



Ausschussdrucksache 20(9)155

10.10.2022

Prof. Dr. Steffen Hindelang
Uppsala University, Schweden

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

zum

- a) **Gesetzentwurf der Bundesregierung**

Entwurf eines Gesetzes zu dem Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits vom 30. Oktober 2016

BT-Drucksache 20/3443

- b) **Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Abschluss des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits**

KOM(2016)443 endg.; Ratsdok.-Nr. 10970/16

- c) **Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den im Namen der Europäischen Union in dem mit dem umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits eingesetzten Gemischten Ausschuss für die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen hinsichtlich der Annahme eines Beschlusses über ein Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen von Architekten zu vertretenden Standpunkt**

KOM(2022)343 endg.; Ratsdok.-Nr. 11525/22

am 12. Oktober 2022

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

des Ausschusses für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages

am Mittwoch, den 12.10.2022, 11.00-13.00 Uhr

Entwurf eines Gesetzes zu dem Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits vom 30. Oktober 2016 (BT-Drucksache 20/3443)

Insbesondere: Angestrebte Interpretationserklärung zu den Investitionsschutzbestimmungen des Kapitels 8 des CETA-Abkommens

Prof. Dr. Steffen Hindelang, LL.M.
Professor für Internationales Investitions- und Handelsrecht
an der Juristischen Fakultät der Universität Uppsala, Schweden

I. Zusammenfassung

Interpretationserklärungen im Kontext des CETA-Abkommens können grundsätzlich etwa linguistische oder teleologische Unklarheiten rechtsverbindlich für alle Vertragsparteien und auch für die durch das CETA-Abkommen eingesetzten Gerichte abschwächen oder gar ausräumen. Die Beschlussfassung obliegt nach Maßgabe des CETA-Abkommens dem Gemischten Ausschuss und erfolgt auf Empfehlung des (Sonder-)Ausschusses für Dienstleistungen und Investitionen nach Empfehlung einer Vertragspartei. Unionsrechtlich richtet sich die Beteiligung der Mitgliedstaaten in Sachen des Investitionsschutzes nach Art. 218 Abs. 9 AEUV mit der Abweichung, dass ein einzunehmender Standpunkt einvernehmlich im Rat zu beschließen ist. Verfassungsrechtlich wird der Zustimmungsvorbehalt des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG nicht ausgelöst.

Die materiellen Schutzstandards im CETA-Abkommen erkennen öffentliche Belange, wie den Klimaschutz, in umfassender Weise an. Sie bewahren weitreichende regulatorische Handlungsspielräume, um öffentliche Belange zu verfolgen, ohne einem Risiko von Schadenersatzzahlungen ausgesetzt zu sein. Indes darf bezweifelt werden, ob es hierfür noch zusätzlich der seitens der Bundesregierung vorgeschlagenen Interpretationserklärung bedarf. Wenn es denn tatsächlich um die Wahrung eines angemessenen regulatorischen Spielraumes zur Verfolgung legitimer öffentlicher Interessen und der Verhinderung des Missbrauchs des Abkommens geht, enthält das CETA-Abkommen bereits die entsprechenden Bestimmungen. Die angestrebte Interpretationserklärung fügt dem nichts Wesentliches hinzu. Vielmehr wird der wenig zielführende Versuch unternommen, offene Rechtsbegriffe durch eine noch größere Anzahl von offenen Rechtsbegriffen „zu erläutern“. Es droht zudem die Gefahr der Verzögerung der CETA-Ratifizierungsprozesse durch die mit der Annahme der Interpretationserklärung verbundenen politischen wie rechtlichen Unwägbarkeiten.

II. CETA-Abkommen – Stand des Ratifikationsprozesses in den übrigen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union und in Deutschland

1. Ratifikationsstand in den übrigen 26 Mitgliedsstaaten

Die vom CETA-Abkommen erfassten Materien liegen nicht allein in der ausschließlichen Zuständigkeit der EU. Es berührt auch mitgliedstaatliche Zuständigkeitsbereiche. Dies gilt insbesondere für die Bestimmungen zur Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten sowie zu Portfolioinvestitionen.¹ Neben der EU und Kanada ist daher auch jeder einzelne Mitgliedsstaat Vertragspartei des CETA-Abkommens und folglich die Ratifikation jedes einzelnen erforderlich. Bis dato haben 16 der 27 Mitgliedsstaaten das CETA-Abkommen ratifiziert, namentlich Dänemark, Estland, Finnland, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, die Niederlande, Österreich, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Spanien und die Tschechische Republik. In den Mitgliedsstaaten, in denen die Ratifikation noch aussteht, ist der Prozess gegenwärtig mangels ausreichender politischer Mehrheiten in den zuständigen Vertretungskörperschaften ins

¹ Siehe EuGH, Gutachten v. 16.5.2017 – Avis 2/15 (Singapur), ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 305.

