

Prof. Dr. Franz C. Mayer LL.M. (Yale)

Tel.: 0521.106-6964, -4412

Fax: 0521.106-154412, -89016

franz.mayer@uni-bielefeld.de

www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/

Ratifikations- und Verfahrensfragen bei Freihandelsabkommen der EU (CETA und TTIP)

Thesen zu einem Expertengespräch, Deutscher Bundestag, Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union, Mittwoch, 8. Oktober 2014

Allgemeines

1. CETA wie TTIP sind **umfassende Freihandels- und Investitionsschutzabkommen** der EU **neuen Typs**. Anders als die multilateralen WTO-Abkommen, die potenziell weltweit gelten und dementsprechend vielfältige Interessensgegensätze mit einem (Minimal-) Konsens auflösen, geht es bei CETA und TTIP um ein **in der Struktur zweiseitiges Abkommen** weit über den Abbau von Zollschränken hinaus, mit dem Potenzial viel weitreichenderer Vereinbarungen als es im WTO-Rahmen derzeit möglich erscheint.

2. Wegen der Neuartigkeit solcher Freihandelsabkommen ist auch **der europarechtliche Rahmen** für diese Abkommen **nicht letztverbindlich geklärt**. Dies gilt für die Übertragbarkeit der bisherigen Rechtsprechung, die überwiegend andere Freihandelsfragen im Blick hatte, und die Tragweite der einschlägigen Änderungen durch den Vertrag von Lissabon (2009).

Kompetenzfragen allgemein

3. Auch die Kompetenzfrage, ob die EU das CETA mit Kanada bzw. das TTIP mit den USA alleine oder nur zusammen mit den EU-Mitgliedstaaten abschließen kann, ist von dieser Unsicherheit erfasst.

4. Soweit die EU für die Materien eines Abkommens keine eigenen Zuständigkeiten besitzt, ist sie auf die Mitgliedstaaten angewiesen, damit die Verpflichtungen aus einem solchen Abkommen gegenüber dem Vertragspartner auch eingehalten werden können. Daher schließen die EU plus Mitgliedstaaten ein Abkommen gemeinsam mit dem Vertragspartner, falls eine solche „Kompetenzlücke“ der Europäischen Union vorliegt. Hier hat sich die Bezeichnung **„gemischtes Abkommen“** etabliert, wobei es EU-seitig weniger um Vermischung als um **anteiliges Zusammenwirken** geht und die jeweiligen Teilbereiche aus einer Vielzahl von rechtlichen Gründen zurechenbar sein sollten. Ein gemischtes Abkommen ist als solches klar auszuweisen, d.h. die Vertragsparteien (hier: Kanada und die EU sowie alle 28 Mitgliedstaaten) sind als solche explizit zu benennen.

5. Der Unterschied eines gemischten Abkommens zu einem reinen EU-Abkommen („**EU only**“) liegt in der Beteiligung sämtlicher Mitgliedstaaten nicht nur über den Rat, sondern durch ein **nationales Ratifikationsverfahren in allen 28 Mitgliedstaaten**. Konkret müssen damit nicht nur das EP, sondern auch – je nach verfassungsrechtlicher Vorgabe – **alle nationalen Parlamente** dem Abkommen zustimmen, in Deutschland also jedenfalls der Deutsche Bundestag.
6. Zustimmungserfordernisse nationaler Parlamente bergen faktische **Risiken** wie die **Nichtratifizierung** in einem Mitgliedstaat und jedenfalls eine **zeitliche Verzögerung** für das Inkrafttreten eines Abkommens. Diese Risiken steigen mit der Anzahl an Mitgliedstaaten.
7. Auch deswegen bezweckt die **Europäische Kommission**, die Beteiligung der Mitgliedstaaten bei solchen Abkommen zu minimieren und **gemischte Abkommen möglichst zu vermeiden**. Daneben besteht auf EU-Seite der Anspruch, die EU in Freihandelsabkommen nach außen alleine zu vertreten, weil der Vertrag von Lissabon entsprechende Weichenstellungen nahe legt. Auch die gewachsene Statur des Europäischen Parlamentes spielt hier eine Rolle, weil das **Europäische Parlament auf europäischer Ebene für die parlamentarische Legitimation** und Begleitung solcher Abkommen vorgesehen ist.
8. Von mitgliedstaatlicher Seite beharrt man auf der **Mitwirkung der nationalen Parlamente**, auch wegen zunehmender **Anforderungen an die demokratische Legitimation** von EU- und EU-bezogenem mitgliedstaatlichem Handeln, auch im Außenbereich.
9. Ausgangspunkt einer rechtlichen Analyse ist die historisch auf die multilateralen, Zollschränken betreffenden GATT-bzw. WTO-Kontexte ausgerichtete **ausschließliche Kompetenz der EU zum Abschluss von Handelsabkommen nach Art. 207 AEUV („Gemeinsame Handelspolitik“)**. Hier kann die EU alleine Abkommen eingehen. Mit dem Vertrag von Lissabon ist eine Anpassung erfolgt, so dass alle derzeitigen WTO-Materien erfasst sind, zudem „**ausländische Direktinvestitionen**“.
10. Auch wenn ein Abkommen Materien regelt, die nicht unter Art. 207 AEUV fallen, kann unter bestimmten Voraussetzungen eine ausschließliche EU-Außenkompetenz vorliegen („**implied powers**“). Der Sache nach geht es um eine aktuell oder potentiell weit vorangeschrittene Rechtsentwicklung innerhalb der EU. Die Mitgliedstaaten bleiben auch dann außen vor.
11. In allen anderen Fällen (d.h. das Abkommen regelt auch eine mitgliedstaatliche Zuständigkeit) kann die EU ein Abkommen nicht alleine schließen und benötigt die Mitgliedstaaten als weitere Vertragsparteien (gemischtes Abkommen), etwa wenn ein Abkommen die Bereiche des Strafrechts berührt, für das die EU keine Binnenkompetenz hat. Wie ein Tropfen **Pastis** ein Glas Wasser trübt, machen **schon einzelne Teilaspekte eines Abkommens das Abkommen als Ganzes von der Zustimmung der Mitgliedstaaten** abhängig.

