

## **Kurzbewertung der Gemeinsamen Auslegungserklärung zum CETA insbesondere mit Blick auf den Investitionsschutz**

### **I. Grundlagen**

1. Kanada, die EU und ihre Mitgliedstaaten planen, anlässlich der Unterzeichnung des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) eine gemeinsame Auslegungserklärung abzugeben.<sup>1</sup> Ziel dieser Erklärung ist „eine klare und eindeutige Aussage zum Gegenstand der Einigung (...), die Kanada und die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten bei verschiedenen Bestimmungen des CETA, die Gegenstand öffentlicher Debatten und Bedenken waren, erzielt haben.“<sup>2</sup> Dazu zählen die Vertragsparteien insbesondere die Auswirkungen des CETA auf die Fähigkeit der Regierungen, im öffentlichen Interesse regelnd tätig zu werden, sowie die Bestimmungen über Investitionsschutz und Streitbeilegung sowie über nachhaltige Entwicklung, Arbeitnehmerrechte und Umweltschutz.

2. Die Erklärung stellt völkerrechtlich eine verbindliche Interpretationserklärung, die bei der systematischen Auslegung des CETA gem. Art. 31 Abs. 2 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) als Zusammenhang der Bestimmungen des CETA zu berücksichtigen ist. Darauf stellt auch der Rat in einem ergänzenden Dokument ausdrücklich ab.<sup>3</sup> Der Wortlaut der Erklärung erwähnt ebenfalls Art. 31 WVK. Da die WVK für die EU nicht unmittelbar gilt, ist auf den inhaltsgleichen Grundsatz des Völkergewohnheitsrechts abzustellen. Bei der Interpretation des CETA ist die Erklärung daher heranzuziehen und das Abkommen in diesem Licht auszulegen. Das gilt auch für die Anwendung des CETA durch das einzurichtende Investitionsgericht nach Kapitel 8 CETA. Eine Auslegung einer Bestimmung des Abkommens, die gegen die Auslegungserklärung verstößt, wäre grundsätzlich unzulässig.

3. Interpretationserklärungen sind jedoch nur eine unter mehreren Auslegungsquellen. Bei der Auslegung sind gem. Art. 31 Abs. 1 WVK insbesondere der Wortlaut sowie Sinn und Zweck des Abkommens zu berücksichtigen. Die Gemeinsame Auslegungserklärung kann sich nicht ohne weiteres gegen einen anderslautenden Wortlaut durchsetzen. Es wäre ebenso denkbar, dass ein Auslegungsorgan, wie das CETA-Investitionsgericht, die Auslegungserklärung gegenüber einer an Sinn und Zweck des CETA orientierten Auslegung zurücktreten lässt, insbesondere, wenn aus Sicht des Auslegungsorgans ein echter oder vermeintlicher Konflikt zwischen der Auslegungserklärung und dem Sinn und Zweck des Abkommens besteht.

---

<sup>1</sup> Rat der EU, Gemeinsame Auslegungserklärung zum Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, 13. Oktober 2016, 12865/1/16.

<sup>2</sup> Ebenda, S. 3.

<sup>3</sup> Rat der EU, Vorbereitung der Tagung des Rates (Auswärtige Angelegenheiten/Handel) am 18. Oktober 2016, 9. Oktober 2016, 12853/16, Abs. 4.

4. Die Gemeinsame Interpretationserklärung ist keine völkerrechtliche Vereinbarung, die als Protokoll oder Anhang in das Abkommen inkorporiert wird. Sie ist insbesondere auch keine neben dem CETA stehende selbständige Übereinkunft. Daher führt die Erklärung auch zu keiner Änderung oder Ergänzung bestehender Vorschriften, sondern greift jeweils nur auf der Grundlage einer bestimmten CETA-Vorschrift, die dann ausgelegt werden muss. Aus diesem Grund kann durch die Gemeinsame Interpretationserklärung auch keine Änderung einzelner Vorschriften oder Vertragsinhalte herbeigeführt werden.<sup>4</sup>

5. Die im Vorfeld der Unterzeichnung des CETA von politischen, zivilgesellschaftlichen und gewerkschaftlichen Akteuren vorgeschlagene Einführung eines verbindlichen Streitschlichtungsmechanismus für das Kapitel zu Handel und Arbeitsschutz<sup>5</sup> oder die Nichtanwendung der Investitionsschutzstandards der gerechten und billigen Behandlung ist daher durch eine Interpretationserklärung von vorneherein nicht zu erreichen.