Stocken geraten² bzw. wurde noch nicht angestoßen.³ Besondere politische bzw. rechtliche Hürden bestehen derzeit in Zypern – das zyprische Repräsentantenhaus lehnte das Abkommen am 30.09.2020 ab, ohne dies aber der EU zu notifizieren – und in Irland – hier ist eine Sprungrevision gegen das CETA-Abkommen anhängig.⁴

2. Ratifikationsstand in Deutschland

In Deutschland blieben die für die Ratifikation erforderliche Zustimmung des Bundestages und die Mitwirkung des Bundesrates aufgrund eines anhängigen Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) aus.⁵ Diese Hürde fiel mit dem Beschluss vom 9.02.2022,⁶ denn das BVerfG konstatierte darin, dass die Zustimmungshandlung des deutschen Vertreters beim Beschluss des Rates über die vorläufige Anwendung des CETA-Abkommens vom 28.10.2016 weder einen *ultra-vires*-Akt dargestellt noch die Verfassungsidentität in Form des Demokratieprinzips des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG verletzt habe. Insbesondere räumt das BVerfG folgende verfassungsrechtlichen Hürden mit Blick auf die vorläufige Anwendbarkeit aus:⁷

- Das BVerfG sieht im EU-Beschluss zur vorläufigen Anwendbarkeit keinen *ultra-vires*-Akt, da jedenfalls ein „offensichtlicher und strukturell bedeutsamer Übergriff“ in die Kompetenzbereiche der Mitgliedstaaten ausgeschlossen sei (Rn. 178). Der Beschluss erstrecke sich explizit nur auf diejenigen Kompetenzbereiche, die unstreitig bei der EU liegen (Rn. 180 ff.). In flankierenden Ratsprotokolle manifestiere sich zudem eindeutig der Willen der Vertragsparteien, die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten zu respektieren, sodass etwaige Unsicherheiten der Auslegung im Einzelfall aufgefangen würden (Rn. 186).
- Auch sei die Verfassungsidentität durch die Einsetzung des Gemischten Ausschusses nach Art. 26.1 des CETA-Abkommens nicht berührt. Zwar könne angesichts der Regelung des Art. 30.2 Abs. 2 S. 1 des CETA-Abkommens nicht ausgeschlossen werden, dass die verbindlichen Beschlüsse des Gemischten Ausschusses zur Änderung von Anhängen und Protokollen gegen den Willen Deutschlands erfolgt (Rn. 190). In der Übertragung von Hoheitsrechten auf den Ausschuss liege jedoch insoweit keine Verletzung des Demokratieprinzips, als den Beschluss zur vorläufigen Anwendbarkeit flankierende Erklärungen sicherstellten, dass die Mitgliedsstaaten unmittelbar durch Einvernehmen im

² So in Belgien (fehlende Zustimmung der Parlamente der Regionen Wallonie und Brüssel); Bulgarien (fehlende Zustimmung der Nationalversammlung); Frankreich (fehlende Zustimmung des Senats); Zypern (nicht notifizierte Ablehnung durch das Repräsentantenhaus).

³ So in Griechenland, Italien, Irland, Polen, Slowenien und Ungarn.

⁴ Supreme Court, Costello vs. The Government of Ireland & Ors (vorausgehend: High Court, Costello vs. The Government of Ireland & Ors, Urteil v. 26.10.2021, https://www.courts.ie/view/judgments/c55c3c3d-cb89-4b7b-885b-ddf06effecb2/90fa6420-905a-4b9d-9a24-2d1da282bd78/2021_IEHC_675.pdf/pdf).

⁵ In seinem Urteil vom 13.10.2016 erließ das BVerfG zwar keine entsprechende einstweilige Anordnung (BVerfG v. 13.10.2016 - 2 BvR 1368/16, BVerfGE 143, 65 – 100). Allerdings wurde von einer Fortsetzung des Ratifikationsprozesses bis zur Entscheidung in der Hauptsache abgesehen, so zuletzt auch die Bundesregierung im Koalitionsvertrag 2021, S. 35, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1>.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 9.02.2022 - 2 BvR 1368/16, NVwZ 2022, 541.

⁷ Ibid.

Rat der Europäischen Union an der Festlegung eines einzunehmenden Standpunkts zu einem Beschluss des Gemischten Ausschusses beteiligt werden (Rn. 191).

Anzumerken ist, dass sich die Ausführungen des BVerfG naturgemäß nur auf die verfahrensgegenständliche vorläufige Anwendbarkeit des CETA-Abkommens beschränken. Insbesondere verhält sich das Bundesverfassungsgericht nicht zur Frage des Investitionsschutzgerichtssystems, da dieses nicht vorläufig Anwendung findet. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Bewertung der regulatorischen Zusammenarbeit im Ausschusssystem zeigt das BVerfG zudem legitimatorische Defizite auf, sollte den Mitgliedsstaaten keine unmittelbare Mitwirkungsmöglichkeit auf EU-Ebene eingeräumt werden. Die Aussagekraft des Beschlusses des BVerfG für eine Bewertung der Vereinbarkeit des ausstehenden Zustimmungsgesetzes zum CETA-Abkommen mit dem Grundgesetz ist in diesem Lichte zu bewerten, wenn auch durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken nicht unmittelbar ersichtlich sind.

III. Interpretationserklärungen – Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Voraussetzungen, Reichweite und Wirkung

1. Völkerrechtliche Natur von Interpretationserklärungen – Abgrenzung zur Vertragsänderung

Art. 31 Abs. 3 lit. a der Wiener Vertragsrechtskonvention⁸ sieht vor, dass Interpretationserklärungen i.S.v. Übereinkünften zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen bei der Auslegung zu berücksichtigen sind. Interpretationserklärungen sind konzeptionell zu unterscheiden von Vertragsänderungen i.S.v. Art. 39 der Wiener Vertragsrechtskonvention. Erstere unterliegen nicht den allgemeinen Vorgaben zum Vertragsschluss. Ferner sind sie abzugrenzen von lediglich einseitigen, nicht verbindlichen Interpretationserklärungen.

