

Elisabeth Beer* und Susanne Wixforth**

Post-Singapur-Architektur der Europäischen Handelspolitik

CETA und TTIP sind Synonyme für Globalisierungskritik, ungerechtfertigte Investorenprivilegien und Bedrohung von Umwelt- und ArbeitnehmerInnenschutz. Das EU-Handelsabkommen mit Singapur hat die EU-Kommission hingegen praktisch unbemerkt von der Öffentlichkeit 2015 weitgehend abgeschlossen. Erst zwei Jahre später rückt dieses Abkommen in die öffentliche Wahrnehmung. Warum? Weil der Europäische Gerichtshof ein Gutachten darüber erstellt hat, welche Sachbereiche ausschließlich in die handelspolitische Kompetenz der Europäischen Union (EU-only) fällt. Bei diesen haben die nationalen Parlamente künftig keine Mitwirkungsrechte.

EU-KOMMISSION ERSUCHT EUGH UM KLÄRUNG IM KOMPETENZSTREIT

Das 2015 weitgehend ausverhandelte Handels- und Investitionsabkommen mit Singapur (EUSFTA) ist das erste der *neuen Generation*, nämlich ein sog. umfassendes Handelsabkommen, das ergänzend zu den traditionellen Bestimmungen von Abbau von Zöllen und nichttarifären Hemmnissen für Waren- und Dienstleistungshandel auch neue handelsrelevante Bestimmungen enthält. Darunter fallen Bereiche wie geistiges Eigentum, Investitionen, öffentliche Beschaffung, Wettbewerb und regulative Kooperation. Damit ist erstmals ein Investitionskapitel, das neben dem Marktzugang auch Investitionsschutzklauseln und Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen (ISDS) vorsieht, integraler Bestandteil von Freihandelsabkommen (FHA)¹. Diese Neuerung ist auf den Vertrag von Lissabon zurückzuführen. Mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV) und dem EU-Vertrag (EU-V) erfolgte eine Ausweitung des Bereichs der gemeinsamen Handelspolitik (Art 207 AEUV und Art 21 EUV).

Der Investitionsschutz löste von Anbeginn einen Kompetenzstreit zwischen den Mitgliedstaaten und der EU aus, der bei EUSFTA eine rechtliche Klärung erfuhr. Das EU-Parlament und die EU-Kommission vertraten dazu die Meinung, dass das Investitionskapitel in die ausschließliche Zuständigkeit der Union falle. Der Rat und alle Mitgliedstaaten waren hingegen der Über-

zeugung, dass EUSFTA ein gemischtes Abkommen sei. Zum einem, weil einige Bestimmungen wie u.a. Verkehr, Umweltschutz, sozialer Schutz und geistiges Eigentum nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen würden. Zum anderen reklamierten sie die alleinige Zuständigkeit für jene ausländischen Investitionen, die nicht Direktinvestitionen sind.²

Am 10. Juli 2015 ersuchte die EU-Kommission den Europäischen Gerichtshof (EuGH) um ein Gutachten zur Klärung dieser Kompetenzstreitigkeiten. Die Fragestellung lautete: »*Verfügt die Europäische Union über die erforderliche Zuständigkeit, um das Freihandelsabkommen mit Singapur allein zu unterzeichnen und abzuschließen? Welche Bestimmungen des Abkommens fallen in die ausschließliche Zuständigkeit der Union, welche in die geteilte Zuständigkeit und welche in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten?*«

DER EUGH GIBT DEN MITGLIEDSTAATEN NUR IN IHREM ZENTRALEN ANLIEGEN RECHT

Der EuGH kommt in seinem Gutachten vom 16. Mai 2017 (Curia 2017) zu dem Ergebnis, dass EUSFTA in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fällt, mit Ausnahme von zwei Bestimmungen. Zum einem ist es jene betreffend Investitionsschutz, denn »andere ausländische Investitionen« als Direktinvestitionen (gemeint sind Portfolioinvestitionen) fallen in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.³ Aus dem AEUV gehe eindeu-

* Elisabeth Beer ist Referentin in der Abteilung EU & Internationales der AK Wien.

** Susanne Wixforth ist Referatsleiterin Abteilung Internationale und Europäische Gewerkschaftspolitik beim Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB).

¹ Mit dem Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft trat, wurde die gemeinsame Handelspolitik um neue Kompetenzen erweitert. Siehe hierzu Art. 206 und Art. 207 AEUV.