Kompetenzfragen bei CETA

12. Die Antwort auf die Frage, ob das CETA als gemischtes Abkommen einzuordnen

ist und die Art und Weise der Beantwortung – denkbar ist, dass die **Kommission oder das EP oder ein Mitgliedstaat den EuGH einschaltet** – stellt entscheidende rechtliche **Weichen auch für das TTIP**, das sich erst im Verhandlungsstadium befindet.

13. **Im Ergebnis ist das CETA als gemischtes Abkommen zu schließen.** Darin liegt **keine Hinwendung zur zwischenstaatlichen Methode** in der europäischen Integration. Vielmehr zeigt sich im gemeinsamen Handeln von EU und Mitgliedstaaten einmal mehr die besondere Verbundstruktur zwischen EU und Mitgliedstaaten

a. Die im CETA-Entwurf vorgesehenen **Bestimmungen zum Investitionsschutz** machen eine mitgliedstaatliche Beteiligung am Abkommen erforderlich, weil sie durch einen umfassenden Ansatz als Investitionsschutzabkommen auch im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten befindliche Investitionsformen erfassen. Dies betrifft jedenfalls sog. **Portfolioinvestitionen**, d.h. Investitionen die der Geldanlage dienen, ohne dabei unternehmerische Zwecke zu verfolgen. Auch das **BVerfG** ist im **Lissabon-Urteil** bei seiner Prüfung des Vertrags von Lissabon und der Ergänzung des Art. 207 AEUV um „**ausländische Direktinvestitionen**“ davon ausgegangen, dass es für Abkommen mit Regelungen zu Portfolioinvestitionen weiter eines gemischten Abkommens, mithin für Deutschland der Mitwirkung des Deutschen Bundestages, zwingend bedarf.

Ein gemischtes Abkommen ist ferner im Hinblick auf die Regeln zur **Kündigung** bestehender mitgliedstaatlicher Investitionsschutzabkommen (Mitgliedstaaten müssten beteiligt sein), zur **Enteignung und zum Eigentumsschutz** sowie zum Investitionsschutz durch ein **Schiedsgericht** und zur Reichweite der mitgliedstaatlichen Haftung nötig.

b. Auch die CETA-Bestimmungen zu **Verkehr** (wegen Einbeziehung bestimmter Seeverkehrsdienstleistungen), zur gegenseitigen **Anerkennung von Berufsqualifikationen** (insbesondere wegen Einbeziehung Drittstaatsangehöriger), zum **Arbeitsschutz** (insbesondere wegen der Festlegungen zur Einhaltung von Arbeitsrecht) und zur sog. „Guten Herstellungspraxis“ für **pharmazeutische Produkte** (insbesondere wegen der fortbestehenden Hauptverantwortung der Mitgliedstaaten im Bereich Gesundheit) machen ein gemischtes Abkommen erforderlich, wenn auch die Kompetenzlücke der EU hier jeweils weniger breit erscheint als bei den Investitionsschutzregeln.

c. In den Bereichen der **Strafvorschriften zum Schutz von geistigem Eigentum**, der gesundheitspolizeilichen und pflanzenschutzrechtlichen Maßnahmen (**SPS**), Einreise und Kurzeitaaufenthalt (**Temporary entry**), **Transparenzvorschriften** sowie **Regulatorische Kooperation** bestehen Verdachtsmomente zum Erfordernis eines gemischten Abkommens, die sich indessen für die gegenwärtige CETA-Textfassung nicht bestätigen.

14. Weil es in der Vergangenheit immer wieder zu gemischten Abkommen gekommen ist, ohne dass die Ratifikation auch durch die Mitgliedstaaten aus Rechtsgründen letzten Endes geklärt war, lässt sich mit Blick auf diese Vertragspraxis vorsichtig über eine eng begrenzte **weitere Kategorie von ‚gemischten Abkommen aus politischen Gründen‘** nachdenken, insbesondere bei unklarer oder bestrittener Kompetenzlage.