Die in der völkerrechtlichen Ordnung etablierte dynamische, rechtsfortbildende Auslegung erschwert eine klare Abgrenzung der Interpretationserklärungen von Vertragsänderungen.⁹ Im Wege der dynamischen Auslegung ist es den Vertragsparteien möglich, Vertragsbestimmungen auch rechtsfortbildend auszulegen. Damit verschwimmen die Grenzen zur Vertragsänderung, die nach Art. 39 der Wiener Vertragsrechtskonvention konkludent und damit jenseits der Vorgaben zum Vertragsschluss erfolgen können.¹⁰ Das Primat der Vertragsparteien als „Herren der Verträge“ führt dazu, dass im Grundsatz sowohl Interpretationserklärungen als auch Vertragsänderungen ihre Legitimation aus dem Konsens der Parteien und nicht der Einhaltung von Verfahrensbestimmungen ziehen.¹¹ Maßgeblich ist die Abgrenzung vor allem für die Rechtswirkung: Interpretationserklärungen können anders als Vertragsänderungen rückwirken.

⁸ BGBl. II 1985, 926.

⁹ Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9. Aufl. 2019, S. 353; Sands, in: Corten/Klein, *Vienna Convention on the Law of Treaties – Commentary*, 2011, Art. 39 Rn. 29.

¹⁰ Odendahl, in: Dörr/Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary (VCLT Commentary)* 2. Aufl. 2018, Art. 39 Rn. 10.

¹¹ Vgl. IGH, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Urt. v. 3.02.1994, Rn. 60; Nettesheim, in: Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, 97. EL Januar 2022, Art. 59 Rn. 127 f.

Anders im Kontext des CETA-Abkommens: Dieses unterwirft ausweislich Art. 30.1 Vertragsänderungen einem Schriftformerfordernis und verweist ansonsten auf die internen Ratifikationsvorschriften der Vertragsparteien; konkludente Vertragsänderungen sind damit ausgeschlossen. Auch für Interpretationserklärungen bestehen teilweise – v.a. bei Auslegungen des Investitionsschutzkapitels – formell-rechtliche Voraussetzungen: Die Auslegung von Bestimmungen des CETA Abkommens, Kapitel acht Abschnitt F (Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und Staaten) obliegt gemäß Art. 26.1 Abs. 5 lit. e dem Gemischten Ausschuss und erfolgt nach der von ihm zu gebenden Verfahrensordnung.

In jedem Fall muss die betroffene Bestimmung Raum für Auslegung lassen, denn die Schwelle zur Vertragsänderung ist dann erreicht, wenn die Auslegung *contra legem* erfolgt, also die Wortlautgrenze überschritten wird.¹² Die Konkretisierungen dürfen ferner nicht am Gepräge des Vertrages rühren. Zulässige Interpretationserklärungen halten fest, was aus allgemeinen Interpretationsmitteln, insbesondere dem Katalog des Art. 31 der Wiener Vertragsrechtskonvention, folgt. So sind Konkretisierungen des Gebots der gerechten und billigen Behandlung in Art. 8.10 des CETA-Abkommens denkbar, soweit sie dem Telos nicht widerstreiten und den enumerativen Charakter des Art. 8.10 Abs. 2 des CETA-Abkommens nicht untergraben, sondern in diesem Sinne weiter spezifizieren. Art. 31 Abs. 3 lit. c der Wiener Vertragsrechtskonvention etwa lässt mit der sog. systemischen Interpretation die Berücksichtigung zwischen den Vertragsparteien anwendbarer einschlägiger Völkerrechtssätze zu. Im Rahmen der Auslegung berücksichtigungsfähig sind damit Verpflichtungen aller Vertragsparteien zum Klimaschutz, etwa die Verpflichtung zur Umsetzung der übernommenen Reduktionsbeiträge nach dem Übereinkommen von Paris.¹³ Dagegen würden beispielsweise Versuche am klaren Wortlaut der Vorschrift¹⁴ scheitern, den Enteignungsbegriff des Art. 8.12 Abs. 1 des CETA-Abkommens auf direkte Enteignungen einzuengen. Hier bleibt nur der Weg einer Vertragsänderung.

2. Formell-rechtliche Voraussetzungen für und Wirkungen von Interpretationserklärungen nach Maßgabe des CETA-Abkommens

Aus dem allgemeinen Völkervertragsrecht ergeben sich keine formell-rechtlichen Voraussetzungen an die Interpretationserklärungen; der Konsens der Parteien ist hinreichend. Das CETA-Abkommen enthält dagegen Regeln zur Zuständigkeit (a), zum Verfahren (b) und zur Wirkung (c) von Auslegungen der Bestimmungen des CETA-Abkommens soweit die Handels- und Investitionstätigkeit zwischen den Vertragsparteien betroffen ist.

(a) Zuständigkeit für den Beschluss von Interpretationserklärungen nach Maßgabe des CETA-Abkommens

¹² Dörr, in: Dörr/Schmalenbach, VCLT Commentary, 2. Aufl. 2018, Art. 31 Rn. 74; Hafner, Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification and Formal Amendment, in: Nolte, Treaties and subsequent Practice, 2013, S. 110.

¹³ BGBl. II 2016, 1082.

¹⁴ „Eine Vertragspartei darf eine erfasste Investition weder direkt verstaatlichen oder enteignen noch *indirekt* durch Maßnahmen gleicher Wirkung wie Verstaatlichung oder Enteignung (im Folgenden „Enteignung“), es sei den...“ (Hervorhebung hinzugefügt).