² Der Begriff Investitionen wird in Direktinvestitionen (InvestorIn beteiligt sich tatsächlich an der Verwaltung oder Kontrolle eines Unternehmens) und Portfolioinvestitionen (InvestorIn beteiligt sich vorübergehend an einem Unternehmen und ist vorrangig am finanziellen Ertrag interessiert) unterteilt.

³ In der Auslegung des Begriffs »Direktinvestitionen« hat sich der EuGH auf seine Definition in der RiLi 88/361 des Rates zur Durchführung von Art 67 EWG-Vertrag gestützt.

tig hervor, dass andere ausländische Investitionen als Direktinvestitionen nicht in die gemeinsame Handelspolitik aufgenommen wurden, woraus sich ein mitgliedstaatliches Mitwirkungsrecht ableitet. Zum anderem fällt auch das Kapitel zur Streitbeilegung zwischen Investoren und Staaten in die gemeinsame Zuständigkeit. Der EuGH vertritt die Ansicht, dass Regelungen, die den Mitgliedstaaten ihre gerichtliche Zuständigkeit entziehen, nicht ohne deren Einverständnis eingeführt werden können. Das im Investitionsschutzkapitel vorgesehene Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren sieht vor, dass im Fall von Streitigkeiten der Investor die Rechtsmittel wählen kann. Er hat die Möglichkeit, vor einem innerstaatlichen Gericht zu klagen oder aber ein Sonderschiedsgericht (Investment Court System) anzurufen. Um Parallelklagen zu vermeiden⁴, hat der Investor bei Anrufung eines Schiedsgerichts die Klage vor dem nationalen Gericht fallen zu lassen. Der Mitgliedstaat wiederum kann sich der Einleitung eines Schiedsverfahrens nicht widersetzen. Daher wird ihm die gerichtliche Zuständigkeit entzogen. Damit greift diese Bestimmung in seine Souveränität ein, weshalb der EuGH die alleinige Kompetenz der EU-Kommission verneint.

EIN PYRRHUSSIEG?

Auch wenn die Kompetenzabgrenzung nur in Form eines Gutachtens und nicht durch ein Urteil erfolgte, das sich explizit auf EUSFTA bezieht, ist es für die normative Einhegung der Handelspolitik in der Europäischen Union und für die Mitwirkungsrechte der nationalen Parlamente von großer Bedeutung. Das Gutachten legt Art. 207 Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV) aus, in dem die Grundsätze der gemeinsamen Handelspolitik festgelegt sind. Es erzeugt insofern Rechtskraft, als der EuGH klarstellt, wie er in zukünftigen Gerichtsverfahren Kompetenzstreitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten und Europäischen Institutionen auslegen wird. Damit ist die Rechtswirkung des Gutachtens vergleichbar mit der des Vorabentscheidungsverfahrens, bei dem dem EuGH die Kompetenz zur verbindlichen Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts zukommt. Beides führt zur faktischen Außerkraftsetzung von Rechtsakten, wenn sich aus der Rechtsauslegung des EuGH deren Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht ergibt.

EUSFTA ist demnach wegen des Investitionsschutzes ein gemischtes Abkommen und daher nicht nur von den europäischen Institutionen zu verabschieden, sondern auch von den nationalen Parlamenten zu ratifizieren. Hiermit wurde ein handelspolitisches Mitspracherecht für die Mitgliedstaaten und ihre nationalen Parlamente begründet, das bisher allein vom Ermessen der EU-Kommission abhing. Das politische Tauziehen im

Vorfeld der Unterzeichnung von CETA im Oktober 2016 hat die Notwendigkeit einer Kompetenzklärung aufgezeigt (vgl. Beer 2016, S. 10 ff.). Somit kann argumentiert werden, dass das Gutachten die Rolle der nationalen Parlamente gegenüber der EU-Kommission stärkt und die Transparenz erhöht.

