

TTIP und Kultur

**Effektive Sicherung staatlicher Regulierung zum Schutz und zur Förderung kultureller
Vielfalt im geplanten Freihandelsabkommen EU-USA**

Rechtsgutachten

im Auftrag der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Prof. Dr. Hans-Georg Dederer

Universität Passau

9. Februar 2015

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	3
Zusammenfassung.....	5
A. Gegenstand des Rechtsgutachtens	7
I. Problemaufriss.....	7
II. Fragestellungen.....	7
III. Gang der Untersuchung.....	8
B. Grundlagen	9
I. UNESCO-Konvention	9
1. Entstehung	9
2. Schutzgut	10
3. Inhalt und Bedeutung	10
a) Common-Heritage-Ansatz	11
b) Duale Natur kultureller Güter und Dienstleistungen.....	12
c) Grundsatz der Souveränität.....	12
d) Rechte und Pflichten der Vertragsstaaten	13
3. Verhältnis zu anderen Abkommen.....	15
II. Kultur und Freihandel.....	17
1. Kulturelle Güter und Dienstleistungen.....	17
a) Begriff.....	17
b) Besonderheiten	17
2. „Typologie“ handelsbeschränkender Maßnahmen im kulturellen Sektor	18
a) Regelungsmaßnahmen	19
b) Finanzielle Maßnahmen	19
3. Kultur und WTO.....	19
a) GATT	20
b) GATS	22
c) DSU	24
4. Kultur und FTAs.....	26
a) Ansätze der USA.....	26
b) Ansätze Kanadas	31
c) Ansätze der EU	33
C. Bewertung von CETA und TTIP	35
I. CETA.....	35
1. Prinzipieller Gleichklang der Interessen.....	35
2. Präambel.....	35

3.	Kulturelle Bereichsausnahmen	36
a)	Ansätze	37
b)	Subventionen	37
c)	Investitionsschutz	37
d)	Dienstleistungen	39
e)	Inländische Genehmigungs- und Qualifikationserfordernisse	39
f)	Vergabe	39
g)	E-Commerce	40
4.	Allgemeine Ausnahmen	40
5.	Negativlisten	41
II.	TTIP	41
1.	Gegenläufigkeit der Interessen	41
2.	Verhandlungs- und Regelungsansätze der USA	42
a)	Charakteristische Merkmale im Überblick	42
b)	Geringe Bereitschaft zu kulturellen Bereichsausnahmen	42
c)	Durchsetzung des Negativlistenansatzes	43
d)	Exkurs: Positivlistenansatz	44
e)	Geringe Aussichten auf ein Protokoll über kulturelle Zusammenarbeit	45
D.	Antworten	45
I.	Zu Frage 1	45
II.	Zu Frage 2	46
1.	Zu Frage 2.a)	46
2.	Zu Frage 2.b)	47
	Literaturverzeichnis	49

Zusammenfassung

1. Schon ihrer Entstehungsgeschichte nach ist die UNESCO-Konvention zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen (UNESCO-Konvention) auf ein Spannungsverhältnis mit dem Welthandelsrecht, also auch mit Freihandelsabkommen (Free Trade Agreements – FTAs) wie dem Abkommen über eine Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (Transatlantic Trade and Investment Partnership – TTIP) angelegt.
2. Mit der UNESCO-Konvention wird die „kulturelle Vielfalt“ als Allgemeininteresse der internationalen (Staaten-)Gemeinschaft wie als Gemeinwohlinteresse der einzelnen Staaten völkerrechtlich anerkannt, welches die Staaten je für sich oder in Zusammenarbeit mit anderen Staaten als legitimes (Regelungs-)Ziel verfolgen dürfen.
3. Für das mit der UNESCO-Konvention gewährleistete Recht, Regelungs- und finanzielle Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt beizubehalten oder zu ergreifen, können sich aus Verpflichtungen welthandelsrechtlicher Abkommen zur Handelsliberalisierung, wie z.B. aus FTAs wie TTIP, Schranken ergeben.
4. Normkonflikte zwischen der UNESCO-Konvention und Abkommen des Welthandelsrechts wie TTIP sind nach den völkerrechtlichen Regeln des allgemeinen Vertragsrechts zu lösen. Die UNESCO-Konvention ist anderen völkerrechtlichen Verträgen nicht *per se* entweder stets über- oder stets untergeordnet.
5. Internationale Streitbeilegungsorgane, z.B. internationale Schiedsgerichte, können aber bei der Auslegung welthandelsrechtlicher Abkommen, z.B. von FTAs wie TTIP, im Rahmen bestehender, einschlägiger Auslegungsspielräume den Schutz der kulturellen Vielfalt als international anerkanntes, legitimes Allgemeininteresse der Staaten wie der internationalen (Staaten-)Gemeinschaft berücksichtigen.
6. Hinsichtlich des Schutzes und der Förderung kultureller Vielfalt besteht zwischen Kanada und der EU ein prinzipieller Interessengleichklang. Denn beide Akteure gehören zu den maßgeblichen Befürwortern und Förderern der UNESCO-Konvention. Demgegenüber ist im Verhältnis zwischen der EU und den USA damit zu rechnen, dass die Interessenlagen diametral gegenläufig sind. Denn die USA haben die UNESCO-Konvention nicht nur strikt abgelehnt, sondern bisher auch nicht den Anschein erweckt, in absehbarer Zeit Vertragspartei der UNESCO-Konvention zu werden.
7. Vor diesem Hintergrund wird diesseits nachdrücklich bezweifelt, dass das von der EU und Kanada verhandelte Freihandelsabkommen (Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA) mit Blick auf die Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Handelsliberalisierung und kultureller Vielfalt als Modell für TTIP dienen könnte.

