie, die trotz Finanzkrise seit drei Jahrzehnten ungebrochen ist, tut ihr übriges, so dass immer mehr internationale Schaltstellen, Institutionen und Gremien inzwischen dem regulativen Muster des ökonomischen Utilitarismus gehorchen. Ihm gilt die konventionelle Rechts- und Gesetzmäßigkeit wenn nicht als überholt, so doch als ineffizient, unflexibel und der Komplexität heutiger Problemlagen nicht mehr angemessen...

Die Methoden der Finanzhilfe, Konditionierung und Kontrolle, die Organisationen wie Weltbank oder IWF gegenüber einzelnen Staaten praktizieren, gehören hierzu....

Und wie leicht zu ersehen ist, gründet sich auch ein Großteil der Initiativen der EU-Kommission auf diesem technokratisch ergebnisorientierten Steuerungsmuster. Nicht zu vergessen die bahnbrechenden Urteile des Europäischen Gerichtshofes, mit denen er die Deregulierung des innereuropäischen Marktes

gegen die sozialpolitischen Widerstände einzelner Mitgliedstaaten abegesegnet hat..."

Erfreulicherweise wird an dem Beitrag von Zielcke und dem von Kiyomi von Frankenberg das Kulturproblem deutlich. Es ist eine grundlegende Fehlvorstellung bei der Verhandlung und dem Abschluss völkerrechtlicher Verträge, dass die jeweiligen Vertragsstaaten – aus welchen Interessen auch immer – ihr kulturelles Verständnis – bedauerlicherweise nicht einmal die reale Kultur und die Verfassung – auf den oder die Vertragsstaaten übertragen. Es ist deshalb sehr verdienstvoll, dass Zielcke diese Zusammenhänge erläutert und näher ausführt; denn die handelnden Akteure auf beiden Seiten sind in ihrem Vorverständnis und in ihrer Handlungsmotivation ausschließlich von ökonomischen Interessen geleitet, von einer Steuerung oder Beeinflussung von außen durch Lobby einmal abgesehen. Für das Scheitern eines solchen Vorhabens ist schon Grundlage genug, dass nicht strategisch in positivem Sinn für das Gemeinwohl und die Menschen und damit für alle hiervon profitierenden Unternehmen die rechtskulturellen und gesellschaftlichen Ausgangsbedingungen als Maßstab für die verfolgten Regelungen genommen werden.

## 5 | Problematik der Schiedsgerichte

Nähert man sich juristisch der Problematik der Schiedsgerichte, sind verschiedene Problembereiche zu unterscheiden. Zunächst geht es um ihre Organisation und ihr Verfahren und anschließend um die Funktion und die Wirkungen einer Entscheidung.

### 5.1 Organisation

Zu Recht wird die Organisation der Schiedsgerichte bei Vereinbarung von Freihandelsabkommen überwiegend als kritisch angesehen.

#### 5.1.1 Private Schiedsgerichte sind nicht unmittelbar ans Völkerrecht gebunden

Zunächst fällt auf, dass sich Staaten der Gerichtsbarkeit privater zwischenstaatlicher Schiedsgerichte unterwerfen. Privates Schiedsgericht und Ausübung von Gerichtsbarkeit gegenüber Staaten bei Streitigkeiten, die aus Freihandelsabkommen erwachsen, schließen sich jedoch aus. Der tiefere Grund hierfür liegt darin, dass Staaten als Vertrag schließende eines Freihandelsabkommens sich auf der Ebene des Völkerrechts begegnen. Demgemäß richten sich der Abschluss und die Abwicklung eines solchen Abkommens nach den Regeln des Völkerrechts. Subjekte und Teilnehmer am Völkerrechtsverkehr sind Staaten und nicht Privatpersonen. Wird eine Gerichtsbarkeit im Rahmen eines solchen Freihandelsabkommens vereinbart, ist sie Bestandteil der Völkerrechtsebene und nicht einer darunter liegenden. Privatpersonen und private Institutionen sind nur mittelbar über den jeweiligen "Heimatstaat" am Völkerrechtsverkehr beteiligt oder betroffen. Sinnfälliges Beispiel hierfür ist etwa die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Über ihre Gewährleistungen nimmt das einzelne Individuum vermittelt durch seinen "Heimatstaat" an diesem völkerrechtlichen Vertragswerk teil, was sich auch für Ausländer in diesem Staat positiv auswirken kann.