Zuständig für die Auslegung aller Bestimmungen, die die Handels- und Investitionstätigkeit zwischen den CETA-Vertragsparteien betreffen, ist gemäß Art. 26.1 Abs. 5 lit. e der Gemischte Ausschuss des CETA-Abkommens, der sich aus Vertretern der Europäischen Union und Vertretern Kanadas zusammensetzt.

Unionsrechtliche Bedenken hat der EuGH in seinem Gutachten 1/17 zumindest *en passant* ausgeräumt, indem er den Gemischten Ausschuss als legitimes Auslegungsorgan anerkennt, zumindest so weit ausgeschlossen ist, dass der Gemischte Ausschuss nicht in abgeschlossene oder anhängige Verfahren durch seine Auslegung eingreift.¹⁵

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive muss eine ausreichende demokratische Legitimation des Beschlusses zur Annahme einer Auslegungserklärung im Gemischten Ausschuss, dem kein deutscher Vertreter angehört, im Bereich der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit gesichert sein. Das CETA-Abkommen – nicht untypisch für internationale Abkommen – lässt offen, inwieweit die Mitgliedsstaaten und damit der deutsche Vertreter bei der Festlegung einzunehmender Standpunkte innerhalb der EU partizipieren. Bisher machen Erklärungen zum Beschluss der vorläufigen Anwendbarkeit ein Einvernehmen der mitgliedstaatlichen Vertreter im Rat der Europäischen Union erforderlich und entschärfen damit den Konflikt zu Art. 20 Abs. 1, 2 GG.¹⁶ Dagegen sei die Beteiligung der Mitgliedsstaaten nach dem Verfahren des Art. 218 Abs. 9 AEUV nach dem BVerfG im Bereich der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit nicht ausreichend, da der Einfluss der Mitgliedsstaaten durch die Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit nach Art. 16 Abs. 3 EUV beschränkt sei.¹⁷

(b) Verfahren nach Maßgabe des CETA-Abkommens

Der Verfahrensgang zum Beschluss von Auslegungserklärungen ist in Art. 8.31 Abs. 3 des CETA-Abkommens sowie der Geschäftsordnung des Gemischten Ausschusses¹⁸ (Art. 26.1 Abs. 4 lit. d) geregelt. Demnach kann eine Vertragspartei bei Auslegungsfragen, die sich auf Investitionen auswirken können, dem Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen empfehlen, dem Gemischten Ausschuss nach Artikel 8.44 Abs. 3 lit. a die Annahme von Auslegungen dieses Abkommens zu empfehlen. Die Beschlussfassung erfolgt jeweils einvernehmlich, Art. 26.3 Abs. 3 des CETA-Abkommens bzw. Regel 10.1 der Geschäftsordnung des Gemischten Ausschusses.

(c) Wirkung nach Maßgabe des CETA-Abkommens

Beschlüsse des Gemischten Ausschusses zur Auslegung von Bestimmungen des CETA-Abkommens sind für die Vertragsparteien (Art. 26.3 Abs. 2) bzw. die durch das CETA-Abkommen eingerichteten Gerichte (Art. 8.31 Abs. 3, Art. 26.1 Abs. 5 lit. e a.E.) bindend. Damit weicht das CETA-Abkommen von der Wiener Vertragsrechtskonvention in Art. 31 Abs. 3 ab, die nur von einer Pflicht „zu berücksichtigen“ spricht.

¹⁵ EuGH, Gutachten vom 30.4.2019 – Avis 1/17, EuZW 2019, 457, 473, Rn. 233, 236.

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 9.02.2022 - 2 BvR 1368/16, NVwZ 2022, 54, 547, Rn. 191.

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 9.02.2022 - 2 BvR 1368/16, NVwZ 2022, 541, 547, Rn. 190.

¹⁸ Beschluss 001/2018 des Gemischten CETA-Ausschusses vom 26.9.2018, abrufbar unter: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/february/tradoc_157677.pdf sowie Beschluss 002/2021 des Gemischten CETA-Ausschusses vom 21.09.2021, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22021D0265&rid=1>.

3. Formell-rechtliche Voraussetzungen nach Maßgabe des Unions- und Verfassungsrechts

(a) Unionsrechtliche Vorgaben

Das Verfahren innerhalb der EU zur Festlegung von Standpunkten, die im Namen der Union in einem durch eine Übereinkunft eingesetzten Gremium zu vertreten sind, welches Beschlüsse zu verbindlichen Auslegungen durch den Gemischten Ausschuss des CETA-Abkommens einschließt, ist in Art. 218 Abs. 9 AEUV geregelt. Auf Vorschlag der Kommission legt der Rat in einem Beschluss den Gemeinsamen Standpunkt fest, den der Vertreter der EU in den CETA-Ausschüssen zu vertreten hat. Vor der Beschlussfassung ist das Europäische Parlament von den Standpunkten zu unterrichten (Art. 218 Abs. 10 AEUV). Die Beschlussfassung erfolgt im Grundsatz mit qualifizierter Mehrheit nach Art. 16 Abs. 3 EUV.

Grundsätzlich wäre damit die Verabschiedung einer Auslegungserklärung und die inhaltliche Änderung des CETA-Abkommens durch die Änderung von Anhängen und Protokollen nach Art. 30.2 Abs. 2 des CETA-Abkommens entgegen dem Votum des deutschen Vertreters im Rat möglich.