8. Für CETA ist eine Kombination von weit reichenden kulturellen Bereichsausnahmen mit ergänzenden kulturspezifischen Vorbehalten im Sinne des Negativlistenansatzes charakteristisch. Zusätzlich können mit CETA an sich unvereinbare kulturbezogene Maßnahmen unter Umständen über die „Allgemeinen Ausnahmen“ gerechtfertigt werden.

9. Die EU hat für sich in CETA mehrere kulturelle Bereichsausnahmen durchgesetzt, allerdings jeweils nur für audiovisuelle (AV) Dienstleistungen. Danach ist CETA auf Subventionen im AV-Dienstleistungssektor insgesamt nicht anwendbar. Ansonsten erstrecken sich die kulturellen Bereichsausnahmen für AV-Dienstleistungen auf bestimmte CETA-Kapitel bzw. auf einzelne Abschnitte innerhalb von CETA-Kapiteln.

Beispielsweise erfasst die Bereichsausnahme für AV-Dienstleistungen innerhalb des Kapitels über den Investitionsschutz nur die Abschnitte über Ansiedlung von Investitionen und über nichtdiskriminierende Behandlung. Jenseits des AV-Dienstleistungssektors können spezifisch kulturbezogene Maßnahmen, die mit den beiden vorgenannten Abschnitten des Investitionsschutzkapitels unvereinbar wären, auf der Grundlage der CETA-Klausel über „Allgemeine Ausnahmen“ zulässig sein. Bezogen auf die genannten beiden Abschnitte des Investitionsschutzkapitels hat sich z.B. die EU außerdem in einer CETA als Annex beigefügten Negativliste das Recht vorbehalten, Maßnahmen in Bezug auf bestimmte kulturelle und Unterhaltungsdienstleistungen beizubehalten oder zu erlassen.

10. Mit Blick auf die bisherige FTA-Praxis der USA und vor dem Hintergrund von CETA lassen sich für die Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Handelsliberalisierung und kultureller Vielfalt in TTIP folgende Aussagen treffen, die notwendig rein prognostischen Charakter haben und daher erhöht irrtumsanfällig sind:

Die USA werden einer ausdrücklichen Bezugnahme auf die UNESCO-Konvention in der TTIP-Präambel nicht zustimmen. Kulturelle Bereichsausnahmen für den AV-Dienstleistungssektor dürften sich gegen die USA in der Form, wie sie in CETA normiert wurden, kaum durchsetzen lassen. Gegen Bereichsausnahmen für Subventionen im AV- oder allgemeiner im kulturellen Sektor werden die USA aber nichts einzuwenden haben. Ansonsten werden die USA versuchen, auf der Basis des Negativlistenansatzes zu verhandeln. Insofern wird es von der Verhandlungsstärke der EU, aber angesichts der enormen Vielzahl von Verhandlungsgegenständen auch von deren Verhandlungsspielräumen abhängen, ob und inwieweit die EU oder ihre Mitgliedstaaten substanzielle Vorbehalte im AV-Dienstleistungssektor durchzusetzen vermögen.

