

DEN ROTEN LINIEN AUF DER SPUR

*DIE ANFORDERUNGEN DES SPD-PARTEIKONVENTS VON 2014
AN FREIHANDELSABKOMMEN UND
IHRE ERFÜLLUNG IN CETA*



RIDVAN CIFTCI
FOLKE GROSSE DETERS
PROF. DR. DIETMAR KÖSTER



Arbeitsgemeinschaft
Sozialdemokratischer Juristinnen
und Juristen NRW (ASJ NRW)



**Arbeitsgemeinschaft
Sozialdemokratischer Juristinnen
und Juristen NRW (ASJ NRW)**

IMPRESSUM

Herausgeber

Arbeitsgemeinschaft
Sozialdemokratischer Juristinnen
und Juristen NRW (ASJ NRW)
Kavalleriestr. 16
40213 Düsseldorf

Layout

Ridvan Ciftci

Fotos

Titelbild: <https://pixabay.com>

Redaktion

Ridvan Ciftci
Folke große Deters
Prof. Dr. Dietmar Köster

Inhaltsverzeichnis

Die Anforderungen des SPD-Parteikonvents von 2014 an Freihandelsabkommen und ihre Erfüllung in CETA	4
I. ISDS – Beschluss Parteikonvent 20.9.14, Forderung 8:	4
1. Tribunal und Berufung	4
2. Nebenverfassung und Nebenverfassungsgericht	6
3. Unbestimmte Rechtsbegriffe: „Gerechte und billige Behandlung“	8
4. Direkte und indirekte Enteignung	9
5. Rechtfertigung	11
6. Rechtsfolge	12
7. Beispiel: Berliner Wohnraumzweckentfremdungsgesetz	13
II. Handelshemmnisse – Beschluss Parteikonvent 20.9.14, Forderung 5 & 7:	13
1. Soziale Rechte und indirekte Enteignung	14
2. Handelshemmnisse und Vorsorgeprinzip	14
III. ILO-Kernarbeitsnormen – Beschluss Parteikonvent 20.9.14, Forderung 6:	16
IV. Öffentliche Dienstleistungen – Beschluss Parteikonvent 20.9.14, Forderung 9 & 11:	18
1. Grundsätzliche Marktöffnung und Negativlisten	19
2. Generelle Ausnahmen	21
a) CPC-Liste	21
b) Ausübung von hoheitlichen Aufgaben	22
c) <i>Public-Utilities</i> -Ausnahme	22
3. Vergabekriterien	25
V. Unbeschränkter Kapitalverkehr – Beschluss Parteikonvent 20.9.14, Forderung 10: ...	27
VI. Kündigungsklausel – Beschluss Parteikonvent 20.9.14, Forderung 12:	28
Zu den Personen	29

Die Anforderungen des SPD-Parteikonvents von 2014 an Freihandelsabkommen und ihre Erfüllung in CETA

Am 20. September 2014 verabschiedete der Parteikonvent der SPD Leitlinien und Erwartungen an transatlantische Freihandelsabkommen. Diese bezogen sich vorrangig auf TTIP, umfassen aber auch CETA. In dieser Publikation wird geprüft, ob sich die Vorstellungen der SPD im neuen Entwurf des CETA-Vertrages, der am 29. Februar 2016 veröffentlicht wurde, wiederfinden.

I. ISDS – Beschluss Parteikonvent 20.9.14, Forderung 8:

„Investitionsschutzvorschriften sind in einem Abkommen zwischen den USA und der EU grundsätzlich nicht erforderlich und sollten nicht mit TTIP eingeführt werden. In jedem Fall sind Investor-Staat-Schiedsverfahren und unklare Definitionen von Rechtsbegriffen, wie ‚faire und gerechte Behandlung‘ oder ‚indirekte Enteignung‘ abzulehnen.“

1. Tribunal und Berufung

Kapitel 8 des CETA-Entwurfes enthält weiterhin Bestimmungen zum Investitionsschutz. Vereinbart wurde ein Investor-Staat-Schiedsverfahren. Es sollen, so aus dem Englischen übersetzt, Tribunale eingerichtet werden.

Konkret sollen ein nicht-staatliches *Tribunal* (Art. 8.27) und ein Berufungsgericht (*Appellate Tribunal*; Art. 8.28) etabliert werden. Im neuen Vertragsentwurf finden sich für diesen Bereich die weitreichendsten Änderungen gegenüber dem Entwurf von 2014. Ein einzurichtendes *Joint Committee* soll demnach fünfzehn Mitglieder des Tribunals für jeweils fünf Jahre berufen, wovon fünf die kanadische, fünf eine europäische und fünf die Staatsangehörigkeit von Drittstaaten haben sollen. Die zu berufenden Richterinnen und Richter müssen entsprechende Qualifikationen, juristische Ausbildung und Expertise im Völkerrecht vorweisen. Streitfälle sollen von jeweils drei Richterinnen/Richtern mit analogen Nationalitäten verhandelt und entschieden werden. Dabei können sich die Parteien darauf einigen, dass Fälle nur von Richterinnen und Richtern, die die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates haben, verhandelt werden sollen. Für die „Prozessordnung“ wird auf die *ICSID-Konvention*¹ und die *UNCITRAL Arbitration Rules*² verwiesen. Der Kritik an intransparenten Verfahren, „privaten“ Schiedsrichterinnen und -richtern und fehlender Berufungsmöglichkeit wurde damit teilweise Rechnung getragen.

1 Das Internationale Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) unterstützt die Streitbeilegung bei Streitigkeiten zwischen Investoren und Staaten im Rahmen von bilateralen und multilateralen Investitionsschutzabkommen.

2 Das UNCITRAL ist die Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht.

Article 8.27 Constitution of the Tribunal

1. The Tribunal established under this Section shall decide claims submitted pursuant to Article 8.23.
2. The CETA Joint Committee shall, upon the entry into force of this Agreement, appoint **fifteen Members of the Tribunal. Five of the Members of the Tribunal shall be nationals of a Member State of the European Union, five shall be nationals of Canada and five shall be nationals of third countries.**
3. The CETA Joint Committee may decide to increase or to decrease the number of the Members of the Tribunal by multiples of three. Additional appointments shall be made on the same basis as provided for in paragraph 2.
4. The Members of the Tribunal shall possess the qualifications required in their respective countries for appointment to judicial office, or be jurists of recognised competence. They shall have demonstrated **expertise in public international law. It is desirable that they have expertise in particular, in international investment law, in international trade law** and the resolution of disputes arising under international investment or international trade agreements.
5. The Members of the Tribunal appointed pursuant to this Section shall be appointed **for a five-year term, renewable once.** However, the terms of seven of the 15 persons appointed immediately after the entry into force of the Agreement, to be determined by lot, shall extend to six years. Vacancies shall be filled as they arise. A person appointed to replace a Member of the Tribunal whose term of office has not expired shall hold office for the remainder of the predecessor's term. In principle, a Member of the Tribunal serving on a division of the Tribunal when his or her term expires may continue to serve on the division until a final award is issued. Either Party may instead propose to appoint up to five Members of the Tribunal of any nationality. In this case, such Members of the Tribunal shall be considered to be nationals of the Party that proposed his or her appointment for the purposes of this Article.
6. The Tribunal shall hear **cases in divisions consisting of three Members of the Tribunal**, of whom one shall be a national of a Member State of the European Union, one a national of Canada and one a national of a third country. The division shall be chaired by the Member of the Tribunal who is a national of a third country.
7. Within 90 days of the submission of a claim pursuant to Article 8.23, the President of the Tribunal shall appoint the Members of the Tribunal composing the division of the Tribunal hearing the case on a rotation basis, ensuring that the composition of the divisions is random and unpredictable, while giving equal opportunity to all Members of the Tribunal to serve.
8. The President and Vice-President of the Tribunal shall be responsible for organisational issues and will be appointed for a two-year term and shall be drawn by lot from among the Members of the Tribunal who are nationals of third countries. They shall serve on the basis of a rotation drawn by lot by the Chair of the CETA Joint Committee. The Vice-President shall replace the President when the President is unavailable.
9. Notwithstanding paragraph 6, the disputing parties may agree that a case be heard by a sole Member of the Tribunal to be appointed at random from the third country nationals. The respondent shall give sympathetic consideration to a request from the claimant to have the case heard by a sole Member of the Tribunal, in particular where the claimant is a small or medium-sized enterprise or the compensation or damages claimed are relatively low. Such a request shall be made before the constitution of the division of the Tribunal.
10. The Tribunal may draw up its own working procedures.
11. The Members of the Tribunal shall ensure that they are available and able to perform the functions set out under this Section.
12. In order to **ensure their availability, the Members of the Tribunal shall be paid a monthly retainer fee** to be determined by the CETA Joint Committee.
13. The fees referred to in paragraph 12 shall be paid equally by both Parties into an account managed by the ICSID Secretariat. In the event that one Party fails to pay the retainer fee the other Party may elect to pay. Any such arrears by a Party will remain payable, with appropriate interest.
14. Unless the CETA Joint Committee adopts a decision pursuant to paragraph 15, the amount of the fees and expenses of the Members of the Tribunal on a division constituted to hear a claim, other than the fees referred to in paragraph 12, shall be those determined pursuant to Regulation 14(1) of the Administrative and Financial Regulations of the ICSID Convention in force on the date of the submission of the claim and allocated by the Tribunal among the disputing parties in accordance with Article 8.39.5.
15. The CETA Joint Committee may, by decision, transform the retainer fee and other fees and expenses into a regular salary, and decide applicable modalities and conditions.
16. The ICSID Secretariat shall act as Secretariat for the Tribunal and provide it with appropriate support.
17. If the CETA Joint Committee has not made the appointments pursuant to paragraph 2 within 90 days from the date that a claim is submitted for dispute settlement, the Secretary General of ICSID shall, at the request of either disputing party appoint a division consisting of three Members of the Tribunal, unless the disputing parties have agreed that the case is to be heard by a sole Member of the Tribunal. The Secretary General of ICSID shall make the appointment by random selection from the existing nominations. The Secretary-General of ICSID may not appoint as chair a national of either Canada or a Member State of the European Union unless the disputing parties agree otherwise.