Da aber gleichzeitig sämtliche nicht investitionschutzrelevanten Bereiche als alleinige EU-Kompetenz erklärt wurden, bedeutet dieser Kompetenzgewinn auf EU-Ebene gleichzeitig eine regulatorische Einschränkung der Mitgliedstaaten bei Nachhaltigkeitskriterien. Dies hält der EuGH in seinem Gutachten ausdrücklich fest: »Es wäre inkonsequent und kontraproduktiv, den Standpunkt einzunehmen, dass zwar Liberalisierungsbestimmungen unter die gemeinsame Handelspolitik fallen, die Bestimmungen zur Wahrung einer nachhaltigen Entwicklung dieses Handels aber nicht.« Die Liberalisierung des Handelsverkehrs wird zwar davon abhängig gemacht, dass die Vertragsparteien ihre internationalen Verpflichtungen in den Bereichen des sozialen Schutzes von ArbeitnehmerInnen beachten.⁵ Allerdings enthalten die FHA der Europäischen Union keine Sanktionsmechanismen, wie sie beispielsweise die USA und Kanada in ihren FHA vorsehen.

Der EuGH gibt damit der Europäischen Union – bis auf den Investitionsschutz – die gewünschte EU-only-Kompetenz in allen Sachbereichen (z.B. geistiges Eigentum, Beschaffungspolitik, Verkehr). Diese sehr weitreichende Entscheidung wurde bislang kaum kritisch kommentiert. Zu diskutieren ist, wie die Bereiche, die künftig in die alleinige Kompetenz der EU fallen, demokratiepolitisch eingefangen werden können, wenn die mitgliedstaatliche Rückkoppelung in die Parlamente nicht unmittelbar erforderlich ist, gleichzeitig aber der Eingriff in ihrer Regulierungskompetenz keiner Überprüfung zugänglich ist.

Die handelspolitisch kritische Szene hat sich mit dem EuGH-Gutachten in ihrer Kritik an den privilegierten InvestorInnenrechten bestätigt gefühlt. Doch wurden bislang nur die Themenzuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten geklärt. Die inhaltliche Kritik an der Sonderschiedsgerichtsbarkeit hat das Gutachten nicht behandelt. Ein grundsätzliches Urteil, ob die Schiedsgerichtsbarkeit mit dem Unionsrecht vereinbar ist oder aber die Autonomie des Unionsrechts einschränkt wird, ist nach wie vor anhängig (vgl. Wirtschaftskammer Österreich 2016).

OPTIONEN FÜR DIE KÜNFTIGE GEMEINSAME HANDELSPOLITIK

Die rechtliche Kompetenzabklärung ist ein wichtiges Präjudiz für alle weiteren in der Pipeline befindlichen Handels- und Investitionsabkommen. Abkommen mit Japan, Myanmar, Indonesien und China sind weit fortgeschritten; die EU steht auch mit Mexiko, Chile, Tunesien und etlichen anderen mehr in Verhandlungen.

⁴ Der aktuelle Fall »Vattenfall«, wo der schwedische Energiekonzern Deutschland wegen des Atomausstiegsgesetz sowohl über das private Ad-hoc-Schiedsgericht ICSID als auch vor dem Verfassungsgericht verklagt, soll bei EUSFTA nicht mehr möglich sein.

⁵ Rn 163 und 166 des Gutachtens.

EU-Kommissionspräsident Juncker betont in seiner Rede zur Lage der Union, dass er Handelsabkommen mit Australien und Neuseeland noch in seiner Amtszeit (bis 2019) abschließen möchte (vgl. Europäische Kommission 2017a). Das Gutachten des EuGH gilt als Rückschlag für die EU-Kommission und das EU-Parlament, da beide dafür eingetreten waren, dass lediglich das EU-Parlament und der Europäische Rat bei Handels- und Investitionsabkommen Mitentscheidungsrechte hätten. Im Hinblick auf das zunehmende Auseinanderdriften der europäischen Mitgliedstaaten und den immer kleiner werdenden gemeinsamen Nenner kann davon ausgegangen werden, dass die europäische Handelspolitik durch langwierige Ratifizierungsverfahren in 28 Mitgliedstaaten lahmgelegt wird.

Wie die Diskussion rund um die Unterzeichnung von CETA im Herbst 2016 zeigte, haben die Mitgliedstaaten die größten Vorbehalte beim Investitionsschutz. Nicht nur die Veto-Drohung des wallonischen Parlaments, sondern auch zahlreiche einseitigen Erklärungen anderer Mitgliedstaaten waren ein Ausdruck dafür (vgl. Beer 2016, S. 11 ff.). Die kritische Positionierung etlicher nationaler Parlamente⁶ war ausschlaggebend dafür, dass das Investitionsschutzkapitel von CETA nicht »vorläufig in Kraft« treten kann, sondern dieser Teil erst durch 28 Parlamente ratifiziert werden muss.