6. Die Gemeinsame Auslegungserklärung beschränkt sich nicht auf die Auslegung unklarer Rechtsbegriffe, sondern enthält eine Vielzahl erklärender oder politischer Hinweise<sup>6</sup>, die ersichtlich nicht auf eine Interpretation von Rechtsbegriffen gerichtet ist. Daher ist der für die Auslegung von Vertragsvorschriften relevante Inhalt zunächst herauszuarbeiten. Dies wird dadurch erschwert, dass sich die Auslegungserklärung nicht auf konkrete Vorschriften und Rechtsbegriffe bezieht, sondern teilweise sehr allgemeine Zielvorgaben enthält, so dass die Auslegungserklärung selbst ausgelegt werden muss. Teilweise enthält die Erklärung sogar Formulierungen, die eher umgangssprachlichen Art sind.<sup>7</sup>

## II. Investitionsschutz

7. Zum Investitionsschutz führt die Erklärung zunächst aus, dass „Regierungen weiterhin das Recht haben, im öffentlichen Interesse regelnd tätig zu werden, auch wenn sich diese Regelungen auf eine ausländische Investition auswirken“.<sup>8</sup> Damit wird im Wesentlichen der Wortlaut des Art. 8.9 Abs. 1 CETA wiederholt, der jedoch seinerseits auch nur auf das – durch ein Investitionsschutzabkommen in keiner Weise einschränkbare – *Recht* zu regulieren abstellt und nicht auf die tatsächlichen *Regelungsmöglichkeiten* angesichts potentieller Schadensersatzklagen.<sup>9</sup> Die Bekräftigung des Rechts der Vertragsparteien regelnd tätig zu werden, ändert nichts an der Tatsache, dass die konkret ergriffenen Maßnahmen und Gesetze an den Bestimmungen zum Investitionsschutz zu messen sind und damit Verstöße gegen diese darstellen können.

8. Weiterhin wird darauf verwiesen, dass CETA die Anrufung der mit dem Abkommen eingerichteten Investitionsgerichtsbarkeit nicht in dem Sinne privilegiert, dass Investoren sich nicht auch entscheiden könnten, Rechtsschutz vor inländischen Gerichten zu suchen. Auch das ist

---

<sup>4</sup> So auch Steven Shrybman, CETA: The Effect of an Interpretative Declaration by Canada and EU Commission (An opinion prepared for the Council of Canadians), 5 October 2016, <http://canadians.org/sites/default/files/CETA%2520Opinion%2520Final%2520%252800918287%2529.pdf>, S. 2.

<sup>5</sup> Textvorschläge in Markus Krajewski / Rhea Hoffmann, Alternative Model for a Sustainable Development Chapter and related provisions in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), unter [http://reinhardbuetikofer.eu/wp-content/uploads/2016/08/Model-SD-Chapter-TTIP-Second-Draft-July\\_final.pdf](http://reinhardbuetikofer.eu/wp-content/uploads/2016/08/Model-SD-Chapter-TTIP-Second-Draft-July_final.pdf).

<sup>6</sup> So z. B. die allgemeine Vorbemerkung der Erklärung (o. Fn. 1) auf S. 2.

<sup>7</sup> So heißt es auf S. 4 der Erklärung (o. Fn. 1), dass „die Regierungen [sic!] ihre Gesetze ändern dürfen“, was weder in den EU-Mitgliedsstaaten noch in Kanada möglich ist.

<sup>8</sup> Ähnlich auch die Formulierung der Erklärung (o. Fn. 1) auf S. 5 oben.

<sup>9</sup> Gus Van Harten, The EU-Canada Joint Interpretive Declaration on the CETA, Osgoode Legal Studies Research Paper No. 6/2017, <https://ssrn.com/abstract=2850281>, S. 1.

keine Interpretation einer unklaren Norm, da sich die Möglichkeit, anstelle des Investorenschutzes auch nationalen Rechtsschutz zu begehren, im Umkehrschluss aus Art. 8.22 Abs. 1 lit. f) und g) CETA ergibt. Schließlich sind auch die weiteren Erklärungen zum Investitionsschutz überwiegend Wiedergaben des Vertragsinhalts oder politische Bewertungen desselben.<sup>10</sup>

9. Aufhorchen lässt dagegen diese Formulierung: „Das CETA wird nicht dazu führen, dass ausländische gegenüber einheimischen Investoren begünstigt werden.“<sup>11</sup>

a) Dieser Hinweis könnte einerseits als reine Feststellung der tatsächlichen Wirkungen des Abkommens verstanden werden. In diesem Sinne hatte sich bereits Stephan Schill in einem Gutachten für das Bundeswirtschaftsministerium geäußert, in dem er festhielt, dass die materiellen Standards des CETA nicht über den verfassungsrechtlichen Schutz des Eigentums hinausgingen.<sup>12</sup> Dann hätte diese Aussage lediglich eine erklärende und feststellende Bedeutung.

b) Andererseits könnte die Formulierung allerdings auch so verstanden werden, dass damit die materiellen Schutzstandards im Investitionsschutzkapitel des CETA auf keinen Fall über das Niveau hinausgehen dürfen, das auch Inländern zukommt. Dann wäre der Investitionsschutz im CETA faktisch auf das Niveau der Inländerbehandlung festgelegt. Dadurch wäre gleichsam durch eine Interpretationserklärung eine von KritikerInnen immer wieder geforderte Beschränkung des Investitionsschutzes auf die Inländergleichbehandlung eingeführt worden.<sup>13</sup> Es erscheint jedoch wenig wahrscheinlich, dass das tatsächlich dem Willen der Vertragsparteien entspricht, denn dann hätten sie kaum die Standards der fairen und gerechten Behandlung und der indirekten Enteignung im CETA behalten, sondern auf diese verzichtet. Ein Auslegungsorgan dürfte einer Auslegung der Formulierung im Sinne eines bloßen Schutzes auf dem Niveau der Inländerbehandlung deshalb auch nicht folgen und vielmehr annehmen, dass eine solche Interpretation mit dem übrigen Inhalt des CETA-Investitionsschutzes nicht vereinbar wäre. Indes könnte eine Vertragspartei sich in einem konkreten Rechtsstreit auf die Formulierung berufen und versuchen, sie in dem einschränkenden Sinne zu erläutern. Besonders erfolgsversprechend erscheint dies jedoch nicht.