Article 8.28 Appellate Tribunal

1. An Appellate Tribunal is hereby established to review awards rendered under this Section.

Trotzdem gibt es Vorbehalte hinsichtlich Besetzung und Verfahren. Diese hat der deutsche Richterbund in einer Stellungnahme³ zugespitzt formuliert:

„Die Magna Charta der Richter des CCJE vom 17. November 2010 (CCJE (2010/3) fordert die gesetzlich gesicherte Unabhängigkeit der Richter in fachlicher und finanzieller Hinsicht (Ziffer 3). Entscheidungen über die Auswahl, Ernennung und Laufbahn müssen auf objektiven Kriterien beruhen und von der Stelle getroffen werden, die die Unabhängigkeit gewährleisten soll (Ziffer 5). Beide Kriterien werden beim ICS nicht erfüllt. Bei den Entscheidungen, welche vom ICS getroffen werden müssten, spielen nicht nur Fragen des Zivilrechts, sondern auch des Verwaltungs-, Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts eine erhebliche Rolle. Eine Auswahl der Richter des ICS aus dem Kreis von Experten des internationalen öffentlichen Rechts und des internationalen Investitionsrechts mit Erfahrungen in der Beilegung internationaler Handelsstreitigkeiten (Art. 9 Nr. 4) verkürzt den Kreis der Kandidaten erheblich und lässt die unabdingbare Expertise im jeweils betroffenen nationalen Fachrecht außen vor. Die Richterschaft wird auf den Kreis von Personen beschränkt, die bisher schon weitgehend die internationale Schiedsgerichtsbarkeit besetzt haben. Dieser Eindruck wird dadurch verstärkt, dass das Auswahlverfahren noch nicht näher skizziert ist. Es wird jedoch von der Unabhängigkeit des Auswahlkomitees und dessen Ferne von der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit abhängen, in welchem Umfang eine Bestenauslese nationaler Juristen mit Fachkenntnissen der betroffenen Rechtsgebiete sichergestellt wird. Das ist bisher zumindest nicht sichergestellt. Auch die Dauer der Amtszeit von sechs Jahren mit der Möglichkeit einer weiteren Amtsperiode, ein Grundgehalt („retainer fee“) von ca. 2.000 € monatlich für Richter der ersten Instanz und 7.000 € für die des Appellationsgerichts sowie Aufwandsentschädigungen für den Fall des tatsächlichen Einsatzes (Art. 9, Nr. 12 und Art. 10, Nr. 12) lassen Zweifel daran aufkommen, ob die Kriterien für die fachliche und finanzielle Unabhängigkeit von Richtern eines internationalen Gerichts erfüllt werden.“

Die Höhe der *retainer fees* wird nicht festgelegt. Da sie aber nur die Verfügbarkeit der Richterinnen und Richter sicherstellen soll, wird es sich nicht um eine angemessene Besoldung handeln.

2. Nebenverfassung und Nebenverfassungsgericht

Auch die grundsätzlichen Einwände gegen ein Schiedsgericht bleiben: CETA etabliert eine Nebenverfassung und ein Nebenverfassungsgericht. Staaten können wegen indirekter Enteignung zu hohen Schadensersatzleistungen verpflichtet werden. Wegen der aus bisherigen Erfahrungen ableitbaren Höhe der Schadensersatzforderungen führt diese Verpflichtung im Zweifel zur Aufhebung der entsprechenden Norm (z.B. Gesetz). Das ähnelt im Ergebnis einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Die Aussprüche der Tribunale haben

³ Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015; http://www.drb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitionsgericht.pdf

also faktisch – nicht rechtlich – die gleiche Wirkung wie eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG). Das Tribunal wird so zum Nebenverfassungsgericht. Grundlage für die Entscheidungen der Schiedsgerichte ist nicht nationales Recht, beispielsweise das Grundgesetz, sondern CETA. CETA wird so zur Nebenverfassung. Die Regelungen und Gewichtungen von Gegenrechten unterscheiden sich in CETA und im Grundgesetz (GG) (siehe unten).

CETA Article 8.31 Applicable law and interpretation

1. When rendering its decision, the Tribunal established under this Section shall apply this Agreement as interpreted in accordance with the **Vienna Convention on the Law of Treaties**, and other rules and principles of international law applicable between the Parties.

2. The Tribunal shall not have jurisdiction to determine the legality of a measure, alleged to constitute a breach of this Agreement, under the domestic law of the disputing Party. For greater certainty, in determining the consistency of a measure with this Agreement, the Tribunal **may consider, as appropriate, the domestic law of the disputing Party as a matter of fact.** ...

Das Rechtsstaatsprinzip umfasst die Allgemeinheit des Gesetzes, was ein Sonderrecht für bestimmte Gruppen ausschließt. Art. 3 Abs. 1 GG legt fest, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Für die Gerichtsordnung konkretisiert das GG diese Prinzipien in Art. 101:

Art. 101 GG

(1) *Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.*

(2) *Gerichte für besondere Sachgebiete können nur durch Gesetz errichtet werden.*

Mit den CETA-Tribunalen werden Sondergerichte, also Ausnahmegerichte, die nur für bestimmte Gruppen gelten, etabliert. Dabei handelt es sich nicht um Fachgerichte, die Art. 101 Abs. 2 GG zulässt.

Der Deutsche Richterbund hat die Einrichtung von *Investor-State-Dispute-Settlement*-Regelungen zum Zwecke des Investorenschutzes in einer Stellungnahme zu TTIP als Sonderrecht charakterisiert:

„Der Deutsche Richterbund sieht keine Notwendigkeit für die Errichtung eines Sondergerichtes für Investoren. Bei den Mitgliedstaaten handelt es sich um Rechtsstaaten, welche allen Rechtsuchenden den Zugang zum Recht über die staatliche Gerichtsbarkeit eröffnen und garantieren. Es ist Aufgabe der Mitgliedstaaten, den Zugang zum Recht für alle sicherzustellen und durch die entsprechende Ausstattung der Gerichte dafür zu sorgen, dass der Zugang auch für ausländische Investoren gangbar ist. Die Einrichtung eines ICS ist daher der falsche Weg, Rechtssicherheit zu gewährleisten.“ (Deutscher Richterbund, Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015, Nr. 4/16 Februar 2016)

3. Unbestimmte Rechtsbegriffe: „Gerechte und billige Behandlung“

Investoren können nach Art. 8.18 CETA das Tribunal anrufen, wenn sie sich in bestimmten Rechten aus „Section C“ des achten Kapitels des Vertrages (Recht auf nicht-diskriminierende Behandlung) und den Rechten aus „Section D“ (Investorenschutz) verletzt fühlen.

Im Investitionsschutzkapitel findet sich zunächst die Verpflichtung auf die „gerechte und billige Behandlung“:

Article 8.10 Treatment of investors and of covered investments

1. Each Party shall accord in its territory to covered investments of the other Party and to investors with respect to their covered investments **fair and equitable treatment** and full protection and security in accordance with paragraphs 2 through 6.