Für die meisten Mitgliedstaaten ist die jetzige Situation aber nicht befriedigend. Offensichtlich nehmen die Regierungen im Europäischen Rat bei der Formulierung der handelspolitischen Zielsetzungen der FHA einen anderen Standpunkt als die nationalen Parlamente ein. Durch die im AEUV festgelegte intransparente Verfahrensordnung mit sehr schwacher, indirekter demokratischer Legitimation ist der Abschluss von FHA weitgehend Angelegenheit der Exekutive. Die verstärkte parlamentarische Mitwirkung wird es auch in Zukunft nur bei den zwei vom EuGH behandelten Punkten geben. In allen anderen Bereichen werden die im Europäischen Rat formierten RegierungsvertreterInnen und die EU-Kommission mit dem Instrument der vorläufigen Anwendung nach Art 218 Abs 5 AEUV weiterhin ohne parlamentarische Mitwirkung arbeiten. Bei Protesten von KritikerInnen können sich dann die nationalen Regierungen wiederum bequem auf »die EU« berufen bzw. sich mit dem Feigenblatt zusätzlicher Bedingungen und Vorbehalte in ihren Erklärungen im Verhandlungsprozess bedecken.

Theoretisch würde bereits das Nein eines nationalen Parlaments genügen, um ein Freihandelsprojekt zu stoppen. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein nationales oder regionales Parlament in Europa ein Veto einlegt, ist aus heutiger Sicht relativ groß. Doch wird ein Veto kaum die europäische Handelspolitik gefährden, denn bereits jetzt werden die Abkommen vor Ratifizierung »vorläufig in Kraft« gesetzt. Dies ist nicht nur bei CETA der Fall, das bereits am 21. September 2017 in Kraft trat, sondern auch beim EU-Kolumbien-FHA, das seit 2013

anwendbar ist und bis heute angesichts strittiger Menschenrechtsfragen nicht vom österreichischen Parlament ratifiziert wurde.

SIND DAUERPROVISORIEN DENKBAR?

Kann aber die Union ihre Handelspolitik nur auf Abkommen aufbauen, die lediglich »vorläufig in Kraft« sind? Zwar kann nach dem Völkerrecht die vorläufige Anwendung laut Art 25 Wiener Vertragsrechtskonvention unbefristet vorgesehen werden. Sie bewirkt das Frustrationsverbot, das heißt, die Vertragspartner dürfen nichts tun, was gegen »Ziel und Zweck« des Vertrages verstößt und was sein Inkrafttreten verhindern könnte. Allerdings hat das Völkergewohnheitsrecht zur Frage der Dauer der vorläufigen Anwendung folgende Bedingungen entwickelt:

- Die vorläufige Anwendung erfordert eine besondere Dringlichkeit, die ein Zuwarten bis zur Ratifizierung nicht gestattet;
- sie ist auf kurze Geltungsdauer angelegt;
- sie muss jederzeit zu beenden sein, um unerwünschte Nebenfolgen kontrollieren zu können;
- sie zeigt keine irreversiblen Folgen.

Damit entspricht die EU-Praxis der unbefristeten vorläufigen Anwendung nicht dem Völkerrechtsmodell. Auch ist ein Provisorium wohl kaum ein geeignetes Fundament für eine nachhaltige Außenhandelsstrategie.

DIE NEUE ARCHITEKTUR DER EUROPÄISCHEN HANDELS- UND INVESTITIONSPOLITIK

Das Europäische Parlament und die EU-Kommission diskutieren, welche Möglichkeiten der EU bleiben, den eingeschlagenen Pfad – so schnell wie möglich möglichst viele bilaterale FHA abzuschließen – beibehalten zu können. EU-only-Abkommen wären hierzu am besten geeignet. Und dem steht nur das Investitionsschutzkapitel einschließlich dem Streitschlichtungsmechanismus im Weg.

Daher ist es aus EU-Sicht sinnvoll, Freihandelsabkommen und Investitionsschutzabkommen getrennt in separaten Abkommen zu verhandeln. Eine solche Teilung entspräche der Kompetenzaufteilung des EuGH-Gutachtens. Der Freihandelsteil könnte als EU-only-Abkommen unabhängig vom Investitionsteil in Kraft treten. Wobei nationale Parlamente keine Mitwirkungsrechte haben. Investitionsschutzabkommen wiederum wären gemischte Abkommen und müssen von den nationalen Parlamenten ratifiziert werden. Schon bisher waren bilaterale Investitionsschutzabkommen (BITs) eigenständige Völkerrechtsverträge. Es gibt über 3 000 solcher BITs.

