



Gemeinsame Auslegungserklärung zum CETA-Freihandelsabkommen (Joint Interpretative Declaration on CETA):

Eine Analyse der sog. Klarstellung über den Investorenschutz

Der im CETA-Freihandelsabkommen (Comprehensive Economic and Trade Agreement) festgeschriebene Investorenschutz verankert umfangreiche und unzureichend definierte Bestimmungen, die sich Konzerne zu Nutzen machen können um Schiedsgerichtsverfahren in die Wege zu leiten. Investorenklagen gegen gesetzliche Regelungen, die im Sinne des Gemeinwohls und des Umweltschutzes erlassen wurden, wird demnach kein Riegel vorgeschoben, was für die demokratische Entscheidungsausübung in Europa und Kanada eine Bedrohung darstellt. Auch der Vorschlag bezüglich des Investitionsgerichtssystems (Investment Court System/ICS) - obgleich dieses einige prozedurale Abänderungen beinhaltet im Vergleich zum umstrittenen System der Investor- Staat-Streitschlichtung (ISDS), welches das ICS ersetzt - löst nicht das Problem, das darin besteht, dass die Richter am Schiedsgericht einem finanziellen Anreiz ausgesetzt sind, das Gesetz zum Vorteil der Investoren auszulegen (2).

Die Gemeinsame Auslegungserklärung zum CETA-Freihandelsabkommen zwischen Kanada und der Europäischen Union (das sämtlichen EU-Mitgliedstaaten am 10.Oktober zugestellt wurde) liefert keine Abänderungen oder Klarstellungen in Bezug auf die spezifischen, im CETA-Text verankerten Bestimmungen. Die besagte sogenannte Auslegungserklärung ist vielmehr die erneute Bestätigung, dass Investoren die nationalen Rechtssysteme umgehen können und weiterhin umfassende Rechte ohne jegliche Auflagen genießen.

Laut dem kanadischen Anwalt Steven Shrybman (Goldblatt Partners LLP), hat die vorliegende Auslegungserklärung keinerlei rechtliche Auswirkung auf den aktuellen Text des Freihandelsabkommens, da sie nicht als "Auslegungserklärung" nach Internationalem Recht angesehen werden kann (4). Shrybman schlussfolgert außerdem: "Wir sind der Überzeugung, dass keine Partei ernsthaft ein solches Dokument als "Auslegungserklärung" einem Gericht vorlegen würde, das aufgefördert ist, einen Investorenrechtsstreit zu schlichten. Sollte dies jedoch trotzdem der Fall sein, so würde ein Gericht, das dieses Dokument auch nur irgendwie berücksichtigt, sehr wohl seine Glaubwürdigkeit aufs Spiel setzen (5)."

Nachstehend eine Analyse der Textpassagen der Gemeinsamen Auslegungserklärung:

Text of the Joint Interpretative Declaration (JID): "CETA includes modern rules on investment that preserve the right of governments to regulate in the public interest including when such regulations affect a foreign investment, while ensuring a high level of protection for investments and providing for fair and transparent dispute resolution".

Der Text der Auslegungserklärung ist die reine Bestätigung dessen, was in Artikel 8.9 des CETA-Abkommens (in Kapitel 8 bezüglich Investitionen) steht (6). Er liefert weder

Ergänzungen noch Erklärungen zum Originaltext des Freihandelsabkommens. Vielmehr bestätigt er die „Angemessenheit“ des anfänglichen Abkommenstextes ohne auf berechtigte Bedenken einzugehen, wie etwa das Recht auf eigene Regulierungsmaßnahmen der Staaten im Rahmen von CETA geschützt werden soll. Die Europäische Kommission hat wiederholt bekräftigt, dass das demokratische Regulierungsrecht der Staaten nicht angetastet wird, allerdings belegen die Textbestimmungen diese Aussage in keiner Weise.

Text JID: “CETA will not result in foreign investors being treated more favorably than domestic investors”.

