SCHWERPUNKT

HERRSCHAFTSSICHERUNG DURCH FREIHANDELSABKOMMEN

Das Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) und das Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) sind zwei sehr umstrittene Freihandelsabkommen, die neben dem klassischen Ansatz der Senkung von Handelszöllen, die Etablierung eines umstrittenen Investitionsschutztribunals und einen extensiven Investor_innenschutz vorsehen. Ein solches Sonderrechtsregime birgt erhebliche Gefahren.

CETA und TTIP sind als Schreckgespenst der deutschen Öffentlichkeit in aller Munde. Oftmals dreht sich die teilweise sehr verkürzte Debatte über Freihandelsabkommen um die Einfuhr von Produkten, die nicht den europarechtlichen oder nationalstaatlichen Standards entsprechen. Da ist die Rede von Chlorhühnchen, Hormonfleisch und Gen-Food, die nach Ratifizierung auch in Deutschland in den Regalen der Discounter und Supermärkte erhältlich sein sollen. Dass aber mit CETA und TTIP die neoliberale Freihandelslogik ihren Siegeszug weltweit fortsetzt und die Sicherung von Eigentum und die Etablierung eines Investitionsschutzes, das von nationalstaatlichen Regelungen entkoppelt ist, vorantreibt, wird in der breiten Bevölkerung – wenn überhaupt – rudimentär diskutiert. Über TTIP sind bisher leider nur die „Leitlinien für die Verhandlungen über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika“[1] bekannt. Weitere Vertragsbestandteile stehen noch unter Verschluss. Die Analyse bezieht sich deshalb ausschließlich auf die Endfassung des Vertragstextes von CETA, welcher seit dem 29. Februar 2016 in feinstem Vertragsenglisch frei zugänglich ist.[2] CETA gilt bekanntlich als Blaupause für TTIP, sodass von einigen Übereinstimmungen besonders in den Bereichen des Investitionsschutzes und des Investitionsschutztribunals auszugehen ist. Eines steht jetzt schon fest: Beide Freihandelsabkommen unterliegen der selben Freihandelsdoktrin, die es im Kontext der Internationalen Politischen Ökonomie (IPÖ) und ihrer neo-gramscianischen Richtung zu analysieren gilt. Erst so kann der These der Etablierung von Sonderrecht und Sondergerichtsverfahren für Investor_innen durch CETA genauer nachgegangen werden.