Dieser Logik folgend, hat am 13. September 2017 Präsident Juncker in seiner Rede zur Lage der Union das »Splitten«, also eine Teilung, vorgeschlagen (vgl. Europäische Kommission 2017a). In den veröffentlich-

⁶ Polen, Niederlande, Österreich, Deutschland, Frankreich, Slowenien, Ungarn, um nur einige zu nennen.

ten Mandatsentwürfen für Handelsabkommen der EU mit Australien (vgl. Europäische Kommission 2017b) und Neuseeland wurde der Investitionsschutz bereits ausgespart. Auch könnten so die Verhandlungen mit Japan über ein FHA zu einem Abschluss gebracht werden, ist doch Japan – neben den USA – der vehementeste Kritiker des reformierten Streitschlichtungsverfahrens »Investment Court System«. Die EU-Kommission will diese neue Architektur in den kommenden Monaten im Ministerrat und EU-Parlament diskutieren und absegnen lassen.

DISKUSSIONSBEDARF ZUR NEUEN EU-HANDELS-POLITIK BLEIBT

Die privilegierten Klagerechte für Konzerne in Kombination mit der Ausweitung des Inhaltes der Handelsabkommen auf Bereiche, die zuvor der nationalen Regulierung vorbehalten waren, sind Themen, die anschaulich transportiert werden können. Investitionsschutz war bei der umfassenden Debatte zu CETA Auslöser für die öffentliche Debatte weiterer diskussionsbedürftiger Themen. Beispielhaft seien der Dienstleistungshandel und die »Regulatorische Kooperation« angeführt, bei der nicht näher bestimmte ExpertInnen in transnationalen Gremien über bestehende oder geplante Regulierungen und Gesetzesvorhaben informieren und beraten, noch bevor Parlamente davon Kenntnis haben.

Die EU-Kommission hat eine neue Transparenzinitiative (Veröffentlichen von Verhandlungsmandatsentwürfen, Protokolle von ExpertInnengruppen) angekündigt, um der absehbaren Kritik zuvorzukommen, dass wesentliche Regulierungsfragen, insbesondere nationale Schutzvorschriften betreffend Umwelt, KonsumentInnen und Beschäftigte, autokratisch entschie-

den werden. Das ist aber keine adäquate Antwort auf die demokratiepolitischen Bedenken, dass künftig die nationalen Parlamente Handelsabkommen nicht mehr ratifizieren, sondern nur mittelbar über ihre jeweiligen Regierungen mitbestimmen. Auch fehlt ein korrigierender Ausgleich in Form von Sanktionen bei Verletzung des Nachhaltigkeitskapitels, die in den FHA der neuen Generation enthalten sind.

Demokratiedefizit und fehlende Sanktionsmechanismen können durch eine Transparenzoffensive nicht wettgemacht werden, insbesondere weil die Veröffentlichung von Konvoluten technokratischer, schwer verständlicher Dokumente eine kritische Debatte unter Beiziehung von ExpertInnen, Sozialpartnern und Zivilgesellschaft nicht ersetzen kann.

LITERATUR

Beer, E. (2016), »Das Gezeter um CETA und was dabei für den Investitionsschutz herausgekommen ist«, *infobrief EU&Internationales* (5), verfügbar unter: https://emedien.arbeiterkammer.at/viewer/image/AC05712646_2016_5/1/#topDocAnchor, aufgerufen am 10. Oktober 2017.

Curia (2017), *Gutachten 2/15 des Gerichtshofs*, 16. Mai, verfügbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>, aufgerufen am 10. Oktober 2017

Europäische Kommission (2017a), »President Jean-Claude Juncker's State of the Union Address 2017«, 13. September, verfügbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_en.htm, aufgerufen am 4. Oktober 2017.

Europäische Kommission (2017b), *Empfehlung für einen Beschluss des Rates über die Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen über ein Freihandelsabkommen mit Australien*, 13. September, verfügbar unter: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/DE/COM-2017-472-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF>; aufgerufen am 4. Oktober 2017.

Wirtschaftskammer Österreich (2017), *Die EU-Woche im Überblick*, EU-Panorama, 9. September, verfügbar unter: <https://news.wko.at/news/oesterreich/EU-Panorama-vom-8.-September-2017.pdf>, aufgerufen am 5. Oktober 2017.