CETA ermöglicht es ausländischen Investoren, europäische Staaten und Regierungen vor internationalen Schiedsgerichten zu verklagen. Dieses Recht haben nationale Investoren nicht. Demzufolge genießen ausländische Investoren Sonderrechte und werden gegenüber inländischen Investoren eindeutig bevorteilt.

Text JID: CETA does not privilege recourse to the investment court system set up by the agreement. Investors may choose instead to pursue available recourse in domestic courts.

Dies gilt bereits heute für alle Investitionsabkommen. Jedem Investor ist es freigestellt, Klage vor einem nationalen Gericht oder einer internationalen Schiedsgerichtsbarkeit einzureichen. Die CETA-Verfasser haben es versäumt, eine Klausel einzubringen, die verfügt, dass sämtliche nationalen Rechtswege zwingend ausgeschöpft werden müssen, bevor Investoren vor internationalen Gerichten klagen können.

Text JID: “CETA clarifies that governments may change their laws, regardless of whether this may negatively affect an investment or investor’s expectations of profits.

Im Rahmen der meisten der 3000 weltweit bestehenden Investitionsschutzabkommen dürfen Regierungen ihre Gesetze abändern. Die Auslegungserklärung liefert also lediglich ein unaufrichtiges Beruhigungs-Statement. Die EU und Kanada hätten eine tatsächliche Neuerung eingebracht wenn der Text deutlich hervorgehoben hätte, dass Investoren Staaten nicht verklagen können nur weil diese ihre Gesetze ändern.

Text JID: “Furthermore, CETA clarifies that any compensation due to an investor will be based on an objective determination by the Tribunal [...]”

Jeder Schiedsrichter, der je in einem Verfahren geurteilt hat, dem eine Investorenklage zugrunde lag, wird seine Entscheidungen als objektiv werten. Und doch belehrt die Wirklichkeit uns eines Besseren. CETA hat sich nicht mit der inhärenten Verzerrung des Investor-Staat-Streitschlichtungssystems auseinandergesetzt, das zulässt, dass Schiedsrichter fallweise von den Parteien entlohnt werden. Demzufolge werden entscheidende Investorenklagen gegen Staaten und Regierungen weiterhin den finanziellen Anreiz haben, das Gesetz so zu interpretieren, dass es den Interessen der Investoren dient, womit die Objektivität der Urteile kompromittiert ist.

Text JID: “[...] and will not be greater than the loss suffered by the investor.”

Investoren klagen in der Regel Verluste ein, die auch “entgangene potentielle Profite” beinhalten. Weder CETA noch die vorliegende Auslegungserklärung beinhalten eine Bestimmung, die davor schützt, dass Gerichte eine unverhältnismäßig hohe Entschädigungssumme beschließen können, die die bereits getätigten realen Investitionen des ausländischen Klägers weit übersteigt.

Text JID: “CETA includes clearly defined investment protection standards, [...]”

Das CETA-Freihandelsabkommen beinhaltet umfangreiche und unzureichend definierte Rechte zugunsten ausländischer Investoren. Der Text hat unzählige Lücken und bedient sich einer Sprache, die dem Leser ein beruhigendes (jedoch falsches) Bild vermitteln soll. Werden Staaten/Regierungen von Investoren verklagt, so müssen sie beweisen, dass die von ihnen

ergriffenen Maßnahmen: nicht "willkürlich" sind, den legitimen Erwartungen der Investoren nicht geschadet haben, nicht "deutlich übertrieben" sind und dem "legitimen Schutz des Allgemeinwohls" dienen. Was man allerdings unter willkürlich, übertrieben oder legitim verstehen muss, bleibt offen ... für jegliche Interpretation.

Text JID: "[...] including on fair and equitable treatment [...]"