A. Gegenstand des Rechtsgutachtens

I. Problemaufriss

Die Europäische Union (EU) und die Vereinigten Staaten von Amerika (USA) verhandeln gegenwärtig eine Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (Transatlantic Trade and Investment Partnership – TTIP). Dieses Freihandelsabkommen wird auch kulturelle, insbesondere audiovisuelle (AV) Güter und Dienstleistungen betreffen. Anders als die USA sind die EU und alle ihre Mitgliedstaaten zugleich Vertragsparteien des UNESCO-Übereinkommens zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen (nachfolgend: UNESCO-Konvention).¹ Befürchtet wird, dass TTIP das Recht der EU bzw. ihrer Mitgliedstaaten, Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung kultureller Vielfalt gemäß der UNESCO-Konvention beizubehalten oder zu erlassen, weitgehend aushöhlen, wenn nicht zunichtemachen könnte, sollten die EU und ihre Mitgliedstaaten unter TTIP umfassenden Verpflichtungen zur Liberalisierung auch des kulturellen, zumal des AV-Sektors unterliegen.²

II. Fragestellungen

Aufgeworfen ist damit das Problem, wie sich das in der UNESCO-Konvention anerkannte Recht, Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt zu erlassen, in TTIP effektiv absichern lässt. Konkret und explizit werden von der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die folgenden Fragen aufgeworfen.

„1.

Ist nach gegenwärtigem Kenntnisstand bei TTIP insbesondere durch den Negativlistenansatz hinreichend sicher gestellt, dass für audiovisuelle Medien und den darüber hinausgehenden Kultursektor bestehende Regulierungen beibehalten und neue zum Schutz und zur Förderung kultureller Vielfalt eingeführt werden könnten und sich Unternehmen demgegenüber nicht in Schiedsverfahren erfolgreich auf das TTIP-Abkommen berufen könnten?

2.

a) Welche Auswirkungen hätte es auf den Investitionsschutz bei TTIP und dessen Geltendmachung in Schiedsverfahren, wenn die UNESCO Konvention „Kulturelle Vielfalt“

¹ ABI. EU L 201 vom 25.7.2006, S. 15.

² Vgl. *Catherine Souyri-Desrosier*, EU protocols on cultural cooperation. An attempt to promote and implement the CDCE within the framework of bilateral trade negotiations, in: Lilian Richieri Hanania (Hrsg.), *Cultural Diversity in International Law. The effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 2014, S. 209 ff. (211).

nicht nur in der Präambel des Abkommens im Zusammenhang mit dem Schutzziel „Erhalt der kulturellen Vielfalt“ zitiert würde³, sondern eine Bezugnahme auf die Konvention Bestandteil des Vertragstextes würde?

b) Und wie müsste die Bezugnahme auf die Konvention ausgestaltet sein bzw. wie müsste auf andere Weise eine rechtliche Sicherung erfolgen, damit gewährleistet ist, dass sich Unternehmen nicht gegenüber bestehenden und neue Regulierungen zum Schutz und zur Förderung kultureller Vielfalt erfolgreich auf das TTIP-Abkommen berufen können?“

III. Gang der Untersuchung

Zur Beantwortung dieser Fragen sind zunächst Inhalt und Bedeutung der UNESCO-Konvention sowie deren Verhältnis zu anderen, insbesondere welthandelsrechtlichen Abkommen zu klären (B.I.). Anschließend sind Grundlagen des Gegensatzes von Kultur und Freihandel zu entfalten (B.II.). Herauszuarbeiten sein wird dabei insbesondere, welche Regelungsansätze die USA, Kanada und die EU in Bezug auf kulturelle Güter und Dienstleistungen in Freihandelsabkommen (Free Trade Agreements – FTA) verfolgen. Auf dieser Basis lässt sich untersuchen, wie sich das Recht der EU und ihrer Mitgliedstaaten, Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt zu erlassen, in TTIP am besten absichern lässt. Da das bereits ausgehandelte FTA zwischen der EU und Kanada, das Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), offenbar weithin als „Blaupause“ für die TTIP-Verhandlungen herangezogen wird, soll insoweit zunächst analysiert werden, in welcher Weise und mit welchen Wirkungen in CETA dem Recht, Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt zu erlassen, Rechnung getragen wird (C.I.). Anschließend können Schlussfolgerungen für die TTIP-Verhandlungen zwischen der EU und den USA gezogen werden (C.II.).