#### 5.1.2 Verlust staatlicher Souveränität durch Schiedsgerichte

Die Vereinbarung eines privaten Schiedsgerichts im Rahmen völkerrechtlicher Verträge verbietet sich noch aus einem anderen Grund. Es bedeutet den Verlust von staatlicher Souveränität und Selbstachtung, sich einer Gerichtsbarkeit außerhalb der Staatenebene zu unterwerfen. Ein Vertragsschiedsgericht innerhalb eines Freihandelsabkommens darf daher nur als Staatsschiedsgericht organisiert werden (näher hierzu, siehe unten).

## 5.2 Verfahren

Der nicht hinnehmbaren Organisation der Schiedsgerichte entspricht darüber hinaus (jedenfalls bisher) auch ein den für Gerichte anerkannten rechtsstaatlichen Grundsätzen widersprechendes Verfahren. Elementar ist rechtsstaatlichen Gerichtsverfahren deren Öffentlichkeit. Es handelt sich hierbei nicht um eine bloße Förmelerei. Die Öffentlichkeit gerichtlicher Verfahren ist eine Ausprägung des Demokratieprinzips. Gerichte üben Rechtsprechung in der rechtsstaatlichen Demokratie "im Namen des Volkes" und etwa nicht "im Namen des Königs", wie in früheren Jahrhunderten aus. Im letzteren Fall kann die Öffentlichkeit von der Teilnahme an Gerichtsverhandlungen ferngehalten werden, weil sie "ihre Richter" wie in einer Demokratie wegen deren Unabhängigkeit nicht zu kontrollieren braucht. In einer Monarchie waren vormals die Richter nur dem Herrscher und nicht den Menschen als Souverän verantwortlich.

Schon allein diese (nicht öffentliche) Verfahrensgestaltung reicht aus, den bisher wohl von den Verhandlungsparteien für TTIP ins Auge gefassten Gerichtsweg und das dort ausgeübte Verfahren als Rückschritt in vordemokratische Zeiten zu kennzeichnen. Das Argument für den Ausschluss der Öffentlichkeit, vor allem der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, ist nicht stichhaltig. Die Problematik ist auf nationaler Ebene hinreichend bekannt, so etwa im Patent-, Wettbewerbs- oder Gesellschaftsrecht. Insoweit haben alle bekannten Prozessordnungen sachgerechte Vorkehrungen getroffen, damit berechtigten Schutzinteressen von Prozessbeteiligten angemessen Rechnung getragen werden kann. Dafür reicht zum Beispiel der Ausschluss der Öffentlichkeit für einzelne Verfahrensabschnitte.

## 5.3 Funktion und die Wirkungen privater Schiedsgerichte widersprechen dem deutschen Grundgesetz

Die Organisation der Schiedsgerichte in den bestehenden und nunmehr von der EU mit den USA und Kanada geplanten Freihandelsabkommen als private Einrichtungen werfen daneben weitere grundlegende Fragen auf. In der Sache bedeutet die Einräumung eines Klagerechts ausländischer Unternehmen gegen einen Vertragsstaat vor einem nicht staatlichen Gericht, dass der jeweils betroffene Vertragsstaat insoweit seine Souveränität und Gestaltungsmacht im Völkerrechtsverkehr aufgibt. Dafür gibt es keine Legitimation nach deutschem Verfassungsrecht. Es handelt sich hierbei nämlich nicht um die Eingliederung in eine supranationale Verbindung von Staaten, wie den Vereinten Nationen, der EU oder der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

Über das private Schiedsgericht innerhalb eines Freihandelsabkommens erwächst dieses zu einer autonomen Teilrechtsordnung außerhalb der Rechts- und Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland. Sie ist deshalb autonom und gegenüber der Rechts- und Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland isoliert, weil diese ihre umfassende Gerichtsgewalt, die mit der nationalen Rechts- und Verfassungs-