Internationale Politische Ökonomie

Die Analyse von Freihandelsabkommen darf nicht unabhängig von nationalen und internationalen Kräfteverhältnissen geschehen. Denn eine ausschließlich juristische Analyse verbleibt auf der formalen Ebene und erkennt nicht die dahinterliegenden Interessens- und Kräftefelder, die ein solches Projekt, wie TTIP oder CETA, hervorbringen und ihn in das Format eines Vertragswerks einbetten. Eine materialistische Analyse der Strukturen des gegenwärtigen globalen Kapitalismus hat somit die Aufgabe, das Zusammenspiel von ökonomischer, juristischer, politisch-institutioneller und kultureller Dimension aufzudecken, um so die globale Kapitalformation greifbarer zu machen. Dabei spielt die IPÖ als interdisziplinäres Teilgebiet der Internationalen Beziehungen, deren Gegenstand die Entwicklung der Weltwirtschaft und des Welthandelssystems ist, eine besondere Rolle. Jedoch kommt erst ihre marxistische und neo-gramscianische Teilrichtung zu brauchbaren Ergebnissen, unter anderem durch die Anwendung eines Analyseinstruments der 1930er-Jahre: Die Hegemonietheorie von Antonio Gramsci – einem italienischen Marxisten, der zu Zeiten der faschistischen Diktatur Mussolinis im Kerker einige theoretische Abhandlungen unter anderem zur Rolle des Staates und der Rolle der Zivilgesellschaft verfasst hat. Die neo-gramscianische IPÖ versteht – angelehnt an Gramsci – unter Hegemonie ein konsensual abgestützten Modus transnationaler Vergesellschaftung, der sich zunächst auf die Produktionsbeziehungen stützt, aber auch gesellschaftliche Reproduktionsmuster und institutionelle und regulative Organisationsformen sowie die ideologischen Diskurse zur Konsensgenerierung mit einschließt.[3] Mit diesem Verständnis von Hegemonie steht sie im Kontrast zu neorealistischen Ansätzen der IPÖ. Diese begreifen internationale Hegemonie ausschließlich als Dominanz eines ökonomisch und militärisch überlegenen Nationalstaates.[4] Die Erweiterung des Analysefeldes durch die neo-gramscianischen IPÖ ist zugleich eine Absage an staats- und ökonomiezentrierte Erklärungsansätze. Denn bereits Gramsci zeigte in den Gefängnisheften auf, dass die bürgerliche Herrschaft besonders auf politischen und kulturellen Aspekten beruhe, die nicht allein als Reflex der ökonomischen „Basis“ zu deuten sind.[5] Sie wird in den zentralen Schaltstellen der Zivilgesellschaft praktiziert. So reproduzieren sich die hegemonialen Verhältnisse im gesamten Bildungssystem, den Vereinen, im Zeitungs- und Verlagswesen, im Fernsehen, in der Musik, in der Wissenschaft, in Straßennamen und in den Alltagsgewohnheiten. Herrschaftsicherung hat somit viele Facetten, die aber stets zum selben Ergebnis führen: Partikularinteressen werden „universalisiert“. So wird schnell ein absoluter Eigentumsschutz mit dem Argument des besseren Investitionsumfelds als ein dem Allgemeinwohl dienendes Regelungsinteresse dargestellt. Dabei spielt gerade das Recht bei der Universalisierung von Partikularinteressen eine besondere Rolle: Aufgrund seines abstrakt-generellen Charakters ist es ein ideales Instrument der Verschleierung. Sicherlich dienen allgemeingültige Rechtssätze der Organisierung gesellschaftlicher Beziehungen, dennoch ist die spezifische Ausgestaltung des Rechts wiederum Ergebnis von Herrschaftsverhält-

nissen. Die neo-gramscianische IPÖ legt deshalb ein besonderes Augenmerk auf die Rolle des Rechts im Rahmen der Etablierung von Freihandelsabkommen.

Neuer Konstitutionalismus

Sie beobachtet auf globaler Ebene einen „neuen Konstitutionalismus", der nach dem Zusammenbruch des Ostblocks, die politische, ökonomische und rechtliche Neu-Einbettung[6] des Marktliberalismus forciert.[7] Triebfeder dieses neuen Konstitutionalismus ist der sogenannte „disziplinierende Neoliberalismus", d. h. die Intensivierung von Wettbewerbszwängen und die Vermarktlichung kapitalistischer Reproduktionsmuster.[8] Damit einhergehend ist ebenfalls eine „Kultur des Marktes" festzustellen, die individualistisches und besitzorientiertes Denken fördert.[9] Der disziplinierende Neoliberalismus strebt nach Verallgemeinerung der Produktionsweise und bedient sich dabei des Rechts.[10] Diese rechtliche Absicherung der Liberalisierungs- und Deregulierungspolitik ist auf globaler Ebene durch die World Trade Organisation (WTO) und auf regionaler Ebene durch Freihandelsabkommen wie dem North American Free Trade Agreement (NAFTA) oder CETA und TTIP zu sehen. Verstärkt wird diese Bestrebung auch durch internationale Finanzinstitutionen wie den Internationalen Währungsfonds (IWF) und die Weltbank, die eine rigide Marktöffnungs- und Privatisierungspolitik betreiben. Hinzu kommt, dass eine marktliberale Rechtsstaatlichkeit in diesen Verträgen und Institutionen zu finden ist, die primär der Absicherung ökonomischer Interessen dient und oftmals mit den nationalstaatlichen Rechtssystemen im Widerspruch steht. Der Schutz des Eigentums, die Investitionsfreiheit und kalkulierbare Handelsbeziehungen stehen dabei im Vordergrund. Soziale Belange und demokratische Beteiligungsrechte werden oftmals als Einschränkungen der Investitions- und Eigentumsfreiheit gesehen. Es existiert ein Zusammenhang zwischen kapitalistischer Marktintegration der Weltwirtschaft und politischer Verfassungsbildung, die in der derzeitigen Kräftekonstellation zugunsten des transnationalen Kapitals verschoben wird. Denn die Kräfteverhältnisse auf nationaler Ebene spiegeln sich auf internationaler Ebene kaum wieder und bieten den Kapitalfraktionen bestmögliche Verhandlungsbedingungen, ihre Interessen ohne gesellschaftlichen Widerspruch durchzusetzen – natürlich abgesichert durch internationales Vertragsrecht. Damit geht zugleich eine Entdemokratisierung des Konstitutionsbildungsprozesses einher, weil soziale Kräfte aufgrund ihrer schwachen Repräsentanz auf internationaler Ebene kaum Einfluss und Mitspracherechte haben und die Normsetzung ohne Rückkopplung und Bindung an nationale Verhältnisse und Diskurse vonstatten geht. Die Folgen einer solchen Unterrepräsentanz sozialer Gegenkraft soll exemplarisch anhand des CETA-Vertragswerk untersucht werden.