³ Im CETA-Entwurf vom 26.9.2014 ist folgende Präambel enthalten: „Affirming their commitments as Parties to the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions and recognizing that states have the right to preserve, develop and implement their cultural policies, and to support their cultural industries for the purpose of strengthening the diversity of cultural expressions, and preserving their cultural identity, including through the use of regulatory measures and financial support.“

B. Grundlagen

I. UNESCO-Konvention

1. Entstehung

Die UNESCO-Konvention ist aus dem Bestreben insbesondere Frankreichs und Kanadas⁴ heraus entstanden,⁵ dem Welthandelsrecht, zumal dem Recht der WTO, ein universelles völkerrechtliches Vertragswerk entgegenzusetzen, welches dem grundlegenden Interesse der Staaten, ihre nationalen Kulturindustrien und darüber ihre nationalen Kulturen im Interesse kultureller Vielfalt zu schützen, Rechnung trägt.⁶ Nachdem die Aufnahme einer „*exception culturelle*“, d.h. einer umfassenden, für alle kulturellen Güter und Dienstleistungen geltenden Bereichsausnahme in das WTO-Recht im Rahmen der sog. Uruguay-Runde (1986-1994)⁷ nicht gelungen war,⁸ verfolgten Frankreich und Kanada ihr Anliegen, nationale Kultur(-industrien) im Widerstreit mit welthandelsrechtlichen Liberalisierungsverpflichtungen zu schützen und zu fördern, auf der Grundlage des Konzepts der kulturellen Vielfalt weiter.⁹ Die am 20. Oktober 2005 angenommene und am 18. März 2007 in Kraft getretene¹⁰ UNESCO-Konvention bildet den Schlussstein dieser diplomatischen Bemühungen.¹¹

⁴ Aber auch Deutschlands, Griechenlands, Marokkos, Mexikos, Monacos und Senegals (*Jan Wouters/Bart De Meester*, *The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law: A Case Study in Fragmentation of International Law*, *JWT* Bd. 42 (2008), S. 205 ff. [208]). Zu den Verhandlungspositionen der Staaten siehe im Überblick *Antonios Vlassis/Lilian Richieri Hanania*, *Effects of the CDCE on trade negotiations*, in: *Richieri Hanania* (Fn. 2), S. 25 ff. (26).

⁵ Eingehend zur Entstehungsgeschichte der UNESCO-Konvention *Sibylle Uibeleisen*, *Kulturschutz und Handelsliberalisierung. Das UNESCO-Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen*, 2012, S. 108 ff.

⁶ Siehe etwa *Michael Hahn*, *The Convention on Cultural Diversity and International Economic Law*, *Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y* Bd. 2 (2007), S. 229 ff. (231): „the [Convention on Cultural Diversity] was developed to create an ‚exception culturelle‘ outside of the WTO“; siehe auch *Wouters/Meester* (Fn. 4), S. 215.

⁷ Zur Uruguay-Runde näher etwa *Christoph Herrmann*, in: *Christoph Herrmann/Wolfgang Weiß/Christoph Ohler*, *Welthandelsrecht*, 2. Aufl., 2007, § 6, Rn. 100 ff.

⁸ Siehe etwa *Wouters/Meester* (Fn. 4), S. 219, zum erfolglosen Bemühen der EU, eine kulturelle Bereichsausnahme für den AV-Sektor durchzusetzen; ferner *Mari Burri*, *Trade versus Culture: The Policy of Cultural Exception and the WTO*, in: *Karen Donders/Caroline Pauwels/Jan Loisen* (Hrsg.), *The Palgrave Handbook of European Media Policy*, 2014, S. 479 ff. (479, 481 ff.); *Christoph Beat Graber*, *The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO*, *JIEL* Bd. 9 (2006), S. 553 ff. (554 f.); *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 26.