2. A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 if a measure or series of measures constitutes:

(a) denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings;

(b) fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings

(c) **manifest arbitrariness**;

(d) targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief;

(e) abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment; or

(f) a breach of **any further elements of the fair and equitable treatment obligation** adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this article

3. The **Parties shall regularly**, or upon request of a Party, **review the content of the obligation to provide fair and equitable treatment**. The Committee on Services and Investment, established under Article 26.2.1(b) (Specialised committees), may develop recommendations in this regard and submit them to the CETA Joint Committee for decision.

4. When applying the above fair and equitable treatment obligation, a Tribunal may take into account whether a Party made a **specific representation** to an investor to induce a covered investment, that created a **legitimate expectation**, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment, but that the Party subsequently frustrated.

Article 8.31

3. Where serious concerns arise as regards matters of interpretation that may affect investment, the Committee on Services and Investment may, pursuant to Article 8.44.3(a), recommend to the CETA Joint Committee the adoption of interpretations of this Agreement. An interpretation adopted by the CETA Joint Committee shall be binding on a Tribunal established under this Section. The CETA Joint Committee may decide that an interpretation shall have binding effect from a specific date.

Die „gerechte und billige Behandlung“ soll durch einen Katalog näher definiert werden. Dies gelingt aber aufgrund der Unbestimmtheit mancher der dort aufgeführten Begriffe nicht. So bietet ein Verbot der „offensichtlichen Willkür“

(„manifest arbitrariness“) gegenüber dem Gebot einer „gerechten und billigen Behandlung“ keinen Gewinn an Präzision. Auch solch ein Katalog wird nichts daran ändern, dass der Begriff insgesamt unbestimmt ist und allenfalls über *case law* näher konkretisiert werden kann. Das hat aber noch nicht zu einer ausreichenden Bestimmung geführt. Angesichts der Vielzahl denkbarer Fälle wird es dazu auch nicht kommen. Bei der Auslegung des Begriffs der „gerechten und billigen Behandlung“ könnte berücksichtigt werden, dass ein Staat bei einem Investor durch eine spezifische Aussage („specific representation“) eine legitime Erwartung („legitimate expectation“) geweckt hat, in deren Vertrauen eine Investition getätigt oder aufrecht erhalten wird. Welche Form diese „spezifische Aussage“ haben soll, bleibt völlig unklar und trägt ebenfalls nicht zu einer größeren Bestimmtheit bei.

Es ist ebenfalls problematisch, dass das *Joint Committee* im Nachhinein erheblichen Einfluss auf den Inhalt der Bestimmungen nehmen kann, da es etwa die Kompetenz hat, den Katalog zu ergänzen. Darüber hinaus kann das *Joint Committee* bindende Auslegungskriterien für alle Bestimmungen vorgeben, die unter der Rechtsprechungsgewalt des Sondergerichts stehen. Der Inhalt des Vertrages wird so durch nicht legitimierte Gremien jenseits der demokratisch gewählten Parlamente festgelegt und erweitert. Dies ist mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes nicht vereinbar. Das BVerfG hat im Lissabon-Urteil insbesondere Wert darauf gelegt, dass Erweiterungen der EU-Verträge nicht allein von den EU-Institutionen vorgenommen werden können, sondern die Zustimmung aller nationalen Parlamente benötigt werden. Das *Joint Committee* wird aber gerade dazu ermächtigt.

Die im Folgenden diskutierten Probleme der Rechtsfolgen einer Eigentumsverletzung sind ebenso relevant für den Verstoß gegen die „gerechte und billige Behandlung“ von Investoren.

4. Direkte und indirekte Enteignung

CETA schützt das Eigentum, das im Vertragstext folgendermaßen definiert wird:

Art. 8.1. Definitions.

investment means every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk.

Nach dieser Definition werden auch Finanzanlagen oder -spekulationen geschützt (Näheres in Kap. V).

CETA verbietet zunächst direkte *und* indirekte Enteignung:

Article 8.12 Expropriation

1. A Party shall **not nationalise or expropriate** a covered investment either **directly, or indirectly** through measures having an effect equivalent to nationalisation or expropriation ("expropriation"), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) under due process of law;
- (c) in a non-discriminatory manner; and
- (d) on payment of prompt, adequate and effective compensation.

For greater certainty, this paragraph shall be interpreted in accordance with Annex 8-A.

Der Begriff der indirekten Enteignung ist auslegungsbedürftig und interpretationsfähig. Auslegungshilfe bietet Annex 8-A:

ANNEX 8-A EXPROPRIATION

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Expropriation may be direct or indirect:

- (a) direct expropriation occurs when an investment is nationalised or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure; and
- (b) **indirect expropriation** occurs if a measure or series of measures of a Party has **an effect equivalent to direct expropriation**, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including **the right to use, enjoy and dispose of its investment**, without formal transfer of title or outright seizure.

2. The determination of whether a measure or series of measures of a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that takes into consideration, among other factors:

- (a) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an **adverse effect on the economic value of an investment does not** establish that an indirect expropriation has occurred;
- (b) the duration of the measure or series of measures of a Party;
- (c) the extent to which the measure or series of measures interferes with **distinct, reasonable investment-backed expectations**; and
- (d) the character of the measure or series of measures, notably their object, context and intent.

3. For greater certainty, except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears **manifestly excessive**, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate **public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations**.

Unter indirekte Enteignung fallen alle Nutzungsbeschränkungen des Eigentums. Dazu zählen Umwelt- und Verbraucherschutzauflagen wie Immissionsgrenzwerte, Warnhinweise, Fettreduktion u.Ä., Arbeitnehmerschutz- und Mitbestimmungsrechte sowie unspezifische öffentliche Interessen (s. Kap. I.7). Allerdings soll eine indirekte Enteignung nicht bei jeder negativen Auswirkung auf das Eigentum gegeben sein, wohl aber bei solchen Effekten, welche die berechtigten Erwartungen des Investors beeinträchtigen.

Nach Artikel 8.1 CETA kann die Beschränkung berechtigter Gewinnerwartungen unter indirekter Enteignung subsumiert werden.

Im Gegensatz dazu sichert der Eigentumsschutz in Art. 14 GG Erworbenes, aber nicht zukünftige Gewinne eines Investors. Das lässt sich nicht immer scharf trennen, kann aber zu einer bedeutenden Differenz führen.

5. Rechtfertigung

Indirekte Enteignung ist nach den CETA-Vorschriften unter den zitierten Voraussetzungen zulässig. Der Rechtfertigungsgrund „public purpose“ in Art. 8.12. CETA wird im Annex näher definiert, damit aber eingeschränkt und nicht erweitert. Aus „public purpose“ wird dort „public welfare“. Unter „public welfare“ wird im Allgemeinen das Allgemeinwohl verstanden. Hierunter kann beispielsweise die betriebliche Mitbestimmung subsumiert werden, jedoch müsste diese „legitim“ sein. Was legitim ist, bestimmt das Schiedsgericht.

Die Voraussetzungen in Art. 8.12 CETA müssen kumulativ verstanden werden. Das heißt, indirekte Enteignung muss mit Schadensersatz verbunden sein. Indirekte Enteignung ist etwas Ähnliches wie die „Inhalts- und Schrankenbestimmung“ nach Art. 14 GG. Diese ist nach dem GG grundsätzlich zulässig, nach CETA grundsätzlich unzulässig. Eine unverhältnismäßige („manifestly excessive“) Inhalts- und Schrankenbestimmung führt nach dem GG zur Nichtigkeit der Norm, nicht zu Schadensersatzansprüchen. Die Androhung von hohen Schadensersatzansprüchen nach CETA dürfte den Gesetzgeber abschrecken, sodass seine demokratische Entscheidungsfreiheit negativ beeinflusst wird. Das schränkt die Demokratie ein.

Die Verhältnismäßigkeit der Eigentumsbeschränkung hängt von richterlichen Wertungen und verfassungsrechtlichen Gegenrechten ab. Es ist zu erwarten, dass ein CETA-Tribunal zu anderen Ergebnissen kommt als das BVerfG. Deshalb ist es als Nebenverfassungsgericht anzusehen.