ordnung deckungsgleich ist, in Bezug auf das jeweilige Freihandelsabkommen aufgegeben und zur Disposition einer privaten Einrichtung gestellt hat. Das ist verfassungswidrig; denn so können die parlamentarische Mitwirkung und Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts unterlaufen werden. Dessen Entscheidung in BVerfGE 102, 147 – Bananenmarktordnung wäre bei Geltung des geplanten Freihandelsabkommens mit den USA zum Teil unterblieben. Ein ausländisches Unternehmen wäre von der deutschen Gerichtsbarkeit ausgenommen gewesen vermutlich mit einiger Aussicht auf Erfolg. Die Beachtung des gesetzgeberischen Willens der Gesetzgebungsorgane der Bundesrepublik Deutschland als grundlegende Ausprägung des Demokratieprinzips des Grundgesetzes kann nicht mehr sichergestellt werden. Auf diese Weise wird auf dem Weg einer zwischenstaatlichen Vereinbarung über den Freihandel materiell die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland in einem Staatsorganisationsprinzip geändert. Das wäre nicht einmal dem verfassungsändernden Gesetzgeber wegen der Sperre des Art. 79 Abs. 3 GG erlaubt.

Bei dieser Qualifizierung handelt es sich nicht um ein "kosmetisches Problem". Es geht vielmehr um substantielle Fragen der Staatlichkeit, der Souveränität, der Selbstdefinition und der Gestaltungsmacht demokratisch legitimierter Regierungen und Parlamente. Es sind die Fragestellungen, die das Bundesverfassungsgericht in einem größeren Zusammenhang, dem der Eingliederung der Bundesrepublik Deutschland in die europäische Staatengemeinschaft, in den Entscheidungen zu den Vertragsfassungen von Maastricht und Lissabon in BVerfGE 89, 155 und BVerfGE 123, 267 behandelt und entschieden hat. Ohne eine weitere Vertiefung kann in Bezug auf die Organisation der Schiedsgerichte festgehalten werden, dass sie den vom Bundesverfassungsgericht in beiden Entscheidungen zu Grunde gelegten Anforderungen an das parlamentarisch-demokratische Prinzip und Identität der Bundesrepublik Deutschland im Sinne einer souveränen und selbstbestimmten Gestaltungsmacht eklatant widerspricht.

Die Politik ist in ihren Gestaltungsmöglichkeiten verhältnismäßig frei, muss sich aber innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland bewegen. Diese wird im Verhältnis zu den Menschen, nicht-staatlichen Institutionen und auch Wirtschaftsunternehmen wesentlich von den Grundrechten geprägt. Bestandteile sind u.a. die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes. Diese zentralen, aus dem Grundgesetz folgenden, Rechte kommen im Rahmen des geplanten Freihandelsabkommen aber wegen der Schiedsgerichtsbarkeit nicht zur Geltung. Letztlich verhindern private Schiedsgerichte damit so auch die Umsetzung von Verfassungsaufträgen.

Durch die bisher geplante Organisation der Schiedsgerichte begibt sich die Bundesrepublik Deutschland darüber hinaus auch eines Teils ihrer Politikfähigkeit. Sie – ebenso die EU - benachteiligt damit nationale Unternehmen, weil hier fortwährend verschärfte Anforderungen etwa an den Umweltschutz festgesetzt werden. Diese haben lediglich Anspruch darauf, dass Überleitungs- und Auslaufristen bestimmt werden.

Weiteres ist zu bedenken, dass eine Ausdehnung (Reform) etwa der (betrieblichen) Mitbestimmung in der Bundesrepublik Deutschland aus der Sicht von ausländischen Unternehmen aus Staaten, mit denen solche Freihandelsabkommen bestehen, eine Relativierung oder Schwächung ihrer Investitionen sein könnte, gegen die vor einem Schiedsgericht vorgegangen werden könnte. Die rücksichtslose Lohn- und Arbeitsmarktpolitik einiger weltweit agierenden Unternehmen sollte hier zu äußerster Vorsicht mahnen. Auch insoweit verbieten sich solche privaten Schiedsgerichte. Eine weitere Sorge muss sein, dass über Freihandelsabkommen die Privatisierung staatlicher Infrastruktur weiter forciert wird und dann diese privaten Schiedsgerichte zu Gunsten weltweit agierender Unternehmen etwa übersehene Klippen eibebnen.