⁹ Das Konzept der „kulturellen Vielfalt“ hat eine positive, ein legitimes Politik- bzw. Regelungsziel formulierende Stoßrichtung, während dem Konzept der „*exception culturelle*“ ein negatives, protektionistisches Image anhaftet (*Wouters/Meester* [Fn. 4], S. 209; siehe auch *Graber* [Fn. 8], S. 554). Eingehender zur Entwicklung des Konzepts der kulturellen Vielfalt *Graber* (Fn. 8), S. 556 ff.; *Lilian Richieri Hanania*, *Diversité culturelle et droit international du commerce*, 2009, S. 29 ff.; *Tania Voon*, *Cultural Products and the World Trade Organization*, 2007, S. 252 ff. Zum Versuch, den Gegensatz von Handel und Kultur durch einen inklusiven, holistischen Ansatz in Gestalt eines neuen Konzepts der „creative economy“ zu überwinden, *Rostam J. Neuwirth*, *The Future of the ‘Culture and Trade Debate’: A Legal Outlook*, *JKWT* Bd. 47 (2013), S. 391 ff.

¹⁰ Vgl. Art. 29 UNESCO-Konvention und hierzu http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#ENTRY.

¹¹ Dazu, dass sich die UNESCO-Konvention ihrem Inhalt nach freilich nicht nur auf Maßnahmen zur Abwehr von Bedrohungen kultureller Vielfalt durch den freien Welthandel bezieht, *Wouters/Meester* (Fn. 4), S. 211 f.

2. Schutzgut

Dabei bezieht sich der von der UNESCO-Konvention bezweckte Schutz nicht unmittelbar auf die „kulturelle Vielfalt“, sondern genauer auf die „Vielfalt kultureller Ausdrucksformen“. Das erweist nicht allein der Titel der UNESCO-Konvention, sondern auch die Legaldefinition des Begriffs der „kulturellen Vielfalt“ in Art. 4 Nr. 1 UNESCO-Konvention. Kulturelle Vielfalt zeigt sich danach in der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen, durch welche Kultur und kulturelles Erbe zum Ausdruck gebracht, bereichert und weitergegeben werden. Insbesondere aber offenbart sich kulturelle Vielfalt „in den vielfältigen Arten des künstlerischen Schaffens, der Herstellung, der Verbreitung, des Vertriebs und des Genusses von kulturellen Ausdrucksformen, unabhängig davon, welche Mittel und Technologien verwendet werden“ (Art. 4 Nr. 1 Satz 2 UNESCO-Konvention). Kulturelle Ausdrucksformen werden insbesondere von kulturellen Gütern und Dienstleistungen verkörpert bzw. übermittelt (vgl. Art. 4 Nr. 4 Satz 1 UNESCO-Konvention).

Durch diesen, sich auf Güter und Dienstleistungen beziehenden Ansatz stellt die UNESCO-Konvention den Marktbezug des Guts der kulturellen Vielfalt im Sinne der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen her.¹² Werden kulturelle Güter oder Dienstleistungen durch Mechanismen des freien Marktes verdrängt, so gehen mit ihnen kulturelle Ausdrucksformen verloren. Im Umfang jenes Verlusts verarmt nicht nur die Vielfalt kultureller Ausdrucksformen. Vielmehr können Kulturen und damit auch ein Teil des kulturellen Erbes der Menschheit möglicherweise überhaupt nicht mehr oder nur noch stark eingeschränkt zum Ausdruck kommen bzw. zum Ausdruck gebracht und weitergegeben werden. Das geht mit einem Verlust an kultureller Vielfalt einher.

3. Inhalt und Bedeutung

Nachfolgend soll überblicksartig der Inhalt der UNESCO-Konvention dargestellt werden, soweit das für das Verständnis des Spannungsverhältnisses der UNESCO-Konvention mit welthandelsrechtlichen Abkommen, insbesondere FTAs wie TTIP, ist. An geeigneter Stelle wird deshalb schon hier auf einige Aspekte der Bedeutung der UNESCO-Konvention für die TTIP-Verhandlungen eingegangen.

¹² In diesem Sinne wohl auch *Graber* (Fn. 8), S. 558.