Dies widerspräche aber der gemischten Natur des CETA-Abkommens und würde bei gemischten Vertragsgremien zu einer Kompetenzverschiebung zu Lasten der Mitgliedsstaaten führen. Diese Fälle wurden daher bisher abweichend von Art. 218 Abs. 9 AEUV i.V.m. Art. 16 Abs. 3 EUV so gehandhabt, dass Beschlüsse zu Standpunkten, die Angelegenheiten im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedsstaaten betreffen, einvernehmlich gefasst wurden¹⁹ – während der vorläufigen Anwendbarkeit des CETA-Abkommens wird die Wahrung der Einvernehmlichkeit über der Erklärung Nr. 19 zum Ratsprotokoll betreffend den Gemischten Ausschuss sichergestellt. Eine solche Praxis gebietet nicht zuletzt der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit.²⁰

(b) Verfassungsrechtliche Vorgaben

Aus Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG folgt der Partizipationsvorbehalt des jeweils zuständigen Bundesgesetzgebers „für Verträge“. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG gilt damit anerkanntermaßen nicht nur für Vertragsabschlüsse, sondern auch für Vertragsänderungen von zustimmungsbedürftigen Verträgen.²¹ Das Abgrenzungsproblem zwischen Vertragsänderungen und Interpretationserklärungen setzt sich damit auf verfassungsrechtlicher Ebene fort. Grundsätzlich wird ein funktionaler Maßstab angelegt: neben formellen Vertragsänderungen können auch übrige Handlungen, die konkludent zu einer Vertragsänderung führen, den Zustimmungsvorbehalt des

¹⁹ Lorenzmeier, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/Lorenzmeier, AEUV, Art. 218, Rn. 63f.; Schroeder, EuR, 2018, 119, 134 f.; so schon Steinbach, EuZW 2007, 109, 112 zu Art. 10 EG; insoweit kritisch BVerfG, Beschl. v. 9.02.2022 - 2 BvR 1368/16, NVwZ 2022, 541, 547, Rn. 190.

²⁰ Bäuml, EuR, 2016, 807, 628.

²¹ Heun, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 59 Rn. 36; Nettesheim, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 97. EL Januar 2022, Art. 59 Rn. 124; Streinz, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 59 Rn. 38.

Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG auslösen.²² Eine zustimmungsbedürftige Vertragsänderung liegt dann vor, wenn Fortentwicklungen des Vertrags unterhalb der Schwelle förmlicher Änderung gegen „wesentliche Strukturentscheidungen des Vertragswerks verstoßen und damit den Boden des dort festgelegten politischen Programms verlassen“.²³ Dagegen ist eine Interpretationserklärung, selbst wenn diese eine dynamische Auslegung vornimmt, nach diesen Maßgaben *nicht* zustimmungsbedürftig.²⁴

IV. Schutz vor Missbrauch der Investitionsbestimmungen im CETA-Abkommen – Status Quo und Implikationen der angestrebten Interpretationserklärung

Kapitel acht Abschnitt F des CETA-Abkommens enthält Bestimmungen zum völkerrechtlichen Schutz von kanadischen Investitionen in der EU. Die Bundesregierung strebt nun an, dessen angebliches Missbrauchspotential durch eine Interpretationserklärung zu begrenzen. Primär soll dies dadurch geschehen, dass der Fokus der CETA-Bestimmungen auf den Schutz vor direkter Enteignung und Diskriminierung ausgerichtet werden soll.²⁵ Indes sehen die Bestimmungen zum Investitionsschutz im CETA-Abkommen bereits vielfältige Mechanismen zum Schutz vor Missbrauch vor, denen gegenüber die vorgelegte Interpretationserklärung (1.) kein Mehrwert innewohnt. Weder die Vorschriften zum Gebot der gerechten und billigen Behandlung (2.), noch die zur indirekten Enteignung (3.) leisten bisher der behaupteten Aushöhlung des politischen Gestaltungsraums Vorschub. Auch der Klimaschutz (4.) als Ausformung des „*right to regulate*“ (Art. 8.9 des CETA-Abkommen), dem im CETA-Abkommen ein hoher Stellenwert zukommt, bzw. des öffentlichen Interesses „Umweltschutz“ kann bereits jetzt bei der Auslegung des CETA-Abkommens hinreichend Berücksichtigung finden.

1. Gegenstand der Interpretationserklärung

Die von der Bundesregierung zur Einhegung angeblicher Missbrauchspotenziale vorgelegte Interpretationserklärung ist bestrebt, dass Gebot der gerechten und billigen Behandlung (Art. 8.10 des CETA-Abkommens), den Begriff der indirekten Enteignung (Art. 8.12 des CETA-Abkommens) und die Berechnung des monetären Schadens (Art. 8.39.3 des CETA-Abkommens) weiter zu präzisieren.

Flankiert wird die Interpretationserklärung vom Vorschlag einer politischen Erklärung: das Kapitel acht des CETA-Abkommens soll in einem Fünf-Jahres-Intervall überprüft werden.

²² Heun, aaO.

²³ BVerfG, Urt. v. 03.07.2007 - 2 BvE 2/07, BVerfGE 118, 244; Urt. v. 22.11.2001 - 2 BvE 6/99, BVerfGE 104, 151, 210.

²⁴ BVerfG, Urt. v. 22.11.2001 - 2 BvE 6/99, BVerfGE 104, 151, 208; BVerfG, Urt. v. 12.07.1994 - 2 BvE 3/92, 2 BvE 5/93, 2 BvE 7/93, 2 BvE 8/93, BVerfGE 90, 286, 362; als möglich ansehend: Nettesheim, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 97. EL Januar 2022, Art. 59 Rn. 130 ff.