Es erweist sich als höchst problematisch, dass CETA die Investorenschutzbestimmung beinhaltet, die am häufigsten benutzt wird und Raum für viele Interpretationen lässt: Fair and Equitable Treatment (ein gerechtes und gleichberechtigtes Abkommen). Die Liste, die uns CETA präsentiert, erweckt den Eindruck, die Auswirkung dieser gefährlichen Klausel sei geschmälert. In Wirklichkeit jedoch öffnet die Einbindung der "offensichtlichen Willkür" die von den Investoren angeführt werden kann als Klausel-Bruch, Tür und Tor (zugunsten der Investoren) für eine Klageeinreichung auf eben jener Basis, und für eine Auslegung "nach Gutdünken" zugunsten der Schiedsrichter. Ein rezent (unter der Mitwirkung von TNI) veröffentlichter Bericht, dem eine Studie über die von Investoren angeführten Argumenten in bedeutenden, im Allgemeininteresse geführten Rechtsfällen, zugrunde liegt, zeigt auf, dass Konzerne durchaus gerne mit dem Argument klagen, die vom Staat getroffenen Maßnahmen seien „arbiträr“, willkürlich (Details unter *ICS put to the test*) (7). Was offensichtliche Willkür ausmacht wird nicht genau definiert, so dass den Richtern viel Spielraum für "ungewünschte Interpretationen" überlassen wird. Zudem hat das CETA-Abkommen das Konzept der fairen und gleichberechtigten Behandlung ausgedehnt, indem es den Gerichten ausdrücklich erlaubt, die "legitimen Investorenerwartungen" zu berücksichtigen.

Text JID: "[...] and expropriation and provides clear guidance to dispute resolution Tribunals on how these standards should be applied."

Das CETA-Abkommen ermöglicht den Investoren auch weiterhin, Einwände geltend zu machen, die darauf abzielen, Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit, der Sicherheit der Bevölkerung oder der Umwelt mit Enteignung gleichzusetzen. Der Anhang, der Klarheit über den Artikel betreffend die indirekte Enteignung schaffen sollte, verfehlt sein Ziel. Der Text besagt, dass lediglich "legitime", zum Gemeinwohl getroffene Maßnahmen, welche nicht "deutlich übertrieben" sind, nicht als Streitgegenstand für indirekte Enteignungsklagen vor Gericht zugelassen sind. Was sind jedoch die Kriterien die bestimmen ob und wann eine von einer Regierung getroffene Maßnahme legitim ist und wann sie als übertrieben einzustufen ist? Fälle aus der Vergangenheit, bei denen eine beklagte Maßnahme unbestreitbar zum Wohle der Allgemeinheit getroffen worden war, zeigen, dass Investoren dennoch argumentiert haben, diese Regelung des Staates sei unzulässig und übertrieben. (siehe Beispiele in: *ICS put to the test*) (8).

Text JID: CETA requires a real economic link with the economies of Canada or the European Union in order for a firm to benefit from the agreement and prevents "shell" or "mail box" companies established in Canada or the European Union by investors of other countries from bringing claims against Canada or the European Union and its Member States. The European Union and Canada are committed to review regularly the content of the obligation to provide fair and equitable treatment, to ensure that it reflects their intentions (including as stated in this Declaration) and that it will not be interpreted in a broader manner than they intended.

Auch wenn CETA dem Missbrauch von Briefkastenfirmen einen Riegel vorschiebt, so verleiht das Abkommen jedoch 41.811 amerikanischen Firmen sowie sämtlichen kanadischen Investoren innerhalb der EU neue Rechte um Klage zu führen. Vier von fünf amerikanischen Mutterkonzernen, die in europäischen Ländern geschäftlich aktiv sind (41.811 Firmen), haben eine Filiale in Kanada. So lange deren Investitionsstruktur so gestaltet ist, dass sie über die kanadische Filiale einen gewissen Anspruch auf ihre europäischen Investitionen geltend machen können, können diese Unternehmen auch neue Rechte erlangen und so die Regeln und Gesetze der Europäischen Union und der EU-Mitgliedstaaten mithilfe des Investitionsgerichtssystems unterlaufen. (9)

Text JID: "In order to ensure that Tribunals in all circumstances respect the intent of the Parties as set out in the Agreement, CETA includes provisions that allow Parties to issue

binding notes of interpretation. Canada and the European Union and its Member States are committed to using these provisions to avoid and correct any misinterpretation of CETA by Tribunals.”