Das Sondergerichtsverfahren

CETA etabliert mit Art. 8.18 des achten Kapitels (Investitionskapitel) das sogenannte Investitionsschutztribunal. Dort heißt es, dass ein Investor einer Vertragspartei dem Tribunal eine Forderung zur Entscheidung einreichen kann, mit der Behauptung, der Staat, der zugleich Vertragspartei ist, habe Verpflichtungen der nichtdiskriminierenden Behandlung oder des Investitionsschutzes verletzt. Dabei muss der Investor geltend machen, dass er infolge der angeblichen Verletzung einen Verlust oder Schaden erlitten habe. Die neuartige Etablierung eines Investitionsschutztribunals im Rahmen internationaler Handelsabkommen ist ein Instrument zur Minimierung von Risiken für die Kapitalseite, die ihre Aktivitäten in den Vertragsstaaten gesichert sehen will. Im Vordergrund stehen folglich der Schutz von Investitionen und ein hohes Maß an Misstrauen gegenüber der Exekutive und der Judikative des Investitionslandes. Durch das Investitionsschutztribunal wird für die Investoren ein auf sie abgestimmtes wehrhaftes Instrument konstituiert, um Rechte wie Inländergleichbehandlung, Meistbegünstigung, Entschädigung und gerechte und faire Behandlung zur Not im Gerichtsverfahren durchzusetzen.[11] Zudem werden den Investoren hierdurch der langwierige und häufig kostspielige Instanzenzug nationaler Gerichte erspart und die Öffentlichkeit wird zum Schutze von Geschäftsgeheimnissen – je nach vermeintlich plausibler Begründung – von den Verhandlungen ausgeschlossen (Art. 8.36 Nr. 5). Hinzu kommt, dass die entscheidenden Richter fachkundige Professor_innen und Rechtsanwält_innen mit wirtschaftsrechtlichem Schwerpunkt sind (Art. 8.27 Nr. 4). Das verfassungsrechtliche Problem, welches sich mit diesem Verfahren und vor allem mit der Wirkung einer bindenden Entscheidung ergibt, liegt im Widerspruch zur Judikatur des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG).[12] Denn alle Personen, die öffentliche Gewalt ausüben, müssen ihre amtliche Funktion auf eine Ernennung durch eine ihrerseits demokratisch legitimierte Person zurückführen.[13] Dieser Umstand ist im Kontext des Art. 92 Grundgesetz (GG), der den Grundsatz des richterlichen Rechtsprechungsmonopols im Verfassungsgefüge setzt, äußerst zweifelhaft.[14] Eine solche Rückführung ist im Rahmen des Investitionsschutztribunals im CETA-Vertrag schwerlich gegeben, weil diese durch das Joint Committee benannt werden (Art. 8.27 Nr. 2). Das Joint Committee wird paritätisch durch Vertreter von Kanada und der EU besetzt (Art. 26.1 Nr.

1 http://www.ttip-leak.eu/de/start.html (Stand: 07.02.2016).

2 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf (Stand: 27.03.2016)

3 Ebd.

4 Hans-Jürgen Bieling, Die Konstitutionalisierung der Weltwirtschaft als Prozess hegemonialer Verstaatlichung – Staatstheoretische Reflexionen aus der Perspektive einer neo-gramscianischen Internationalen Politischen Ökonomie, in: Sonja Buckel, Andreas Fischer-Lescano, Hegemonie gepanzert mit Zwang, 2007, 145.