a) Common-Heritage-Ansatz

In ihrer Präambel erhebt die UNESCO-Konvention die kulturelle Vielfalt zum „gemeinsamen Erbe der Menschheit“ (Präambel Abs. 2 UNESCO-Konvention). Mit diesem Common-Heritage-Ansatz wird die kulturelle Vielfalt zum gemeinsamen Anliegen¹³ aller Staaten und erhält damit den Rang eines Allgemeininteresses der internationalen (Staaten-)Gemeinschaft.¹⁴ Positiv getragen wird der Common-Heritage-Ansatz von der großen Zahl an 134 Staaten (Stand: 01.02.2015), welche die UNESCO-Konvention ratifiziert haben.¹⁵ Freilich bleibt sie damit hinter anderen universellen völkerrechtlichen Verträgen z.B. auf den Gebieten des internationalen Menschenrechtsschutzes¹⁶ oder des Umweltvölkerrechts¹⁷ klar zurück. Insbesondere verfügt auch die WTO mit 160 Vertragsstaaten (Stand: 01.02.2015) über deutlich mehr Mitglieder. Die UNESCO-Konvention selbst dürfte sich deshalb noch auf dem Weg zu einem (quasi-)universellen völkerrechtlichen Vertrag befinden.¹⁸ Dies relativiert den in der UNESCO-Konvention behaupteten Rang der kulturellen Vielfalt als „gemeinsames Erbe der Menschheit“ allerdings nur marginal. Denn bereits die von der UNESCO-Generalkonferenz einstimmig von 185 Staaten angenommene¹⁹ Allgemeine Erklärung über kulturelle Vielfalt (UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity)²⁰ von 2001 hat in ihrem Art. 1 Satz 4 die kulturelle Vielfalt als „gemeinsames Erbe der Menschheit“ deklariert. In jedem Fall markiert spätestens die rechtlich verbindliche UNESCO-Konvention den endgültigen Durchbruch der kulturellen Vielfalt als völkerrechtlich anerkanntes

¹³ Genau genommen liegt der UNESCO-Konvention nicht der „Common-Heritage-Ansatz“ zugrunde, wie er für Nichtstaatsgebiete, nämlich ausdrücklich für den Meeresboden (Art. 136 Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982 [BGBl. 1994 II S. 1799]) und den Mond (Art. 11 Abs. 1 Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies vom 5. Dezember 1979 [UNTS Bd. 1363, S. 3]), implizit aber auch für die Hohe See, die Antarktis sowie das Weltall und die anderen Himmelskörper (näher insoweit *Hans-Georg Dederer*, Rohstoffausbeutung, -bewirtschaftung und -verteilung aus der Sicht des allgemeinen Völkerrechts, in: Dirk Ehlers/Christoph Herrmann/Hans-Michael Wolfgang/Ulrich Jan Schröder [Hrsg.], Rechtsfragen des internationalen Rohstoffhandels, 2012, S. 37 [52]; a.A. aber z.B. *Patricia Birnie/Alan Boyle/Catherine Redgwell*, International Law and the Environment, 3. Aufl., 2009, S. 197 f.) gilt. Vielmehr entspricht der „Common-Heritage-Ansatz“ der UNESCO-Konvention eher dem „Common-Concern-Ansatz“, wie er der Biodiversitätskonvention (vgl. Präambel Abs. 3 des Übereinkommens über die biologische Vielfalt vom 5. Juni 1992 [BGBl. 1993 II S. 1741]) und der UN-Klimarahmenkonvention (vgl. Präambel Abs. 1 des Rahmenübereinkommens der Vereinten Nationen über Klimaänderungen vom 9. Mai 1992 [BGBl. 1993 II S. 1783]), ebenso zumindest implizit auch dem Montrealer Protokoll über Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht führen, vom 16. September 1987 (BGBl. 1988 II S. 1014) (siehe *Jutta Brunnée*, Common Areas, Common Heritage, and Common Concern, in: Daniel Bodansky/Jutta Brunnée/Ellen Hey [Hrsg.], The Oxford Handbook of International Environmental Law, 2007, S. 550 ff. ([564 ff.]) zugrunde liegt. Eine Art zusätzliches Indiz für die hier vertretene These bildet Art. 1 Satz 3 UNESCO Allgemeine Erklärung über kulturelle Vielfalt (siehe zu dieser Erklärung nochmals unten in und bei Fn. 20), wonach die kulturelle Vielfalt für die Menschheit so notwendig wie die biologische Vielfalt sei.

¹⁴ Siehe *Mira Burri-Nenova*, Trade versus Culture in the Digital Environment: an Old Conflict in Need of a New Definition, JIEL Bd. 12 (2008), S. 17 ff. (30).

¹⁵ Noch mehr Staaten, nämlich 148 Staaten der UNESCO hatten in der UNESCO-Generalkonferenz für das Abkommen gestimmt bei nur vier Enthaltungen (Australien, Honduras, Liberia, Nicaragua) und zwei Gegenstimmen (Israel, USA). Siehe *Graber* (Fn. 8), S. 558; *Wouters/Meester* (Fn. 4), S. 207.