Besagte “bindende Auslegungen” sind nur gültig sofern sie vor dem Eintritt einer legalen Maßnahme oder Verordnung getroffen wurden – selbst die Zeitspanne zwischen der Verabschiedung und des effektiven Inkrafttretens ist ausgenommen. Dies bedeutet dass solche Interpretationen nur formuliert werden können im Gegenzug zu einem ungewollten Schiedsspruch, dem beide Parteien nicht wiederholt ausgesetzt sein wollen; Entschädigungen müssen jedoch immer noch auf der Grundlage der ursprünglichen Forderung gezahlt werden.

Das Nordamerikanische Freihandelsabkommen, das jahrzehntelang eine solche Bestimmung beinhaltet hat, hat uns gelehrt, dass diese Bestimmung keine nennenswerte Wirkung ausübt. In der Geschichte NAFTA`s wurden nur zweimal bindende Auslegungen geltend gemacht und dies nur mit mäßigem Erfolg. Zudem genießen Staaten und Regierungen ohnehin bereits das Recht, zwingende Abkommensauslegungen zu fixieren gemäß Artikel 31 und 32 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge, dies ist also keine Neuerung im CETA-Abkommen. Und schließlich hat die Erfahrung mit NAFTA auch aufgezeigt, dass Schiedsrichter immer wieder ignoriert haben, was die Vertragsparteien eigentlich mit ihren Interpretationen beabsichtigten – es wäre naiv zu glauben, die EU werde eine bessere Behandlung erfahren.

Text JID: “CETA moves decisively away from the traditional approach of investment dispute resolution and establishes independent, impartial and permanent investment tribunals. ”

Das CETA-Abkommen verhindert dass Investoren die Möglichkeit haben, Schiedsrichter zu nennen, jedoch sichert die Vorlage nicht die Unabhängigkeit der Mitglieder des Schiedsgerichtes, sie eliminiert nicht die finanziellen Anreize und beugt auch nicht der Voreingenommenheit der Richter zugunsten der Investoren vor. Das Investorenstreitschlichtungsverfahren, wie CETA es vorsieht, ist und bleibt ein asymmetrisches System, das nur Investoren erlaubt, Klagen gegen Staaten einzureichen. Außerdem sind es immer noch die Parteien, die den Richterlohn sowie die bei jedem Gerichtsverfahren anfallenden Tribunalkosten übernehmen und es gibt weiterhin keine Obergrenze bei den Verdienstmöglichkeiten der Mitglieder des Tribunals. Der finanzielle Anreiz, zugunsten der Investoren Recht zu sprechen, um so zu sichern, dass diese auch noch in Zukunft an das System glauben und immer neue Prozesse in die Wege leiten, besteht demnach auch weiter.

Text JID: “The members of these Tribunal will be individuals qualified for judicial office in their respective countries, and these will be appointed by the European Union and Canada for a fixed term. Cases will be heard by three randomly selected members.”

Die Tatsache, dass die Mitglieder des Tribunals als “für das Richteramt geeignet” gelten bedeutet nicht, dass die ernannten Richter, die im Rahmen von CETA Gerichtsverfahren schlichten, auch den fundamentalen Bestimmungen, die die Unabhängigkeit von Richtern in nationalen Rechtssystemen sichern, gerecht werden. Laut Deutschlands größter Vereinigung von Richtern und Staatsanwälten (die 15.000 Mitglieder zählt) erfüllen weder das vorgeschlagene Auswahlverfahren der ICS-Richter noch deren Position die internationalen Bedingungen, die allgemein die Unabhängigkeit von Gerichten festlegen.