²⁵ Eckpunktpapier „Handelspolitik der Bundesregierung“, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunktpapier-handelsagenda.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

2. Gebot der gerechten und billigen Behandlung (Art. 8.10 Abs. 2 CETA-Abkommen)

Art. 8.10 Abs. 2 des CETA-Abkommens benennt Tatbestände, deren Verwirklichung eine Verletzung des Gebots der gerechten und billigen Behandlung darstellt. Diese Auflistung ist bereits *ausweislich des Wortlauts abschließend*; auch die Entstehungsgeschichte des CETA-Abkommens²⁶ und ein Vergleich mit entsprechenden Klauseln anderer Investitionsschutzabkommen, die zumeist generalklauselartig gerechte und billige Behandlung gewähren, belegt den abschließenden Charakter.²⁷ Dadurch wird das dem Gebot der gerechten und billigen Behandlung womöglich innewohnende Missbrauchspotenzial bereits erheblich eingehegt.

Das Spektrum zulässiger staatlicher Eingriffe in das Eigentum und die Geschäftstätigkeit von Investoren im Rahmen des CETA-Abkommens geht weit über das im Investitionsschutzrecht Übliche hinaus. Mit Blick auf die gesetzgeberische Gestaltungsmacht bleibt das CETA-Abkommen hinter den verfassungsrechtlichen Schutzstandards²⁸ zurück.²⁹ Die Vertragsparteien beschränken das Verbot auf Fälle offensichtlich willkürlicher oder diskriminierender Maßnahmen – namentlich die grundlegende Verletzung des rechtsstaatlichen Verfahrens, die Rechtsverweigerung in gerichtlichen Verfahren, offenkundige Willkür oder die gezielte Diskriminierung aus offenkundig ungerechtfertigten Gründen – und ein Minimum an Vertrauensschutz (Art. 8.10 Abs. 4).

Freilich bleibt die Anwendung des Gebots der gerechten und billigen Behandlung durch die sog. CETA-Gerichte abzuwarten. Die restriktive textliche Ausgestaltung des Gebots der gerechten und billigen Behandlung legt jedoch eine restriktive Handhabung durch die CETA-Gerichte nahe.

Der Entwurf der Interpretationserklärung versucht unbestimmte Rechtsbegriffe des Tatbestandes weiter zu präzisieren, um den Auslegungsspielraum der CETA-Gerichte weiter zu reduzieren. Zweifelhaft ist jedoch bereits, ob die vorgeschlagenen Präzisierungen geeignet sind, der Funktion einer Interpretationserklärung, bestehende sprachliche oder teleologische Zweideutigkeiten zu beseitigen, gerecht zu werden. Keine Rechtsverweigerung i.S.v. Art. 8.10 Abs. 2 lit. a des CETA-Abkommens soll beispielweise vorliegen, wenn Rechtsbehelfe eines Investors in einem innerstaatlichen Verfahren scheitern. Hier versucht die Interpretationserklärung Zweideutigkeiten zu beseitigen, wo sprachliche oder teleologische Zweideutigkeiten kaum bestehen. Denn es entspricht gängiger Schiedspraxis, solche Konstellationen nicht als “Rechtsverweigerung” bzw. Bruch des Gebots der gerechten und billigen Behandlung anzusehen. Trotz fehlendem *stare decisis* ist nicht erwartbar, dass die Gerichte des CETA-Abkommens davon abweichen werden.

Ferner soll offenkundige Willkür nach Art. 8.10 Abs. 2 lit. c des CETA-Abkommens vorliegen, wenn eine Maßnahme diejenigen Gründe, auf die sie sich stützt, nicht benennt; sie offensichtlich nicht auf Gründen oder Tatsachen beruht; sie auf unangemessener Ermessensausübung, Vorurteilen oder persönlichen Vorlieben beruht; oder sie unter vorsätzlicher Missachtung eines ordnungsgemäßen Verfahrens ergangen ist. Die Interpretationserklärung definiert hier

²⁶ Vgl. dazu Dumberry, in: Bungenberg / Reinisch, CETA Investment Law, 2022, Art. 8.10 Rn. 13.

²⁷ Vgl. ferner Ziff. 6 des Gemeinsamen Auslegungsinstruments vom 14.01.2017.

²⁸ Schill, ZaöRV 2018, 33, 63.

²⁹ Dumberry, in: Bungenberg / Reinisch, CETA Investment Law, 2022, Art. 8.10 Rn. 36.

unbestimmte Rechtsbegriffe ihrerseits durch unbestimmte Rechtsbegriffe. Eine Reduzierung der Mehrdeutigkeit gelingt auch hier nicht. Insbesondere vor dem Hintergrund der bereits durch die Ausgestaltung des Art. 8.10 Abs. 2 des CETA-Abkommens eingehegten Missbrauchspotenziale drängt sich die Notwendigkeit einer entsprechenden Interpretationserklärung nicht auf.

3. Indirekte Enteignungen (Art. 8.12 des CETA-Abkommens)

Art. 8.12 Abs. 1 des CETA-Abkommens schützt Investoren ausdrücklich vor direkten und indirekten Enteignungen. Die Vorschrift benennt die Voraussetzungen für eine rechtmäßige Enteignung: Staatliche Maßnahmen, die eine Enteignung bewirken, müssen einem öffentlichen Zweck dienen, nach einem rechtmäßigen Verfahren, diskriminierungsfrei und gegen Zahlung einer Entschädigung durchgeführt werden.