¹⁶ Siehe z.B. den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 (BGBl. 1973 II S. 1534) mit 168 Vertragsparteien (Stand: 01.02.2015).

¹⁷ Siehe z.B. die UN-Klimarahmenkonvention (Fn. 13) mit 196 Vertragsparteien (Stand: 01.02.2015).

¹⁸ Vgl. *Graber* (Fn. 8), S. 559.

¹⁹ *Graber* (Fn. 8), S. 557.

²⁰ UNESCO, Records of the General Conference, 31st Session 2001, Vol. 1: Resolutions, 2002, S. 61 (<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001246/124687e.pdf>).

Allgemeininteresse, welches die Staaten als legitimes (Regelungs-)Ziel verfolgen dürfen.²¹ Daran vermag die vehemente Ablehnung der UNESCO--Konvention durch die USA nichts zu ändern.²²

b) Duale Natur kultureller Güter und Dienstleistungen

Gleichfalls in der Präambel wird der „Überzeugung“ Ausdruck verliehen, „dass kulturelle Aktivitäten, Güter und Dienstleistungen sowohl eine wirtschaftliche als auch eine kulturelle Natur haben, da sie Träger von Identitäten, Werten und Sinn sind, und daher nicht so behandelt werden dürfen, als hätten sie nur einen kommerziellen Wert“ (Abs. 18 Präambel UNESCO-Konvention). Gerade in der besonderen Betonung der dualen Natur kultureller Güter und Dienstleistungen (vgl. auch Art. 1 Buchst. g UNESCO-Konvention) liegt die Rechtfertigung dafür, derartige Güter und Dienstleistungen nicht vorbehaltlos den allgemeinen, d.h. für alle Arten von Gütern und Dienstleistungen geltenden Regeln des Welthandelsrechts zu unterwerfen.

c) Grundsatz der Souveränität

Unter der Überschrift „Grundsatz der Souveränität“ normiert die UNESCO-Konvention in ihrem Art. 2 Abs. 2 explizit das „souveräne Recht, Maßnahmen und eine Politik zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen in ihrem Hoheitsgebiet zu beschließen“. Dem entspricht das in Art. 1 Buchst. h UNESCO-Konvention aufgeführte Ziel, „das souveräne Recht der Staaten zu bekräftigen, die Politik und die Maßnahmen beizubehalten, zu beschließen und umzusetzen, die sie für den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen in ihrem Hoheitsgebiet für angemessen erachten“. Diese Bekräftigung wird in Art. 5 Abs. 1 UNESCO-Konvention für das „souveräne Recht“ der Staaten wiederholt, „ihre Kulturpolitik zu formulieren und umzusetzen sowie Maßnahmen zu beschließen, um die Vielfalt kultureller Ausdrucksformen zu schützen und zu fördern“.

Letztlich bildet dieses „souveräne Recht“ nur eine für den Kultursektor spezifische Ausprägung der allgemeinen, territorialen Souveränität eines jeden Staates²³. Es stellt insofern eine Selbstverständlichkeit dar.²⁴ Auch mit Blick auf aktuelle Debatten vor allem im

²¹ In diesem Sinne auch *Graber* (Fn. 8), S. 558 f.; *Michael Hahn*, A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law, *JIEL* Bd.9 (2006), S. 515 ff. (517); *Hahn* (Fn. 6), S. 235; *Wouters/Meester* (Fn. 4), S. 206 f.

²² Siehe aber auch *Hahn* (Fn. 21), S. 520, 534.

²³ Siehe auch den Hinweis „in ihrem Hoheitsgebiet“ in Art. 1 Buchst. h, Art. 2 Abs. 2 UNESCO-Konvention.

²⁴ Ebenso *Hahn* (Fn. 6), S. 243.