Text JID: “Strict ethical rules for these individuals have been set to ensure their independence and impartiality, the absence of conflict of interest, bias or appearance of bias.”

Die vorgeschlagenen ethischen Voraussetzungen sind mit Mängeln behaftet, es gibt auch keine Pausenzeit, weder vor noch nach dem Dienst als Schiedsrichter. Außerdem besteht kein ausdrückliches Verbot sich anderen Fällen als Schiedsrichter zu widmen, was zu potentiellen Interessenkonflikten führen kann. Die einzige Einschränkung besteht darin, dass CETA-Schiedsrichter nicht einer Strafverteidigung zeitgleich mit ihrer Richtertätigkeit nachgehen dürfen.

Text JID: The European Union and its Member States and Canada have agreed to begin immediately further work on a code of conduct to further ensure the impartiality of the members of the Tribunals, on the method and level of their remuneration and the process for their selection. The common aim is to conclude the work by the entry into force of CETA.

Solange es die Parteien sind, die die Mitglieder des Tribunals von Fall zu Fall entlohnen, ist die richterliche Unparteilichkeit nicht gewährt. Auf jeden Fall handelt es sich hier eher um ein reines Zeichen des Entgegenkommens in der Zukunft als um eine detaillierte Auslegung des vorliegenden Textes.

Text JID: CETA is the first agreement to include an Appeal mechanism that will allow the correction of errors and ensure the consistency of the decisions of the Tribunal of first instance.

Dies kann eventuell dazu beitragen, kohärentere Urteile zu fällen, was jedoch auch bedeutet, dass es kohärentere Urteile zugunsten der Investoren sein können. Die Mitglieder des Revisionsgerichtes werden eine Entscheidung treffen, die auf den gleichen im Text verankerten umfangreichen Investorenrechte beruht. Die Existenz eines Revisionsverfahrens löst demzufolge keines der oben angeführten grundsätzlichen Probleme.

Text JID: "Canada and the European Union and its Member States are committed to monitoring the operation of all these investment rules, to addressing in a timely manner any shortcomings that may emerge and to exploring ways in which to continually improve their operation over time. Therefore, CETA represents an important and radical change in investment rules and dispute resolution. It lays the basis for a multilateral effort to develop further this new approach to investment dispute resolution into a Multilateral Investment Court."

CETA ist weit davon entfernt eine wirkliche Neuerung zum bestehenden System der Investor- Staat-Streitschlichtung (ISDS) zu bringen. Im Rahmen von CETA sowie der vorliegenden Auslegungserklärung:

- können Investoren immer noch die öffentlichen Rechtsvorschriften anfechten,
- ist es Investoren immer noch erlaubt das nationale Recht zu umgehen und von dem Sonderrecht auf ein paralleles Justizsystem zu profitieren,
- können profitieriger Anwälte immer noch bei öffentlichen Angelegenheiten mitentscheiden.

Wenn die Europäische Union und Kanada ihre Versprechen bezüglich Bürger- und Umweltschutz ernst meinen, dann ziehen sie ein für alle mal einen Schlussstrich unter das Kapitel "Investitions-Schiedsgerichte" und beginnen damit sämtliche Investorenschutzmaßnahmen aus dem CETA-Freihandelsabkommen zu streichen.

1 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

2 <https://www.tni.org/en/publication/ceta-trading-away-democracy-2016-version>

3 <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-buitenlandse-zaken/documenten/publicaties/2016/10/11/ceta-verklaring>

4 <http://canadians.org/sites/default/files/CETA%2520Opinion%2520Final%2520%252800918287%2529.pdf>

5 <http://canadians.org/sites/default/files/Addendum%20to%20CETA%20Opinion%20Final%20%2800919470%29.pdf>

6 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

7 <https://www.tni.org/en/publication/investment-court-system-put-to-the-test>

8 <https://www.tni.org/en/publication/investment-court-system-put-to-the-test>

9 <http://www.citizen.org/documents/EU-ISDS-liability.pdf>

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2149207 and

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2721920