In Art. 8.9 ist ein expliziter Regulierungsvorbehalt verankert:

Article 8.9 Investment and regulatory measures

- 1. For the purpose of this Chapter, the Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment or public morals, social or consumer protection or the promotion and protection of cultural diversity.*
- 2. For greater certainty, the mere fact that a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor's expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Section.*

Anders als oftmals suggeriert, ändert dieser Regulierungsvorbehalt die materielle Rechtslage nicht. Es ist eine völkerrechtliche Selbstverständlichkeit, dass Parlamente Gesetze verabschieden dürfen. Mit CETA werden Regulierungen jedoch auf „legitime Ziele“ („legitimate policy objectives“) eingeschränkt und einer „Verhältnismäßigkeitsprüfung“ unterzogen. Was ein legitimes Ziel ist, entscheidet freilich nicht mehr das Parlament, sondern das Sondergericht. Dieser Regulierungsvorbehalt ändert also nichts am dargestellten Mechanismus von Eigentumsverletzung und Rechtfertigung, auch bedeutet er keine Einschränkung des Gebotes einer „gerechten und billigen Behandlung“. Der Regulierungsvorbehalt stellt nur explizit dar, was auch vorher durch CETA nicht angetastet wurde. Die Vertragsparteien dürfen Gesetze verabschieden, die auch das Eigentum tangieren. Allerdings kommt es darauf an, ob man die Eigentumsverletzung rechtfertigen kann. Das ist am Ende eine Frage der Abwägung nach den dargestellten Prinzipien und kann von den Regelungen im GG entscheidend abweichen.

6. Rechtsfolge

Für Nationalisierungen ist sowohl nach Art. 15 GG als auch für sonstige direkte Enteignung nach Art. 14 GG eine angemessene Entschädigung zu zahlen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG orientiert sich die Höhe des Schadensersatzes nicht am Marktwert, sondern kann deutlich darunter liegen. Dahingegen schreibt CETA eine Entschädigung in Höhe des Marktwerts vor:

Article 8.12 Expropriation

- 2. The compensation referred to in paragraph 1 shall amount to the fair market value of the investment*

Damit stellt CETA eine Nebenverfassung mit explizit anderen Rechtsfolgen im Eigentumsschutz als im GG vorgesehen dar. Die Eigentumsordnung bleibt nach Art. 345 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV) Angelegenheit der Mitgliedstaaten, so dass CETA in direkte Konkurrenz zu den Eigentumsregelungen des GG tritt.

7. Beispiel: Berliner Wohnraumzweckentfremdungsgesetz

Das Berliner Gesetz verbietet die Zweckentfremdung von Wohnraum als Übernachtungsmöglichkeit für Touristen, damit für Bewohnerinnen und Bewohner ausreichend günstiger Wohnraum zur Verfügung steht.

Angenommen ein deutscher (D) und ein kanadischer (K) Investor, die jeweils eine große Anzahl von Wohnungen gekauft haben, um sie an Touristen zu vermieten, klagen.

D muss vor dem Berliner Verfassungsgerichtshof klagen. Ziel: Nichtigkeitserklärung der Norm. Begründung: Die Inhalts- und Schrankenbestimmung ist unverhältnismäßig.

K kann wählen: Klage vor dem Berliner Verfassungsgerichtshof mit gleichem Ziel oder Klage vor dem CETA-Tribunal. Ziel: Schadensersatz für entgangenen Gewinn.

Wahrscheinliches Ergebnis für D und K bei Klage vor dem Verfassungsgerichtshof: Klage wird abgewiesen, weil das Bauplanungsrecht grundsätzlich verfassungskonform ist und Nutzungsplanungen zulässig oder sogar im Interesse der Ziele des BauGB geboten sind. Rechtsfolge bei (unwahrscheinlicher) Verfassungswidrigkeit: Wohnungen können in Zukunft an Touristen vermietet werden.

Ergebnis der Klage von K vor dem CETA-Tribunal: Unkalkulierbar, weil Ergebnis der Abwägung unklar. Billiger Wohnraum lässt sich möglicherweise der „public welfare“ subsumieren. Ob die Differenz zwischen Wohnraum- und Touristenvermietung noch einen verhältnismäßigen Eingriff darstellt, ist offen. Das Tribunal ist nicht durch andere Regelungen (z.B. Bauplanungsrecht) festgelegt. Rechtsfolge: Ersatz der Differenz zwischen Wohnraumnutzung und Touristennutzung für die Vergangenheit und Zukunft, wenn das Gesetz nicht zurückgenommen wird.

II. Handelshemmnisse – Beschluss Parteikonvent 20.9.14, Forderung 5 und 7:

„In keinem Fall dürfen das Recht der Mitbestimmung, der Betriebsverfassung und der Tarifautonomie oder andere Schutzrechte für Arbeitnehmer, die Umwelt und Verbraucher als ‚nicht-tarifäre Handelshemmnisse‘ interpretiert werden. Entsprechende nationale Gesetze oder Vorschriften eines EU-Mitgliedsstaates – insbesondere hinsichtlich der Regulierung des Arbeitsmarktes oder sozialer Sicherungssysteme, der Tarifautonomie, des Streikrechts, Mindestlöhnen und Tarifverträgen – müssen in diesem Sinne von einem Abkommen unberührt bleiben. Das gilt nicht nur für das gegenwärtige, sondern auch für künftige Erweiterungen dieser Schutzrechte. Derartige Möglichkeiten dürfen durch ein Abkommen nicht eingeschränkt oder behindert werden.“

„Eine gegenseitige Anerkennung von Standards und Zulassungsverfahren darf es nur geben, wenn damit keine Absenkung des Schutzniveaus verbunden ist. Die parlamentarische Hoheit über die Definition von Standards und Zulassungsverfahren muss sichergestellt bleiben.“

1. Soziale Rechte und indirekte Enteignung

Regulierungen des Arbeitsmarktes, sozialer Sicherungssysteme, der Tarifautonomie, des Streikrechts, von Mindestlöhnen und Tarifverträgen können nach oben Gesagtem als indirekte Enteignung verstanden werden, wenn sie nicht als legitim verstanden werden, was wiederum zu Schadensersatzpflichten führt.

2. Handelshemmnisse und Vorsorgeprinzip

CETA verlangt, dass „Handelshemmnisse“ grundsätzlich beseitigt werden. Verbraucher- und Umweltschutzstandards (VUS) gelten zunächst als Handelshemmnisse.

Article 2.1 Objective

The Parties shall progressively liberalise trade in goods in accordance with the provisions of this Agreement over a transitional period starting from the entry into force of this Agreement.

Article 2.11 Import and export restrictions

1. Except as otherwise provided in this Agreement, a Party shall not adopt or maintain any prohibition or restriction on the importation of any good of the other Party or on the exportation or sale for export of any good destined for the territory of the other Party, except in accordance with Article XI of the GATT 1994.¹ To this end Article XI of the GATT 1994 is incorporated into and made a part of this Agreement.

¹ Art. XI Gatt verbietet generell die quantitative Begrenzung von Importen und nennt einige Ausnahmen, die hier aber wenig interessant sind.

Verbraucher- und Umweltschutzstandards (VUS) werden in der Sprache der Freihandelsabkommen als sanitäre und phytosanitäre (SPS) Maßnahmen bezeichnet. Diese sollen den Warenhandel grundsätzlich nicht beeinträchtigen.

Article 5.2 Objectives

The objectives of this Chapter are to:

- (a) protect human, animal and plant life or health while facilitating trade;*
- (b) ensure that the Parties' sanitary and phytosanitary ("SPS") **measures do not create unjustified barriers to trade;** and*
- (c) further the implementation of the SPS Agreement.*

Das heißt selbstverständlich nicht, dass alle VUS aufgehoben werden müssen. Entscheidend sind also die zugelassenen Ausnahmen. Die finden sich in:

Article 28.3 General exceptions

For the purposes of Article 30.8.5 (Termination, suspension or incorporation of other existing agreements), Chapters Two (National Treatment and Market Access for Goods), Five (Sanitary and Phytosanitary Measures), and Six (Customs and Trade Facilitation), the Protocol on rules of origin and origin procedures and Sections B (Establishment of investment) and C (Non-discriminatory treatment) of Chapter Eight (Investment), Article XX of the GATT 1994 is incorporated into and made part of this Agreement. The Parties understand that the measures referred to in Article XX (b) of the GATT 1994 include environmental measures necessary to protect human, animal or plant life or health. The Parties understand that Article XX(g) of the GATT 1994 applies to measures for the conservation of living and non-living exhaustible natural resources.

Dort wird auf die Ausnahmegesetzgebung im Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (GATT) hingewiesen (Art. XX), welches auf das SPS-Abkommen verweist. Im SPS-Übereinkommen heißt es:

Artikel 2 Grundlegende Rechte und Verpflichtungen:

*1. Die Mitglieder haben das Recht, sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen zum Schutz von Leben oder Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen zu treffen, vorausgesetzt, dass solche Maßnahmen den Bestimmungen dieses Übereinkommens nicht entgegenstehen. 2. Die Mitglieder stellen sicher, dass sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen nur in einem solchen Ausmaß angewendet werden, das notwendig ist, um das Leben oder die Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen zu schützen, diese Maßnahmen **auf wissenschaftlichen Grundsätzen beruhen und nicht ohne ausreichende wissenschaftliche Beweise aufrecht erhalten werden**, soweit im Artikel 5 Absatz 7 nichts anderes vorgesehen ist."*

Kurz: Das Vorsorgeprinzip wird aufgegeben.