5 Kolja Möller, Progressiver Konstitutionalismus oder marktliberale Rechtsstaatlichkeit?, in: Kritische Justiz (KJ), 2009, 240; Antonio Gramsci, Gefängnishefte, 1991, Heft 10, § 41, 1325 ff.

6 Näheres zum theoretischen Begriff der Einbettung siehe Karl Polanyi, The Great Transformation, 1944, 57.

7 Stephen Gill, Power and resistence in the new world order, 2003, passim.

8 Bieling, 2007, 148.

9 Ebd.

10 Möller, 2009, 243.

11 Claus Dieter Classen, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2014, 612.

12 Ebd.

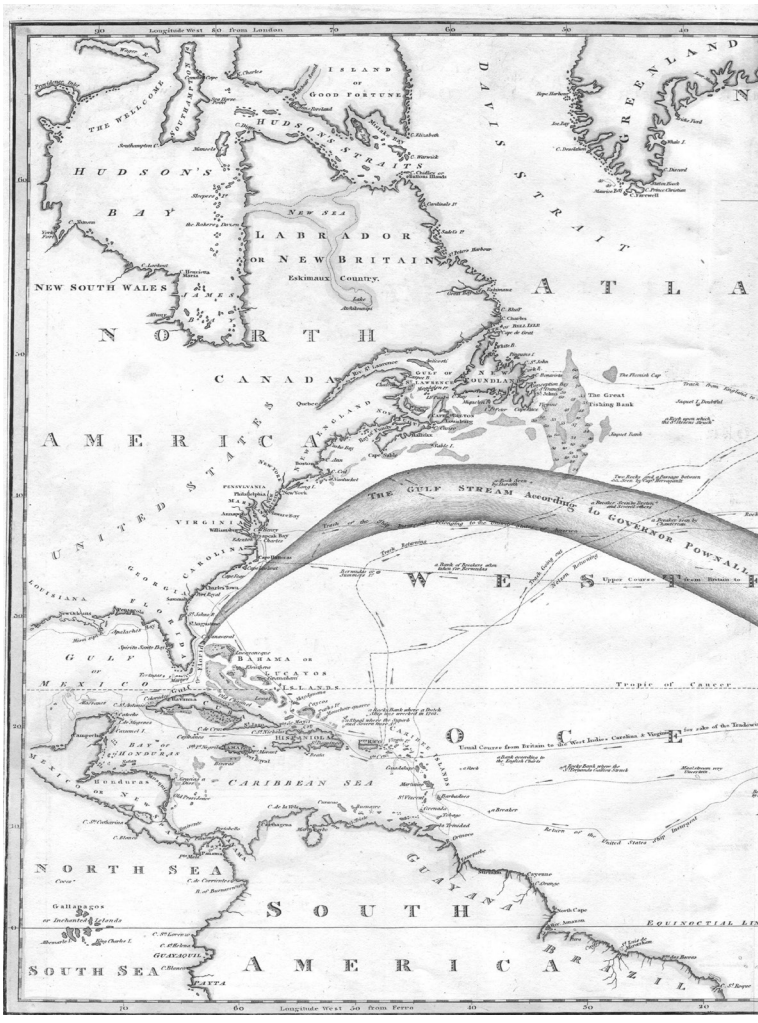
13 Ebd.

14 Siehe hierzu auch Andreas Fischer-Lescano/Johann Horst, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA), 34 f.

1, Kapitel 26). Von Seiten Kanadas bestehen keine Zweifel an der demokratischen Rückführbarkeit der Richterernennung, aber das bekannte Demokratiedefizit der EU stimmt skeptisch. Denn über eine Legitimationskette vom Bundestag über Bundesregierung und EU wird keine ausreichende Legitimation des Vertreters der Europäischen Union im Joint Committee hergestellt. Die Richterernennung leidet hier unter einem Demokratiedefizit. Beim System des Investitionsschutztribunals und dem engen Repertoire an Richtern ist eine entpolitisierende Verfahrenskultur schließlich unumgänglich – das Augenmerk wird auf den Investitionsschutz gelegt und nicht auf die Beachtung von Arbeits- und Sozialstandards.