Anhang 8-A Abs. 1 lit. b des CETA-Abkommens, der verbindlich bei der Auslegung von Art. 8.12 Abs. 1 des CETA-Abkommens heranzuziehen ist (Art. 8.12 Abs. 1 S. 2) definiert die indirekte Enteignung wie folgt: Eine solche liegt vor, wenn eine Maßnahme oder eine Reihe von Maßnahmen des Gaststaates eine Wirkung hat, die einer direkten Enteignung gleichkommt. Die Feststellung, ob eine Maßnahme oder eine Reihe von Maßnahmen des Gaststaates in einer bestimmten Situation eine indirekte Enteignung darstellt, erfordert eine fallweise, faktenbasierte Untersuchung, bei der neben anderen Faktoren auch Elemente berücksichtigt werden, die bereits aus der schiedsgerichtlichen Praxis bekannt sind, darunter u. a. die wirtschaftlichen Auswirkungen, die Dauer oder der Charakter der Maßnahme. Die Liste der Faktoren in Anhang 8-A Abs. 2 ist nicht erschöpfend.

Anhang 8-A Abs. 3 des CETA-Abkommens enthält zudem eine besondere Bestimmung, die darauf abzielt, das „*right to regulate*“ des Gaststaates zu wahren. Bei Maßnahmen, die zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit oder der Umwelt getroffen werden, gilt die widerlegbare Vermutung, dass sie keine indirekte Enteignung darstellen. Nur Maßnahmen, die in Anbetracht ihres Ziels offenkundig exzessiv sind, könnten eine indirekte Enteignung darstellen. Damit wird eine Art Verhältnismäßigkeitsprüfung bzw. eher noch eine bloße Willkürkontrolle eingeführt. Da nur „offenkundig übermäßige“ Maßnahmen eine indirekte Enteignung darstellen, lässt das CETA-Abkommen der Regierung einen erheblichen politischen Spielraum. Die Folgen dieses „neuen“ Ansatzes sind noch unbekannt. Der Ansatz könnte tatsächlich zu einem deutlich geringeren Investitionsschutz führen. Das CETA-Abkommen räumt Maßnahmen, die einen legitimen Zweck verfolgen, und damit dem „*right to regulate*“ des Gaststaates jedenfalls eine hohe Priorität ein.

Auch hier unternimmt die Interpretationserklärung den Versuch, den Auslegungsspielraum der CETA-Gerichte durch weitere Präzisierungen insbesondere der Faktoren, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeits- bzw. Willkürprüfung beachtlich sind, einzuschränken. Hier ist wiederum zu bezweifeln, ob die ihrerseits unbestimmten Begriffe der Interpretationserklärung einen interpretativen Mehrwert bieten, der den Auslegungsspielraum der CETA-Gerichte effektiv eingrenzt. Selbst wenn eine Berücksichtigungspflicht der in der Interpretationserklärung genannten Faktoren greift, nehmen die CETA-Gerichte zur Feststellung einer indirekten Enteignung eine Verhältnismäßigkeits- bzw. Willkürprüfung vor; öffentliche Interessen werden hierbei bereits durch Anhang 8-A privilegiert. Die Interpretationserklärung dagegen lässt die Gewichtung unberührt.

Klimaschutz wird im CETA-Abkommen in Rahmen von Ausnahmevorschriften zum Schutz des öffentlichen Interesses – als Teilaspekt des Umweltschutzes – sowie als regulatorisches Interesse i.S.d. des „*right to regulate*“ berücksichtigt. Das CETA-Abkommen erkennt das „*right to regulate*“ der Vertragsparteien im Kontext des Investitionsschutzes explizit in Art. 8.9 des CETA-Abkommens an³⁰ – als einführende Vorschrift vor den investitionsschutzrechtlichen materiellen Standards. Der Stellenwert des „*right to regulate*“ findet auch in der Präambel des CETA-Abkommens seinen Ausdruck (z.B. in Ziff. 6, 8 und 11).

In diesem Sinne entkräftigt auch der EuGH die Gefahr einer Untergrabung des „*right to regulate*“ mittels einer Gesamtbetrachtung von Ausnahmevorschriften und der expliziten Anerkennung des „*right to regulate*“ in CETA-Abkommen und Gemeinsamen Auslegungsinstrument und befindet, dass die „Beurteilungsbefugnis des CETA-Gerichts und der CETA-Rechtsbehelfsinstanz nicht so weit reiche, dass es ihnen erlaubt wäre, das Niveau des Schutzes eines öffentlichen Interesses, das von der Union in einem demokratischen Prozess festgelegt worden ist, in Frage zu stellen.“³¹ Richtig ist zwar, dass sich Art. 8.9 des CETA-Abkommens in der Anerkennung von regulatorischen Maßnahmen als legitime Zwecke in der Abwägung erschöpft,³² ohne jedoch die notwendige Abwägung mit dem Investitionsschutz verbindlich im Sinne eines Optimierungsgebots zu Gunsten regulatorischer Interessen vorzustrukturieren oder gar zu privilegieren. Auch die Empfehlung des Gemischten Ausschusses, die ein Bekenntnis der Vertragsparteien zum Übereinkommen von Paris und den von den Vertragsparteien übernommenen Pflichten zum Gegenstand hat, geht über diese Anerkennung nicht hinaus.³³ Belange des Umwelt- und auch des Klimaschutzes können aber in jedem Fall durch die CETA-Gerichte berücksichtigt werden. Der hohe Stellenwert der regulatorischen Belange, der u.a. in Anhang 8-A zum Ausdruck kommt, werden sich erwartungsgemäß auch in der Auslegungspraxis der CETA-Gerichte widerspiegeln und Abwägungsentscheidungen zugunsten dieser öffentlichen Belange vorstrukturieren.