Das Vorsorgeprinzip findet sich in Art. 20a GG. Dort wird gefordert, dass der Staat auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere schützt. Diese Regelung wird allgemein als Verankerung des Vorsorgeprinzips im Grundgesetz verstanden. Ausdrücklich findet sich das Vorsorgeprinzip auch in Art. 191.2 AEUV. Dieser besagt, dass die Umweltpolitik der EU auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung beruhen muss. Außerdem sollen Umweltbeeinträchtigungen auf Grundlage des Verursacherprinzips bekämpft werden.

Durch CETA wird das Vorsorgeprinzip aufgegeben – ein Grundpfeiler des europäischen Verbraucherschutzes. Das Vorsorgeprinzip gestattet ein Verbot von Produkten, wenn Hinweise für ihre schädliche Wirkung vorliegen. Bei CETA hingegen reichen diese Hinweise nicht aus, es gilt das Nachsorgeprinzip. Produkte bleiben so lange auf dem Markt, bis ein eindeutiger wissenschaftlicher Nachweis für ihre Schädlichkeit vorliegt. Erst dann darf ein Importverbot durch die EU zum Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern und der Umwelt verhängt werden. Problematisch am Nachsorgeprinzip ist die Tatsache, dass wissenschaftliche Eindeutigkeit oftmals erst durch aufwendige Langzeitstudien erreicht wird. So lange tragen Verbraucherinnen und Verbraucher die Risiken.

III. ILO-Kernarbeitsnormen – Beschluss Parteikonvent 20.9.14, Forderung 6:

„Beide Vertragspartner sollten sich verpflichten, internationale Übereinkünfte und Normen in den Bereichen Umwelt, Arbeit und Verbraucherschutz zu beachten und umzusetzen, insbesondere die ILO-Kernarbeitsnormen und die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen. Dazu sollten beide Vertragspartner ein Zeitfenster vereinbaren, innerhalb dessen die Ratifizierung, Umsetzung und Überwachung dieser internationalen Übereinkünfte geregelt [werden]. Die Einhaltung von Arbeits- und Sozialstandards muss in Konfliktfällen genauso wirkungsvoll sichergestellt sein, wie die Einhaltung anderer Regeln des Abkommens.“

Article 23.3 Multilateral labour standards and agreements

1. Each Party shall ensure that its labour law and practices embody and provide protection for the fundamental principles and rights at work which are listed below. The Parties affirm their commitment to respect, promote and realise those principles and rights in accordance with the obligations of the members of the International Labour Organization (the “ILO”) and the commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up of 1998 adopted by the International Labour Conference at its 86th Session:

(a) freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining;

(b) the elimination of all forms of forced or compulsory labour;

(c) the effective abolition of child labour; and 185

(d) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation.

2. Each Party shall ensure that its labour law and practices promote the following objectives included in the ILO Decent Work Agenda, and in accordance with the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization of 2008 adopted by the International Labour Conference at its 97th Session, and other international commitments:

(a) health and safety at work, including the prevention of occupational injury or illness and compensation in cases of such injury or illness;

(b) establishment of acceptable minimum employment standards for wage earners, including those not covered by a collective agreement; and,

(c) non-discrimination in respect of working conditions, including for migrant workers.

3. Pursuant to sub-paragraph 2(a), each Party shall ensure that its labour law and practices embody and provide protection for working conditions that respect the health and safety of workers, including by formulating policies that promote basic principles aimed at preventing accidents and injuries that arise out of or in the course of work, and that are aimed at developing a preventative safety and health culture where the principle of prevention is accorded the highest priority. When preparing and implementing measures aimed at health protection and safety at work, each Party shall take into account existing relevant scientific and technical information and related international standards, guidelines or recommendations, if the measures may affect trade or investment between the Parties. The Parties acknowledge that in case of existing or potential hazards or conditions that could reasonably be expected to cause injury or illness to a person, a Party shall not use the lack of full scientific certainty as a reason to postpone cost-effective protective measures.

4. Each Party reaffirms its commitment to effectively implement in its law and practices in its whole territory the fundamental ILO Conventions that Canada and the Member States of the European Union have ratified respectively. **The Parties shall make continued and sustained efforts to ratify the fundamental ILO Conventions if they have not yet done so.** The Parties shall exchange information on their respective situations and advances regarding the ratification of the fundamental as well as priority and other ILO Conventions that are classified as up to date by the ILO.

Auf die wesentlichen Kernarbeitsnormen der ILO wird in dem genannten Artikel verwiesen. Es fehlt der Hinweis auf das Übereinkommen 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (1973)⁴ und auf das Übereinkommen 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für

4 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c138_de.htm.

gleichwertige Arbeit (1951)⁵. Im letzten Absatz wird explizit darauf hingewiesen, dass die Vertragsparteien nicht alle ILO-Normen ratifiziert haben. Die geäußerte Absicht, dies nachzuholen, lässt sich nicht als verbindliche Verpflichtung verstehen.

Weil das allgemeine Diskriminierungs- und das Kinderarbeitsverbot in CETA aufgeführt werden, wird man den fehlenden Bezug auf die genannten ILO-Normen nicht als gravierende Abweichung von den SPD-Konventsbeschlüssen werten können. Doch wird die Aufnahme der ILO-Normen im Kontext des Investitionsschutzes relevant. Sie helfen nämlich bei der Auslegung der Definition von Gegenrechten zum Eigentum. Allerdings ist die Auslegungshilfe fraglich: Der Text ist dahingehend auslegbar, dass der Schutz von Arbeitnehmerinnen- und Arbeitnehmerrechten gewollt ist und somit eine indirekte Enteignung durch erweiterte Rechte gerechtfertigt werden kann. Jedoch kann man auch zu der Auffassung kommen, dass der Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ausschließlich auf die ILO-Normen beschränkt ist. Folglich könnten erweiterte Schutz- und Mitbestimmungsrechte nach CETA eine indirekte Enteignung nicht rechtfertigen. Die Auslegung liegt in der Kompetenz der Tribunale und des *Joint Committee*.

Der Parteikonventsbeschluss fordert, dass die Einhaltung von Arbeits- und Sozialstandards in Konfliktfällen **genauso wirkungsvoll sichergestellt** sein muss wie die Einhaltung anderer Regeln des Abkommens. Das ist aber bei CETA keineswegs der Fall, denn Eigentumsverletzungen können von privaten Unternehmen bzw. Investoren vor dem Tribunal eingeklagt werden. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern oder Gewerkschaften hingegen wird bei Verletzungen ihrer Rechte diese Möglichkeit nicht eingeräumt. Es müsste sich ein entsprechendes Klagerecht im Vertrag finden. Aber selbst der zwischenstaatliche Streitschlichtungsmechanismus wird im Arbeitnehmerkapitel bei CETA für nicht anwendbar erklärt. Während Investoren harte Klagerechte zugesprochen bekommen, wird bei Meinungsverschiedenheiten der Staaten über Rechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern „eine einvernehmliche Lösung angestrebt“ (Art. 23.11). Daran wird der unterschiedliche Stellenwert von Investoren- und Arbeitnehmerinnen- und Arbeitnehmerrechten deutlich.

⁵ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c100_de.htm.

IV. Öffentliche Dienstleistungen – Beschluss Parteikonvent 20.9.14, Forderung 9 und 11:

„Bisherige EU-Vereinbarungen zum Schutz öffentlicher Dienstleistungen dürfen nicht durch das Abkommen beeinträchtigt werden. Den nationalen, regionalen und lokalen Gebietskörperschaften wird für die Ausgestaltung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse ein umfassender Gestaltungsraum garantiert. Audiovisuelle Dienstleistungen sind dauerhaft vom Anwendungsbereich des Abkommens auszunehmen. Die Entscheidungsfreiheit regionaler Körperschaften über die Organisation der Daseinsvorsorge muss unberührt bleiben. Es darf keinen direkten oder indirekten Zwang zu weiterer Liberalisierung und Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen oder gar eine Priorisierung ‚privat vor öffentlich‘ durch das Abkommen geben. Der Gestaltungsspielraum ist für die Zukunft zu gewährleisten. Wir sind der Auffassung, dass ein Positivkatalog besser ist und mehr Vertrauen schafft als der bisherige Ansatz der Negativlisten.“

„Im Bereich der öffentlichen Vergabe und Beschaffung dürfen Soziale und ökologische Vergabekriterien und ihre mögliche Erweiterung nicht in Frage gestellt werden. Unternehmen, die öffentliche Aufträge bekommen wollen, müssen auf Einhaltung der jeweiligen Vergabekriterien, wie etwa die Tariftreue, verpflichtet werden können.“

1. Grundsätzliche Marktöffnung und Negativlisten

Durch die verpflichtende Marktöffnung in CETA müssen (öffentliche) Dienstleistungen ausgeschrieben werden. Es gibt also eine allgemeine Liberalisierungspflicht. Die Marktöffnungsklauseln finden sich in verschiedenen Artikeln, etwa in den Artikeln 8.4ff. und für grenzüberschreitende Dienstleistungen in den Artikeln 9.3ff. Artikel 9.6 schließt die Beschränkung des Zugangs zu den Märkten der anderen Vertragspartei, etwa durch Monopole, quantitative oder qualitative Zugangsbeschränkungen oder Maßnahmen gleicher Wirkung aus.