Sonderrecht durch Investitionsschutz

CETA definiert Investitionen in Art. 8.1 des achten Kapitels als „[j]ede Art von Vermögenswerten, die ein Investor direkt oder indirekt besitzt oder beherrscht, und die die Eigenschaften einer Investition besitzt; dazu gehören eine bestimmte Laufzeit und andere Merkmale, wie der Einsatz von Kapital oder anderen Mitteln, die Erwartung von Erträgen oder Gewinnen oder die Übernahme von Risiken." Darauffolgend werden Beispiele für Investitionen gegeben, worunter auch Nutzungsrechte fallen.[15] Aufgelistet werden auch Konzessionen, die gerade in der kommunalen Selbstverwaltung eine besondere Rolle spielen. Hierunter versteht man die Verleihung eines Nutzungsrechts an einem Gemeingut, wie beispielsweise Wasser, durch eine staatliche oder kommunale Behörde. Im Vergleich zum Schutzbereich des Art. 14 GG ist diese Investitionsbegriffsbestimmung deutlich weiter. Zumindest schützt Art. 14 GG keine Konzessionen und unterliegt einer Sozialbindung.[16] Die Investitionsschutzstandards werden in Art. 8.10 und Art. 8.12 des achten Kapitels genauer definiert. Art. 8.10 Nr. 1 setzt den Standard der fairen und gerechten Behandlung der Investitionen. Hierunter wird generell verstanden, dass der Vertragsstaat transparent handeln und den Schutz der berechtigten Gewinnerwartungen gewährleisten müsse. Dieser Grundsatz ist der meist genutzte Schutzstandard in bisherigen Investitionsschutzverfahren und wurde von einigen Tribunalen so umgedeutet, dass Investoren daraus einen Anspruch auf ein „stabiles Regulierungsumfeld" hätten, um so ihre legitimen Gewinnerwartungen zu erfüllen.[17] Jedoch dämpft Art. 8.10 Nr.2 die Erwartungen ein. So beschränkt er die Verletzung des Grundsatzes auf einige Beispiele wie Willkür oder Verwehrung des Rechtsweges. Andererseits erweitert Art. 8.10 Nr.4 den Tatbestand auch auf Fälle, in denen „eine Vertragspartei einem Investor eine spezielle Zusicherung gegeben hat, um eine abgesicherte Investition anzuregen, und somit eine berechtigte Erwartung geschaffen hat, auf die sich der Investor bei der Entscheidung zur Tätigung oder Aufrechterhaltung der abgesicherten Investition verlassen hat". Diese berechtigte Erwartung ist wiederum ein Einfallstor für Klagen, die mit verfassungsrechtlichen oder nationalrechtlichen Prinzipien nicht im Einklang stehen. Als Beispiel sei hier der Fall Metalclad Corp. vs. Mexico[18] genannt. Dem US-amerikanischen Unternehmen Metalclad wurde seitens der mexikanischen Regierung eine Genehmigung zum Bau einer Abfalldeponie für gefährliche Stoffe in einem Naturschutzgebiet erteilt. Die kommunale Behörde, die zuständig für die Region war, verbot den Weiterbau zum Schutze des Trinkwassersvorkommens und verwies auf die fehlende kommunale Baugenehmigung. Es lag folglich ein Problem der Zuständigkeit im Rahmen der Erteilung der Baugenehmigung vor. Dennoch verurteilte das ICSID-Tribunal auf Grundlage des NAFTA-Vertragswerkes Mexiko zum Schadensersatz in Höhe von ca. 16 Millionen Dollar wegen unfairer Behandlung und indirekter Enteignung. Metalclad hätte berechtigte Erwartungen durch die Genehmigung entwickelt und müsse entschädigt werden. Eine solche Konstellation ist auch mit dem CETA-Abkommen erdenklich. Der Unterschied zum nationalen Recht wäre: Auf Grundlage des CETA ist eine Entschädigung möglich. Im Rahmen des nationalen Rechts liegt hier schon kein Vertrauensschutz vor, also das berechtigte Vertrauen des Investors auf die Beständigkeit des Gesetzes, weil die fehlende Zuständigkeit für die Erteilung einer Genehmigung offensichtlich war und die Genehmigung nichtig wäre (§ 44 II Nr. 3 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)).