Die Interpretationserklärung nimmt nun neuerlich auf die Verpflichtungen der Vertragsparteien im Rahmen des Übereinkommens von Paris und ihre jeweiligen Klimaneutralitätsziele Bezug, um vermeintlich den Klimaschutz gegenüber dem Investitionsschutz zu stärken. Insbesondere sollen die Investoren mögliche Maßnahmen der Vertragsparteien zur Adaption, Mitigation und Kompensation des Klimawandels und seiner Folgen in ihren Erwartungshorizont einbeziehen. Der bloße Hinweis auf die Berücksichtigungsfähigkeit der Bestimmungen des Übereinkommens von Paris und v.a. auch der von den Parteien übernommenen Reduktionsziele im Rahmen der Auslegung begründet jedoch weder ein Optimierungsgebot noch eine Privilegierung a priori des Klimaschutzes im Rahmen der Auslegung.

³⁰ Vgl. auch Ziff. 2 des Gemeinsamen Auslegungsinstruments v. 14.01.2017.

³¹ EuGH, Gutachten vom 30.4.2019 – Avis 1/17, EuZW 2019, 457, 471, Rn. 156.

³² Schacherer, in: Bungenberg / Reinisch, in: Bungenberg / Reinisch, CETA Investment Law, 2022, Art. 8.9 Rn. 14, 18 ff.

³³ Empfehlung des Gemeinsamen Ausschusses 002/2018 v. 26.09.2018, abrufbar unter: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157415.pdf.

4. Abschließende Bewertung der Implikationen der angestrebten Interpretationserklärung

Wie aufgezeigt, sehen die von der Interpretationserklärung in den Fokus genommenen Investitionsschutzbestimmungen bereits hinreichende Mechanismen zum Schutz vor Missbrauch vor und führen nicht dazu, dass sich die Vertragsparteien ihres politischen Gestaltungsspielraums begeben. Der funktionale Mehrwert der Interpretationserklärung ist gering. Zum einen werden Präzisierungen vorgenommen, wo eine abweichende und damit womöglich missbräuchliche Auslegung der CETA-Gerichte nicht erwartbar erscheint. Zum anderen erschöpfen sich die Präzisierungen ihrerseits in unbestimmten Rechtsbegriffen und verfehlen damit ihren Zweck, den Auslegungsspielraum der CETA-Gerichte zugunsten der politischen und regulatorischen Gestaltungsmacht der Vertragsparteien zu verringern.

Die Fokussierung des durch das CETA-Abkommen gewährleisteten Investitionsschutzes auf einen Schutz vor direkten Enteignungen, wie von der Bundesregierung in ihrem Eckpunktepapier „Handelspolitik“ angeregt, kann eine Interpretationserklärung schon konzeptionell nicht leisten.³⁴

V. Auswirkungen der Interpretationserklärung auf den laufenden Ratifikationsprozess

Zwar verzögert eine Befassung und Beschlussfassung des Gemischten Ausschusses mit der bzw. über die Interpretationserklärung den Ratifikationsprozess des CETA-Abkommens nicht unmittelbar: theoretisch laufen Ratifikations- und Beschlussfassungsprozess unabhängig voneinander ab.

Tatsächlich ist eine Verzögerung jedoch nicht auszuschließen. Einerseits wird die Interpretationserklärung in den zuständigen Vertretungskörperschaften der Mitgliedsstaaten, deren Ratifikation noch aussteht, neuerliche Beratungsprozesse anstoßen, an deren Ende womöglich eigene Initiativen für Interpretationserklärungen stehen. Andererseits erscheint es zumindest denkbar, dass die Interpretationserklärung Fragen über die parlamentarische Beteiligung an der Beschlussfassung in den Mitgliedsstaaten auslöst und Anstoß für gerichtliche Verfahren gibt. Insbesondere könnten diese in der Interpretationserklärung womöglich eine „versteckte“ Vertragsänderung erblicken und damit innerstaatliche Verfassungsgrundsätze wie das Demokratieprinzip ausgehöhlt sehen. Auch ein Vorabentscheidungsgesuch zum EuGH ist in diesem Kontext nicht ausgeschlossen. Dagegen ist nicht zu erwarten, dass die Interpretationserklärung in den Mitgliedsstaaten als Katalysator der ausstehenden Ratifikationsprozesse wirkt, da es ihr gerade nicht gelingt, größere Gewissheit zu vermitteln und damit mögliche Bedenken mit Blick auf die Investitionsschutzbestimmungen zu beseitigen.

Angesichts der stark eingeschränkten Zweckmäßigkeit der Interpretationserklärung wiegen die mit ihr einhergehenden rechtlichen und politischen Unwägbarkeiten umso schwerer und lassen die angestrebte Interpretationserklärung als ungeeignetes Mittel erscheinen, um das CETA-Abkommen fortzuentwickeln.

³⁴ Eckpunktepapier „Handelspolitik der Bundesregierung“, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunktpapier-handelsagenda.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