Article 9.6 Market access

A Party shall not adopt or maintain, on the basis of its entire territory or on the basis of the territory of a national, provincial, territorial, regional or local level of government, a measure that imposes limitations on:

- (a) the number of service suppliers, whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirement of an economic needs test;*
- (b) the total value of service transactions or assets in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test; or*
- (c) the total number of service operations or the total quantity of service output expressed in terms of designated numerical units in the form of quotas or the requirement of an economic needs test.*

Verboten werden alle Formen von Privilegien oder Monopolstellungen für Dienstleistungserbringer. Diese Regelungstechnik folgt dem Negativlistenansatz. Von der grundsätzlich normierten Pflicht zur Marktöffnung werden in den Anhängen Ausnahmen normiert. Diese Regelungstechnik ist ausgesprochen unübersichtlich und es gelten für unterschiedliche Dienstleistungen unterschiedliche Anforderungen. Nicht aufgelistete oder schlicht vergessene Dienstleistungen unterfallen automatisch der Marktöffnungsverpflichtung. Es gilt das Prinzip des „list it or lose it“.

Das Kölner Netzwerk der Daseinsvorsorge hat die CETA-Regelungen für einzelne wichtige Bereiche der öffentlichen Dienstleistungen zusammengestellt⁶:

Beispiel Energie:

„Im Energiebereich stellt sich im Rahmen von internationalen Handelsabkommen die Frage, inwiefern staatliche Maßnahmen zum Umweltschutz, zur verbesserten Energieeffizienz oder zur Förderung Erneuerbarer Energien ein Handels- oder Investitionshemmnis darstellen. In CETA fehlt hierzu eine entsprechende Klarstellung. Die EU hat lediglich formuliert, dass sie sich das Recht vorbehält, Maßnahmen zu ergreifen, wenn ein kanadisches Unternehmen von einem Unternehmen oder einer Person eines Drittstaates kontrolliert wird, das mehr als 5 Prozent des gesamten Öl-, Gas- oder Stromimports der EU aufbringt. Für den Energiebereich sind darüber hinaus keine weiteren Vorbehalte formuliert. Auch für zukünftige Entwicklungen wie Smart Grids, also intelligente Stromnetze, die sämtliche Akteure auf dem Strommarkt durch das Zusammenspiel von Erzeugung, Speicherung, Netzmanagement und Verbrauch in ein Gesamtsystem integrieren, werden keine Vorbehalte formuliert. Zu befürchten ist, dass weltweit führende IT-Unternehmen wie Google bestehende Lücken so ausfüllen, dass die Kontrolle durch kommunale Energieunternehmen verloren geht. Die EU-Kommission sieht Telekommunikationsdienstleistungen als bereits liberalisiert an. Die Frage der demokratischen Kontrolle von IT-Dienstleistungen der Daseinsvorsorge wird aber angesichts neuester Entwicklungen erst gerade wieder neu gestellt.“

Kommunale Energie- und IT-Dienstleistungen unterliegen nach CETA demnach den Marktöffnungsverpflichtungen.

Beispiel: Wasser

„Die EU hat in CETA eine Ausnahme für bestehende und zukünftige Maßnahmen zur Gewinnung, Aufbereitung und Verteilung von Wasser an Haushalte, industrielle, kommerzielle und andere Nutzer, inklusive der Versorgung mit Trinkwasser und des Wassermanagements, gelistet. Die Wasserversorgung bleibt demnach von CETA unberührt.“

Ausgenommen wird aber nicht explizit die Wasserentsorgung, was zumindest zu Problemen führen könnte.

⁶ Kölner Netzwerk der Daseinsvorsorge CETA & TTIP Auswirkungen auf die kommunale Daseinsvorsorge.

Beispiel: Nahverkehr

„Öffentliche Monopole und exklusive Rechte im Verkehrsbereich sind von den Marktzugangsverpflichtungen in CETA durch die so genannte „public utilities“-Klausel ausgenommen.“

Ob die *Public-Utilities*-Klausel hier eine Ausnahme gewährt, muss geprüft werden.

Beispiel: Abfall

„In CETA hat Deutschland eine Ausnahme für „Waste management: Sewage, refuse disposal, and sanitation services“ gelistet. Die vielfältigen Dienstleistungen, die in den Bereich der Entsorgung fallen, werden mit dem Begriff „refuse disposal“, der eigentlich lediglich die Abfallbeseitigung meint, daher ggfs. nur unzureichend erfasst. Es besteht zudem die Gefahr, dass bei einer Entwicklung der Abfall- zu einer Wertstoffwirtschaft der Begriff „waste“ nicht mehr passend ist. Außerdem ist für Träger der Daseinsvorsorge wichtig, dass bestehendes und zukünftiges Umweltrecht nicht ausgehebelt wird. Denn die Entsorgungswege oder die Deponierung beispielsweise in den USA sind günstiger, als CO₂-neutrale Verbrennungsanlagen oder aufwendige Recyclingsysteme, sodass die Verbringung ganzer Schiffsladungen in die USA wirtschaftlicher sein könnte. Das KrWG (Abfallhierarchie, Verwertungsquoten, etc.), die TA Siedlungsabfall (Verbot der Deponierung organischer Abfälle) und die 17. BImSchV (Anforderungen an Müllverbrennungsanlagen, Abgasreinigung, etc.) müssen Bestand haben.“

2. Generelle Ausnahmen

a) CPC-Liste

Wegen der Kritik am Negativlistenansatz wird im neuen Annex 9-B auf die *Central Product Classification*-Liste (CPC) der UNO verwiesen.⁷ Auf ca. 300 Seiten werden darin die unterschiedlichen Produkte und Dienstleistungen aufgelistet und klassifiziert.

ANNEX 9-B UNDERSTANDING ON NEW SERVICES NOT CLASSIFIED IN THE UNITED NATIONS PROVISIONAL CENTRAL PRODUCT CLASSIFICATION (CPC), 1991

- 1. The Parties agree that Chapter Twelve (Domestic Regulation) and Articles 9.3, 9.5, and 9.6 do not apply to a measure relating to a new service that cannot be classified in the CPC 1991.*
- 2. To the extent possible, each Party shall notify the other Party prior to adopting a measure inconsistent with Chapter Twelve (Domestic Regulation), and Articles 9.3, 9.5, and 9.6 with respect to a new service, as referred to in paragraph 1.*
- 3. At the request of a Party, the Parties shall enter into negotiations to incorporate the new service into the scope of this Agreement.*
- 4. For greater certainty, paragraph 1 does not apply to an existing service that could be classified in the CPC 1991, but that could not previously be supplied on a crossborder basis due to lack of technical feasibility.*

⁷ http://ec.europa.eu/eurostat/ramon/other_documents/gen_intro_classifications/CPC_prov_paper_publication_en.pdf

Dienstleistungen, die nicht nach der Liste klassifiziert werden können, weil sie bisher noch nicht entstanden sind, fallen also nicht unter die Marktöffnungsklausel. Es soll beraten werden, was mit ihnen geschieht. Die Klassifikationen in der CPC-Liste sind streckenweise ausgesprochen abstrakt, sodass auch „neue“ Dienstleistungen unter einem Oberbegriff klassifiziert und der Liberalisierungspflicht unterworfen werden können. Durch diesen Verweis wird das Problem der Negativliste nicht umgangen.