Eigentumsschutz ohne Sozialbindung

Ein weiterer wichtiger Investitionsschutzstandard taucht in Art. 8.12 auf. Dort wird die Enteignung in ihrer direkten und indirekten Form als schadensersatzpflichtig normiert. Interessant ist die Begriffsbestimmung der indirekten Enteignung, die im Anhang zu Art. 8.12 (Annex 8-A) geregelt werden sollte. Diese sollte dann vorliegen, „wenn eine Maßnahme oder eine Reihe von Maßnahmen einer Vertragspartei einen Effekt hat, der einer direkten Enteignung gleichkommt, indem hierdurch dem Investor im Wesentlichen die grundlegenden Attribute des Eigentums an seiner Investition, einschließlich des Rechts auf Nutzung und Veräußerung seiner Investition, entzogen werden, ohne dass eine formale Übertragung

des Eigentums oder klare Beschlagnahme stattfindet." Das hieße, dass jede Gewinnschmälerung eine indirekte Enteignung wäre. Im Entwurfsvertrag zu CETA war dies noch möglich. Aufgrund der immensen öffentlichen Kritik wurde in der Letztfassung nun der Artikel 8.9 eingefügt, der ein Recht auf Regulierung für legitime politische Ziele etabliert, wie Gesundheits- und Umweltschutz. In Artikel 8.9 Nr. 2 wird eine Gewinnschmälerung aufgrund gesetzlicher Regulierung nicht mehr als Klagegrund anerkannt. Jedoch bleibt eines fraglich: Wann eine solche Bestimmung legitim ist, wird aus dem Vertragswerk nicht ersichtlich. Die Bestimmung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs wird also in der Hand der Richter liegen. Ob dies bereits bei einer Erhöhung von Grenzwerten im