## 6 | Staatsschiedsgerichte als mögliche Lösung

Ein Vertragsschiedsgericht innerhalb eines Freihandelsabkommens darf wegen dem oben gesagten wenn überhaupt nur als Staatsschiedsgericht organisiert werden. Es handelt sich um die gleiche Denkfigur wie bei dem von mir für die Europäische Union seit vielen Jahren geforderten Kompetenzkonfliktgericht.<sup>14</sup>

Die Zusammensetzung des Gerichts ist dabei so zu gestalten, dass es sich um Vertreter der Vertragsstaaten mit Zustimmung der nationalen Parlamente handeln muss. Diese Voraussetzungen beruhen darauf, dass die Staaten für die Dauer des Vertrages die Deutungshoheit darüber haben müssen, was und mit welchen Rechtsfolgen sie im Einzelnen vereinbart haben. Die Mitwirkung der nationalen Parlamente stellt die demokratische Legitimation der dann "echten" Richter sicher und zudem mittelbar die fortwirkende Beachtung des parlamentarischen Willens im Gesetzgebungs- oder Zustimmungsverfahren zu einem solchen Freihandelsabkommen.

Mit der Einrichtung eines Vertragsschiedsgerichts als Staatsschiedsgericht erledigt sich ein weiterer grundlegender Einwand gegen die bisherige Konstruktion solcher Gerichte. Es bedarf dann keines Rechtszuges, weil in dem Staatsschiedsgericht die staatliche Souveränität der Vertragspartner eines Freihandelsabkommens gewahrt wird. Sie können ihre Souveränität schützen und bleiben die "Herren des Vertrages". Diese wird nicht wie bei einem privaten Schiedsgericht zur Disposition einer Institution außerhalb der Staatenwelt des Freihandelsabkommens gestellt.

Ein weiterer Vorzug dieser Lösung in der Sache liegt darin, dass ein Staatsschiedsgericht nach Abschluss des Vertrages auftretende oder erkennbar werdende Lücken oder unzureichende Vereinbarungen demokratisch legitimiert schließen kann. Dies wird anhand des geplanten Freihandelsabkommens der EU mit Kanada in Anbetracht des bisher bekannt gewordenen etwa 1500 Seiten umfassenden Textentwurfs deutlich. Jeder mit der Ausarbeitung von Verträgen befasste Jurist erkennt ohne Schwierigkeiten, dass entgegen dem nach dem Umfang geweckten Anschein sehr wohl Lücken in den Vereinbarungen verborgen sein könnten. Zudem ist ein so umfangreicher Vertragstext naturgemäß mit zahlreichen Stolpersteinen, Tücken und Fallstricken gepflastert, deren Behandlung nur in einem Staatsschiedsgericht rechtsstaatlich demokratischen Anforderungen gerecht wird.

---

<sup>14</sup> VerwArch 92 (2001), 425 ff.

Die von der EU geplanten Freihandelsabkommen mit Kanada und den USA können unmittelbar und mittelbar Auswirkungen auf die Privatisierung staatlicher Infrastrukturbereiche, vor allem über die öffentliche Auftragsvergabe haben. Diese Abkommen sind nach dem derzeitigen Stand (Ende 2014) mit den Klauseln über den Investorschutz zugunsten ausländischer Unternehmen und die Einrichtung privater Schiedsgerichte verfassungswidrig. Sie verletzen in dieser Ausgestaltung das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip. Es würde eine autonome Rechtsordnung geschaffen, deren Definition abschließend bei den privaten Schiedsgerichten liegen würde. Das ist ein Verstoß gegen das Demokratie- wie auch Rechtsstaatsprinzip. Solche Regelungen dürfte nicht einmal der verfassungsändernde Gesetzgeber wegen der Sperre des Art. 79 Abs. 3 GG treffen. Als Lösung könnte ein Staatsschiedsgericht geschaffen werden.

### Impressum

#### Autor

---

**Dr. Siegfried Broß**

Dr. h. c. Universitas Islam Indonesia –  
Yogyakarta  
Honorarprofessor an der Universität  
Freiburg im Breisgau  
Richter des Bundesverfassungsgerichts  
a. D.  
Richter am Bundesgerichtshof a. D.

#### Ansprechpartner

---

**Lasse Pütz**

Hans-Böckler-Stiftung  
Abteilung Mitbestimmungsförderung  
Referatsleiter Wirtschaftsrecht

Hans-Böckler-Straße 39  
40476 Düsseldorf  
Tel.: 0211 / 77 78 311  
Fax: 0211 / 77 78 4311

Lasse-Pütz@boeckler.de  
www.boeckler.de

ISSN 2364-0413