Die in der CPC-Liste aufgeführte Interpretationshilfe verdeutlicht die Auslegbarkeit der Begriffe:

Paragraph 59 B. der CPC-Liste 1991:

- 1. When services are, prima facie, classifiable under two or more categories, classification shall be effected as follows, on the understanding that only categories at the same level (sections, divisions, groups, classes or subclasses) are comparable:
(a) The category which provides the most specific description shall be preferred to categories providing a more general description.
(b) Composite services consisting of a combination of different services which cannot be classified by reference to 1(a) shall be classified as if they consisted of the service which gives them their essential character, in so far as this criterion is applicable.
(c) When services cannot be classified by reference to 1(a) or 1(b), they shall be classified under the category which occurs last in numerical order among those which equally merit consideration.*
- 2. Services which cannot be classified in accordance with the above rules shall be classified under the category appropriate to the services to which they are most akin.*

Wenn Dienstleistungen unter mehrere Kategorien fallen, wird der Raum geboten, neue Dienstleistungen in bestehende Kategorien zu subsumieren.

b) Ausübung von hoheitlichen Aufgaben

Sektoren des öffentlichen Dienstes, in denen hoheitliche Aufgaben wahrgenommen werden, sind von der Marktöffnung ausgenommen.

Art. 8.1:

activities carried out in the exercise of governmental authority means an activity carried out neither on a commercial basis nor in competition with one or more economic operators.

Die Dienstleistungserbringung „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ beschränkt sich auf Aufgaben, die im Wesentlichen hoheitlich erfüllt werden, wie Verwaltung, Justiz, Polizei. In bestimmten Bereichen, beispielsweise bei der Gefängnisverwaltung, werden Zweifel angemeldet, ob sie ausschließlich hoheitlich funktionieren. Somit könnten bestimmte Bereiche der Gefängnisverwaltung privatisiert werden.

Diese Ausnahmeregelung ist verfassungsrechtlich zwingend erforderlich, betrifft aber nicht das Problem der Kommunen, die ihre Dienstleistungen liberalisieren müssen.

c) Public-Utilities-Ausnahme

In Annex II hat die EU die *Public-Utilities*-Ausnahme von den Marktöffnungsverpflichtungen festgeschrieben. Im Gegensatz zu Annex I gilt hier die sogenannte *Ratchet*-Klausel nicht. Diese besagt, dass bestehende Regulierungen zwar beibehalten, Veränderungen aber nur in Richtung Marktöffnung zulässig sind und nicht rückgängig gemacht werden dürfen. Sektoren, die in Annex II gelistet sind, dürfen also auch nach einer Marktöffnung re-reguliert werden.

Annex II

Schedule of the European Union, CETA, S. 1294.

Sector: All sectors

Sub-sector:

Industry classification:

Type of Reservation: Market Access

Description: Investment

In all EU Member States, services considered as public utilities at a national or local level may be subject to public monopolies or to exclusive rights granted to private operators. Public utilities exist in sectors such as related scientific and technical consulting services, R&D services on social sciences and humanities, technical testing and analysis services, environmental services, health services, transport services and services auxiliary to all modes of transport. Exclusive rights on such services are often granted to private operators, for instance operators with concessions from public authorities, subject to specific service obligations. Given that public utilities often also exist at the sub-central level, detailed and exhaustive sector-specific scheduling is not practical. This reservation does not apply to telecommunications and to computer and related services.

Das scheint auf den ersten Blick die Bedenken, insbesondere der Kommunen, zu zerstreuen. Eine genauere Analyse zeigt jedoch die Probleme auf.

Die sogenannte *Public-Utilities*-Klausel findet sich auch in den EU-Verpflichtungen des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) wieder. Die EU greift regelmäßig auf die dort verwendete Formulierung zurück. In der nicht verbindlichen deutschen Fassung heißt es: „In sämtlichen EU-Mitgliedstaaten können Dienstleistungen, die auf nationaler oder örtlicher Ebene als öffentliche Aufgaben betrachtet werden, staatlichen Monopolen oder ausschließlichen Rechten privater Betreiber unterliegen.“ Danach können in allen EU-Mitgliedstaaten Dienstleistungen, die auf nationaler oder lokaler Ebene

als *Public Utilities* (im Deutschen: öffentliche Versorgungsleistungen) angesehen werden, Gegenstand von öffentlichen Monopolen oder Ausschließlichkeitsrechten sein.

Die in der Klausel genannten „öffentlichen Aufgaben“ betreffen nicht den „harten Kern“ kommunaler Dienstleistungen, sondern im Wesentlichen angegliederte Serviceleistungen (wie oben aufgeführt: wissenschaftliche und technische Beratung, Forschungs- & Entwicklungsdienstleistungen im Bereich Sozial- und Geisteswissenschaften usw.). Ausnahmen für den „harten Kern“ kommunaler Dienstleistungen sind im Annex II explizit genannt. Diese gelten aber nicht uneingeschränkt. CETA-Befürworterinnen und Befürworter argumentieren, dass die Ausnahmen nur exemplarisch aufgezählt werden („such as“), also weitere öffentliche Aufgaben als privates oder öffentliches Monopol betrieben werden können. Zwar ist diese Argumentation korrekt. Gleichzeitig wird damit aber auch die Unschärfe der Klausel deutlich.

Zentral aber ist: Die Klausel findet keine Anwendung, sobald kommerzielle oder wettbewerbliche Elemente bei der Erbringung der Dienstleistung eine Rolle spielen. Sobald also kein wirkliches öffentliches Monopol oder privates Ausschließlichkeitsrecht besteht, findet die *Public-Utilities*-Klausel keine Anwendung und es gelten die Marktöffnungsvorschriften.

Das lässt sich am Beispiel der Re-Kommunalisierung der Energieversorgung verdeutlichen. In Art. 170 Abs. 2 AEUV ist normiert, dass die Tätigkeit der Union im Rahmen eines Systems offener und wettbewerbsorientierter Märkte auf die Förderung des Verbunds und der Interoperabilität der einzelstaatlichen Netze sowie des Zugangs zu diesen Netzen abzielt. Diese Verfassungsvorschrift wurde durch verschiedene Richtlinien umgesetzt. Ein öffentliches Monopol der Energieversorgung ist in Europa somit rechtlich ausgeschlossen. Es kann in diesem Bereich keine ausschließlich staatliche Einrichtung tätig sein, die den Zugang zum Markt für andere Anbieter verschließt. Die *Public-Utilities*-Klausel läuft leer, denn für diesen „harten Kern“ öffentlicher oder kommunaler Dienstleistungen ist sie nicht anzuwenden. Die aufgezählten „Monopole“ im Sinne der *Public-Utilities*-Klausel sind angegliederte Servicedienstleistungen und keine kommunalen Dienstleistungen im klassischen Sinne (siehe oben).

Jedoch lässt dies den Einwand zu, dass sich gegenüber der europäischen Rechtslage nicht viel ändert. Das stimmt. Zu bedenken ist aber, dass das Wettbewerbssystem bei öffentlichen Dienstleistungen weiter internationalisiert, das heißt, über die mehrfache rechtliche Absicherung gegen eine politische Richtungsänderung „immunisiert“ wird.

3. Vergabekriterien

CETA verpflichtet grundsätzlich zur transatlantischen Ausschreibung öffentlicher Aufträge:

Article 19.4 General principles Non-Discrimination

1. With respect to any measure regarding covered procurement, each Party, including its procuring entities, shall accord immediately and unconditionally to the goods and services of the other Party and to the suppliers of the other Party offering such goods or services, treatment no less favourable than the treatment the Party, including its procuring entities, accords to its own goods, services and suppliers.

Rules of Origin

5. For the purposes of covered procurement, a Party shall not apply rules of origin to goods or services imported from or supplied from the other Party that are different from the rules of origin the Party applies at the same time in the normal course of trade to imports or supplies of the same goods or services from the same Party.

Offsets

6. With regard to covered procurement, a Party, including its procuring entities, shall not seek, take account of, impose or enforce any offset.

Measures Not Specific to Procurement

7. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to: customs duties and charges of any kind imposed on, or in connection with, importation; the method of levying such duties and charges; other import regulations or formalities and measures affecting trade in services other than measures governing covered procurement.

In den Anhängen des CETA-Textes wird definiert, welche Körperschaft auf lokaler, regionaler oder föderaler Ebene Aufträge ausschreiben muss. Dabei wird nach der Größenordnung, also der Vergabehöhe und der Art des Auftrages unterschieden. Diese Listen sind sehr unübersichtlich. Es finden sich dort jedoch keine Einschränkungen zur Wahrung von Umweltstandards oder Tariftreueklauseln.