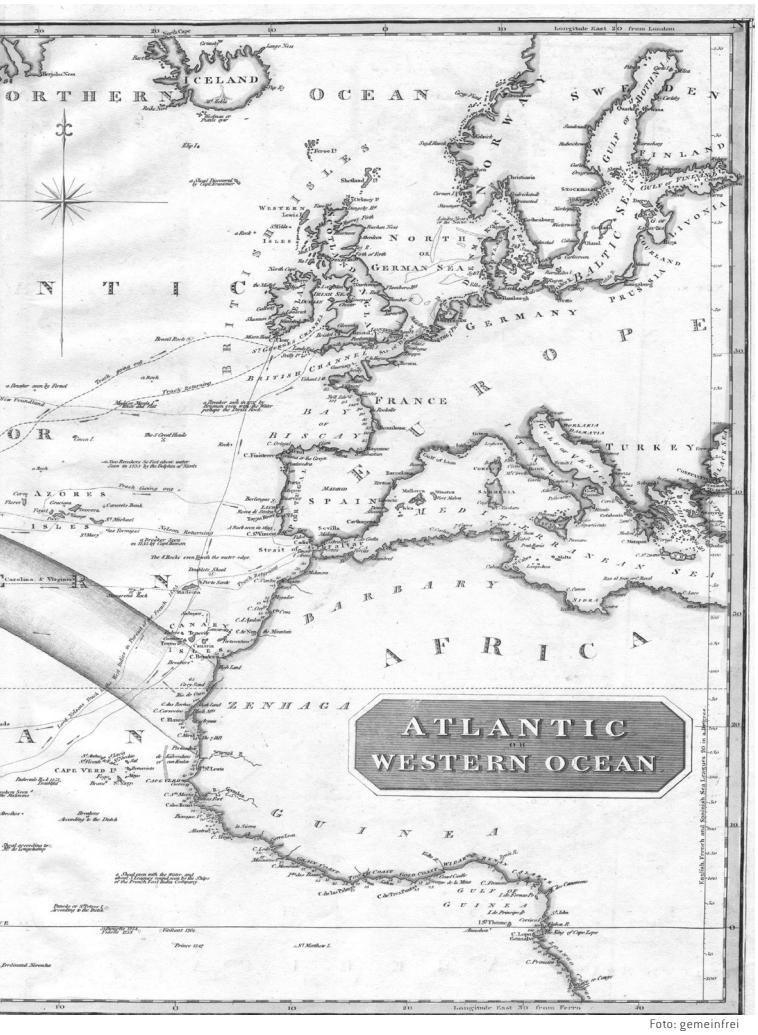


Foto: gemeinfrei

Immissionsschutzrecht oder bei einem Hinweis auf Gesundheitsgefahren gegeben sein wird, kann auch aufgrund der fehlenden Sozialbindung, wie sie in Art. 14 II GG normiert ist, nicht abschließend beurteilt werden. Es ist zumindest davon auszugehen, dass sie schwächer ausfallen wird.

Ein weiteres Problem ergibt sich mit der rechtlichen Regelung der direkten Enteignung in CETA. Nach der Judikatur des BVerfG und dem Grundgesetz (Art. 14 III, Art. 15 GG) ist eine direkte Enteignung, also die Eigentumsübertragung von einem Privaten zu einem Hoheitsträger, zum Wohle der Allgemeinheit möglich. Eine Entschädigung unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten bestimmt. Ein vollständiger Wertersatz ist von der Verfassung somit nicht vorgesehen. CETA hebelt dieses Prinzip jedoch in Art. 8.11 Nr. 2 aus und verpflichtet die Vertragsparteien zu einem vollständigen Wertersatz, der sich nach dem Marktwert der Investition kurz vor der Enteignung bestimmt. Eine gerechte Abwägung, in der die Interessen der Allgemeinheit Berücksichtigung finden, soll hier nicht stattfinden.

Globale Manifestation der neoliberalen Logik

Die Analysen der neo-gramscianischen IPÖ und das Vertragsprogramm von CETA zeigen auf, dass sich die internationale Machtstruktur zugunsten des transnationalen Kapitals verschoben hat. Rechtlich wird diese Entwicklung durch den „neuen Konstitutionalismus" abgesichert und durch Institutionen, wie dem Investitionsschutztribunal, abgestützt.[19] Die fehlende Sozialbindung des Eigentums und ein verkürztes gerichtliches Verfahren überstülpen die nationalstaatlichen Regelungen und bieten bestmögliche Rahmenbedingungen für Investor_innen, die sich von sozialen Rechten, Umwelt- und Verbraucherschutz sowie Arbeitnehmer_innenrechten seit jeher eingeengt fühlen. Auch die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe erfolgt durch Wirtschaftsrechtsexpert_innen, die – nach aller Wahrscheinlichkeit – zugunsten der Kapitalseite entscheiden werden.

Gesellschaftliche Kämpfe bewegen sich immer noch im Rahmen des Nationalstaates. Vorgänge auf internationaler Ebene sind zumeist von den nationalstaatlichen Kräfteverhältnissen entkoppelt. Dennoch macht sich Unmut in der Bevölkerung breit. Allein die Demonstrationen gegen TTIP und CETA, etwa in Berlin mit über 250.000 Teilnehmer_innen, und die Vielzahl an aktiven Initiativen gegen Freihandelsabkommen verdeutlichen diesen Unmut. Diese Stimmung gilt es durch einen progressiv-juristischen Diskurs zu kanalisieren und Alternativen zur neoliberalen Logik der Weltwirtschaft aufzuzeigen.

Ridvan Ciftci hat Rechtswissenschaften in Bielefeld studiert, promoviert zu Freihandelsabkommen und arbeitet als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Bielefeld.

Weiterführende Literatur:

Stephen Gill/ A. Claire Cuttler, New Constitutionalism and World Order, 2015.
Hans-Jürgen Bieling, Internationale Politische Ökonomie, 2011.
Harald Klimenta/ Andreas Fisahn, Die Freihandelsfalle, 2014.

15 Art. 8.1 – Investion lit. (f).

16 Peter Axer, Art. 14, in: Beck'scher Online-Kommentar GG, 2014, Rn. 62.

17 Thomas Fritz, Analyse und Bewertung des EU-Kanada Freihandelsabkommen CETA, 2014. 11.

18 Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.

19 Bieling, 156.