15. Aus deutscher Sicht verbinden sich mit einem gemischten Abkommen im Übrigen **verfassungsrechtliche Vorteile**, wenn so eine **Mitwirkung des Deutschen Bundestages** gesichert ist, wie sie möglicherweise mit Blick auf die Rechtsprechung des **Bundesverfassungsgerichts** bei einem Abkommen von der Tragweite des CETA ohnehin eingefordert werden wird. Gegen CETA sind bereits etliche hundert Verfassungsbeschwerden erhoben worden – freilich derzeit offenkundig unzulässig.

Schiedsgerichtsbarkeit (Investor-State Dispute Settlement, ISDS)

16. CETA enthält ein eigenes Investitionsschutzkapitel, welches auch einen **Streitbelegungsmechanismus (Investor-State Dispute Settlement)** enthält. Dieses Element dürfte zu den umstrittensten Inhalten des CETA gehören. Es wird auch für das TTIP kontrovers diskutiert.

17. ISDS-Mechanismen sind keine Neuerung, sondern **weit verbreitet**. In **deutschen Investitionsschutzabkommen** sind beispielsweise regelmäßig ISDS-Regelungen enthalten. Typischerweise werden sie allerdings dann vereinbart, wenn zwischen den Parteien eines Freihandelsabkommens **erhebliches rechtsstaatliches Gefälle** besteht, so dass mindestens eine der Parteien den Rechtsschutz vor nationalen Gerichten für nicht ausreichend erachtet.

18. Kennzeichen solcher Streitbeilegungsmechanismen sind ihre Ausgestaltung als **Schiedsgerichtsbarkeit**. Damit verbindet sich, dass in aller Regel **keine Öffentlichkeit** des **Verfahrens** und der **Entscheidung** besteht, ferner **kein Instanzenzug** existiert (keine Berufungsmöglichkeiten). Die Schiedsrichter werden typischerweise aus dem Bereich der **Anwaltschaft** rekrutiert. Entschieden wird (lediglich) über **Entschädigungsansprüche** eines Investors, **eine Aufhebung oder sonstige Gestaltung nationalen Rechts erfolgt nicht**. Allerdings kann bereits das Bestehen eines ISDS-Mechanismus **Vorwirkungen** entfalten.

19. Im Kontext von CETA und TTIP sind ISDS nicht zuletzt deswegen umstritten, weil zwischen der EU insgesamt und Kanada bzw. den USA **kein rechtsstaatliches Gefälle** in Sachen Investitionsschutz ersichtlich ist, wie es das ISDS ursprünglich prägte.

20. **Für ISDS auch in CETA und TTIP** sprechen: tatsächliche oder vermutete **Rechtsschutzdefizite** in einzelnen kanadischen Provinzen, US-amerikanischen States oder EU-Mitgliedstaaten; die **allgemeinen Vorteile von Schiedsgerichtsbarkeit** wie Vertraulichkeit und vergleichsweise Schnelligkeit; die Möglichkeit, das mittlerweile etablierte **Instrument der ISDS** durch große und sichtbare Abkommen wie CETA oder TTIP im Hinblick auf Transparenz-, Öffentlichkeits- und Veröffentlichungsstandards durch entsprechende Vorgaben **zu verbessern**; die im Vergleich zu den hohen deutschen Rechtsschutzstandards vergleichsweise **schwache** – aus deutscher Sicht: unschädliche – **materielle Reichweite** von Ansprüchen, die im Rahmen von ISDS geltend gemacht werden können.

21. **Gegen ISDS auch in CETA und TTIP** spricht, dass bisher nicht überzeugend die **Erforderlichkeit** solcher Schiedsgerichtsverfahren mit Blick auf die Gerichtssysteme in der EU und in Nordamerika dargelegt wurde. Gegen ISDS spricht auch die grundsätzliche Problematik von ISDS im Hinblick auf **Zusammensetzung** (Anwälte), Philosophie (**fehlende Gemeinwohlanbindung, Denken in privat-/wirtschaftsrechtlichen Gleichordnungskategorien**), Arbeits- und Wirkmodus (**Intransparenz, ohne die Kontinuität einer beständigen Rechtsprechung**, die sich Kritik und Analyse in einem öffentlichen Fachdiskurs stellen muss).

22. Insgesamt spricht vieles dafür, ISDS aus Freihandelsabkommen mit Kanada oder den USA **herauszunehmen**. Optionen sind alternativ oder ergänzend dazu ein **gesondertes Abkommen** über die Streitbeilegung (z.B. mit State-State Dispute Settlement) oder zumindest Mechanismen der zeitlichen Einhegung von ISDS (Verzögerung oder Sunset-clause). Vorzugswürdig erscheint es jedenfalls, die Erforderlichkeit eines Investorenschutzes durch ISDS **nach einigen Jahren der praktischen Erfahrung mit dem transatlantischen Freihandel** anhand der bis dahin gesammelten Erfahrungen zu **evaluieren** und auch in der Folge jedenfalls einer kontinuierlichen Erforderlichkeitsprüfung zu unterstellen.