10. Auslegungsbedürftig sind auch die Formulierungen zu Gewinnerwartungen und dem Schadensersatzumfang. Zunächst ist grundsätzlich zwischen der Frage, ob die Enttäuschung legitimer Erwartungen als Verletzung der Schutzstandards der fairen und gerechten Behandlung und der indirekten Enteignung (Art. 8.10 und 8.12 CETA) angesehen werden kann und ob erwartete Gewinne Teil des ersatzfähigen Schadens darstellen, zu trennen.

a) Zu ersterem heißt es in der Auslegungserklärung, dass in CETA klargestellt wird, dass „die Regierungen ihre Gesetze ändern dürfen, und zwar auch, wenn sich dies negativ auf eine Investition oder die Gewinnerwartungen eines Investors auswirkt.“ Damit wird die Formulierung in Anhang 8-A des CETA bestätigt, wonach „eine nachteilige Wirkung auf den wirtschaftlichen Wert einer Investition [hat], für sich genommen nicht besagt, dass eine indirekte Enteignung stattgefunden hat.“ Daraus folgt indes nicht, dass Erwartungen des Investors vollkommen unbeachtlich sind. Das lässt sich auch nicht aus der Auslegungserklärung schließen. Neben dem

---

<sup>10</sup> Dazu zählen insbesondere die Ausführungen der Erklärung (o. Fn. 1) auf S. 5 und 6. Hierzu kritisch Van Harten (Fn. 9), S. 3.

<sup>11</sup> Auslegungserklärung (Fn. 1), S. 4.

<sup>12</sup> Stephan Schill, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers (Kurzgutachten), <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>, S. 30-31.

<sup>13</sup> So auch eine Variante in BMWi, Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA, erstellt von Markus Krajewski, <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

durch CETA gewährten Schutz vor indirekten Enteignungen gilt dies auch für den Schutzstandard der fairen und gerechten Behandlung, der ebenfalls auf ein berechtigtes Vertrauen des Investors Bezug nimmt (Art. 8.10 Abs. 4 CETA).

b) Zur Frage des Entschädigungsumfanges stellt die Auslegungserklärung klar, „dass eine etwaige Entschädigung, die einem Investor zu zahlen ist, vom Gericht nach objektiven Kriterien festgelegt wird und den vom Investor erlittenen Verlust nicht übersteigen darf.“ Damit wiederholt die Erklärung den in Art. 8.39 Abs. 4 CETA niedergelegten Wortlaut. Ob ein entgangener Gewinn Teil der vom Investor erlittenen Verluste im Sinne dieser Vorschrift ist, wird jedoch weder im CETA noch in der Auslegungserklärung geklärt. Da es nach allgemeinem Völkerrecht und insbesondere der Praxis von Investitionsschiedsgerichten eher die Regel ist, nachweisbare entgangene Gewinne als Teil des Schadens zu verstehen, wäre hier eine eindeutige, auf entgangene Gewinne bezogene Formulierung in der Auslegungserklärung erforderlich gewesen, um Rechtsklarheit zu schaffen.

11. Weitere in der Vergangenheit immer wieder hervorgehobene Kritikpunkte werden von der Gemeinsamen Erklärung nicht erwähnt. Dies betrifft offene und unklare Rechtsbegriffe in der Definition der materiellen Schutzstandards, den fehlenden Vorrang des innerstaatlichen Rechtswegs oder die Abwesenheit von Investorenpflichten.<sup>14</sup> Insbesondere bei den offenen Tatbestandsmerkmalen der fairen und gerechten Behandlung und der indirekten Enteignung hätte die Interpretationserklärung verbleibende Unsicherheiten beseitigen können. Ferner kann die Auslegungserklärung noch bestehenden Bedenken bezüglich der Ausgestaltung richterlicher Unabhängigkeit im Investitionsgerichtssystem nicht entgegenwirken. Die Vertragsparteien beabsichtigen laut Auslegungserklärung, die hierfür erforderlichen Maßnahmen zum Inkrafttreten des Abkommens zu treffen.<sup>15</sup>

### **III. Ergebnis**

12. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Gemeinsame Auslegungserklärung die bisherige Kritik am CETA-Kapitel zum Investitionsschutz nicht relativiert, da für keine der umstrittenen und kritischen Punkte rechtssichere Verbesserungen oder Lösungen angeboten werden.

Erlangen, 14.10.2016

---

<sup>14</sup> Ausführlich dazu Van Harten (Fn. 9), S. 4-6.

<sup>15</sup> Auslegungserklärung (Fn. 1), S. 5.