In den generellen Ausnahmen des 19. Kapitels werden Tariftreue oder Umweltstandards nicht explizit aufgeführt:

Article 19.3 Security and general exceptions

1. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from taking any action or from not disclosing any information that it considers necessary for the protection of its essential security interests relating to the procurement:

- (a) of arms, ammunition²⁵ or war material;*
- (b) or to procurement indispensable for national security; or*
- (c) for national defence purposes.*

2. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between Parties where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade, nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from imposing or enforcing measures:

- (a) necessary to protect public morals, order or safety;*
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;*
- (c) necessary to protect intellectual property; or*
- (d) relating to goods or services of persons with disabilities, of philanthropic institutions or of prison labour*

Umweltstandards können allerdings bei der technischen Spezifizierung der Ausschreibung eingebracht werden, was allerdings durch den Vorbehalt relativiert wird:

Article 19.9 Technical specifications and tender documentation

Technical Specifications

1. A procuring entity shall not prepare, adopt or apply any technical specification or prescribe any conformity assessment procedure with the purpose or the effect of creating unnecessary obstacles to international trade. ...

6. For greater certainty, a Party, including its procuring entities, may prepare, adopt or apply technical specifications to promote the conservation of natural resources or protect the environment, provided that it does so in accordance with this Article.

In Folge des Rüffert-Urteils des EuGH⁸, das die Kopplung von Aufträgen mit einer Tariftreueklausel untersagt hatte, wurde die Berücksichtigung von Tariftreue und Umweltstandards bei der Vergabe von Aufträgen in der EU-Vergaberichtlinie neu aufgenommen und festgeschrieben.

Art. 18 Abs.2 Vergabe-RI¹: „Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind.“

¹ Richtlinie vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG

Eine ähnliche Vorschrift findet sich nicht in CETA, so dass zu befürchten ist, dass entsprechende Tariftreueklauseln im Streitfall als unzulässig eingestuft werden.

Die Kommunen befürchten: „Das Vergabekapitel in CETA bleibt hinsichtlich der Zulässigkeit bestimmter Instrumente der kommunalen Selbstverwaltung wie etwa so genannte ‚In-House‘- Vergaben oder internkommunale Zusammenarbeit jedoch im Unklaren und stellt ihre Zulässigkeit daher in Frage.“⁹

⁸ EuGH, (Rüffert-Urteil) C-346/06 vom 3. April 2008.

⁹ Kölner Netzwerk der Daseinsvorsorge CETA & TTIP Auswirkungen auf die kommunale Daseinsvorsorge, S. 8.

Die CETA-Vergabebestimmungen können in Kombination mit der Verpflichtung zur Marktöffnung für kanadische Unternehmen zu einem Unterlaufen von Standards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge führen und somit auch die Re-Kommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen erschweren. Das könnte die Vergabekriterien zuungunsten sozialer, arbeitsrechtlicher oder umweltverträglicher Kriterien verändern.

V. Unbeschränkter Kapitalverkehr – Beschluss Parteikonvent 20.9.14, Forderung 10:

„Die Erfahrungen mit der jüngsten Weltwirtschaftskrise zeigen, dass statt einer völligen Freigabe des Kapitalverkehrs und einer weiteren Liberalisierung von Finanzdienstleistungen eine strikte Regulierung der Finanzmärkte notwendig ist.“

CETA normiert die Kapitalverkehrsfreiheit im Investitionsschutzkapitel und auch noch einmal explizit im 13. Kapitel als Freiheit der Finanzdienstleistungen. Grundsätzlich wird den Dienstleistungsanbietern – z.B. Banken, Investment-Fonds und Versicherungen – freier Marktzugang garantiert. Der freie Kapitalfluss wird dabei als Teil der Finanzdienstleistung verstanden:

financial service means a service of a financial nature, including insurance and insurance related services, banking and other financial services (excluding insurance), and services incidental or auxiliary to a service of a financial nature. Financial services include the following activities: ...

(iv) all payment and money transmission services, including credit, charge and debit cards, travellers cheques, and bankers drafts;

Den Dienstleistern wird dabei freier Marktzugang und Gleichbehandlung garantiert:

Article 13.6 Market access

1. A Party shall not adopt or maintain, with respect to a financial institution of the other Party or with respect to market access through establishment of a financial institution by an investor of the other Party, on the basis of its entire territory or on the basis of the territory of a national, provincial, territorial, regional, or local level of government, a measure that:

Produkte der Finanzindustrie sind in Kapitel 13 auch für eine Marktöffnung vorgesehen:

Article 13.7 Cross-border supply of financial services

1. Articles 9.3 (National treatment), 9.4 (Formal requirements), and 9.6 (Market access) are incorporated into and made a part of this Chapter and apply to treatment of crossborder financial service suppliers supplying the financial services specified in Annex 13-A. 2. The treatment accorded by a Party to its own service suppliers and services under Article 9.3.2 (National treatment) means treatment accorded to its own financial service suppliers and financial services.

CETA legt sehr enge Ausnahmen von der grundsätzlichen Kapitalverkehrsfreiheit fest:

Article 28.4 Temporary safeguard measures with regard to capital movements and payments

1. *Where, in exceptional circumstances, capital movements and payments, including transfers, cause or threaten to cause serious difficulties for the operation of the economic and monetary union of the European Union, the European Union may impose safeguard measures that are strictly necessary to address such difficulties for a period not to exceed 180 days.*

2. *Measures imposed by the European Union pursuant to paragraph 1 shall not constitute a means of arbitrary or unjustified discrimination in respect of Canada or its investors compared to a third country or its investors. The European Union shall inform Canada forthwith and present, as soon as possible, a schedule for the removal of such measures*

Fazit: CETA liberalisiert den Kapitalverkehr und reguliert ihn nicht im Interesse einer höheren Stabilität und Sicherheit des Finanzsektors.

VI. Kündigungsklausel – Beschluss Parteikonvent 20.9.14, Forderung 12:

„Ein Abkommen soll eine Klausel enthalten, die eine Korrektur von unerwünschten Fehlentwicklungen und ggf. Kündigung ermöglicht.“

CETA enthält zwar eine Kündigungsklausel, allerdings mit einer Einschränkung:

Article 30.9 Termination

1. *A Party may denounce this Agreement by giving written notice of termination to the General Secretariat of the Council of the European Union and the Department of Foreign Affairs, Trade and Development Canada, or their respective successors. This Agreement shall be terminated 180 days after the date of that notice. The Party giving a notice of termination shall also provide the CETA Joint Committee with a copy of the notice.*

2. *Notwithstanding paragraph 1, in the event that this Agreement is terminated, the provisions of Chapter Eight (Investment) shall continue to be effective for a period of 20 years after the date of termination of this Agreement in respect of investments made before that date. This paragraph shall not apply in the case of provisional application of this Agreement.*

Die Möglichkeit, Schadensersatzansprüche aufgrund des Investitionsschutzkapitels gegen eine vertragsschließende Partei einzufordern, wirkt noch nach der Kündigung für zwanzig Jahre fort. Eine andere Politik im Sinne eines ökologisch-sozialen Umbaus der Gesellschaft, die im Zweifel Regulierungen verlangt und das Eigentumsrecht tangiert, wird so auch im Falle einer Kündigung für weitere zwanzig Jahre ausgeschlossen. Dies gleicht einer konstitutionellen Festschreibung neoliberaler Politik und ihrer Absicherung gegen sich verändernde Mehrheiten im demokratischen System.

Zu den Autoren

Ridvan Ciftci hat Jura in Bielefeld studiert und arbeitet als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Andreas Fisahn. Sein Promotionsthema beschäftigt sich kritisch mit den rechtlichen und politischen Auswirkungen von Freihandelsabkommen. Dabei untersucht er im Speziellen den Vertragstext von CETA und geht möglichen verfassungsrechtlichen Problemen nach.

Folke große Deters ist Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristinnen und Juristen in Nordrhein-Westfalen. Kommunalpolitisch ist er als stellvertretender Fraktionsvorsitzender und Geschäftsführer der SPD-Fraktion im Rhein-Sieg-Kreis und im Rat der Stadt Rheinbach tätig. Er promoviert zur Demokratietheorie Immanuel Kants an der Universität Bonn und lebt in Rheinbach.

Prof. Dr. Dietmar Köster ist seit Juli 2014 Abgeordneter des Europäischen Parlaments und Mitglied der S&D Fraktion. Der Sozialdemokrat ist Mitglied im Rechtsausschuss und stellvertretendes Mitglied im Ausschuss für Kultur und Bildung. Seine derzeitigen parlamentarischen Arbeitsschwerpunkte sind die Themen „Urheberrecht im digitalen Zeitalter“ und die Freihandelsabkommen CETA und TTIP. Vor seiner Zeit als EU-Parlamentarier war er Professor für Soziologie an der FH Dortmund mit dem Forschungsschwerpunkt Geragogik (Altersbildung). Zwischen 2002 und 2004 und seit 2006 war/ist er Mitglied im Landesvorstand der NRWSPD.