internationalen Investitionsschutzrecht²⁵ lässt sich jenes in der UNESCO-Konvention betonte „souveräne Recht“ als bloßer Unterfall des allgemeineren „right to regulate“ der Staaten begreifen. Die ausdrückliche Hervorhebung eines „souveränen“ Rechts der Staaten vermag schließlich nicht darüber hinwegzutäuschen, dass Staaten in Ausübung dieses Rechts an das Völkerrecht, insbesondere an die für sie verbindlichen völkerrechtlichen Verträge gebunden sind. Zusätzlich eingeschränkt wird das „souveräne“ Recht zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt schon rein faktisch durch den technologischen und wirtschaftlichen Wandel, nämlich durch die digitale Globalisierung bzw. globale Digitalisierung.²⁶ Kulturelle Güter und Dienstleistungen, zumal solche des AV-Sektors, werden als digitale Produkte weltweit als Attachment per E-Mail oder per Download über das Internet verfügbar (gemacht). Wurde schon bisher eine Verödung der kulturellen Vielfalt durch die weltweite Dominanz der US-amerikanischen Kulturindustrien befürchtet, so muss sich diese Besorgnis umso mehr steigern, als die beherrschenden globalen Akteure der Digitalisierung und des Internets wiederum US-amerikanische Firmen sind.²⁷ Ein FTA mit den USA wie vorliegend TTIP muss daher notwendig die prinzipiell begründete Sorge hervorrufen, dass aus den USA stammende kulturelle Güter und Dienstleistungen, insbesondere solche des AV-Sektors, die Vielfalt kultureller Ausdrucksformen und damit die kulturelle Vielfalt in den Partnerländern bedrohen könnten.

d) Rechte und Pflichten der Vertragsstaaten

Nach Art. 6 Abs. 1 UNESCO-Konvention sind die Vertragsstaaten berechtigt, Maßnahmen zum Schutz²⁸ und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen innerhalb ihres Hoheitsgebiets zu beschließen.²⁹ Art. 6 Abs. 2 UNESCO-Konvention führt in einem exemplarischen, d.h. nicht abschließenden Katalog auf, um welche Arten von Maßnahmen es sich dabei handeln kann. In Betracht kommen danach insbesondere „Regelungen“ zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen (Art. 6 Abs. 2 Buchst. a UNESCO-Konvention) und „öffentliche Finanzhilfen“ (Art. 6 Abs. 2 Buchst. d UNESCO-Konvention). Alle anderen in Art. 6 Abs. 2 UNESCO-Konvention genannten Maßnahmen dürften sich diesen beiden Typen von Maßnahmen, nämlich Regelungsmaßnahmen

²⁵ Siehe hierzu etwa *José E. Alvarez*, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, 2011, S. 367 ff.; ferner etwa *Hans-Georg Dederer*, *Neujustierung von Investorenschutz und „right to regulate“*, 16. April 2014 (<http://www.verfassungsblog.de/neujustierung-balance-von-investorenschutz-und-right-to-regulate/>).

²⁶ Eingehend hierzu *Burri-Nenova* (Fn. 14), S. 34 ff.

²⁷ Hierzu näher und eindringlich etwa *Yvon Thiec*, *From a moratorium in the conflict between trade and culture to the creation of a digital deal for cultural diversity*, in: *Richieri Hanania* (Fn. 2), S. 95 ff. (98 ff.).

²⁸ Schutzmaßnahmen sind Maßnahmen zur Erhaltung, Sicherung und Erhöhung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen (Art. 4 Nr. 7 UNESCO-Konvention).

²⁹ Nach *Wouters/Meester* (Fn. 4), S. 212, normiert die UNESCO-Konvention überhaupt nur ein einziges Hauptrecht, nämlich die in Art. 6 Abs. 1 enthaltene Gewährleistung.

einerseits, finanziellen Maßnahmen andererseits, zuordnen lassen.³⁰ Erwähnenswert ist darüber hinaus das Recht der Vertragsstaaten, Maßnahmen zum Schutz und zur Erhaltung kultureller Ausdrucksformen bei „Vorliegen einer besonderen Situation“ zu ergreifen, d.h. wenn kulturelle Ausdrucksformen im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei von Auslöschung bedroht oder ernsthaft gefährdet sind oder sonst dringender Sicherungsmaßnahmen bedürfen (Art. 8 Abs. 1 und 2 UNESCO-Konvention).

Die UNESCO-Konvention enthält darüber hinaus eine Vielzahl von Verpflichtungen. Im vorliegenden Zusammenhang mit den laufenden TTIP-Verhandlungen ist insbesondere von Bedeutung, dass die Vertragsparteien beim Eingehen anderer internationaler Verpflichtungen die einschlägigen Bestimmungen der UNESCO-Konvention berücksichtigen müssen, ohne dabei die UNESCO-Konvention anderen Verträgen unterzuordnen (Art. 20 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b UNESCO-Konvention). Daraus folgt ein Verbot, TTIP als einen gegenüber der UNESCO-Konvention normenhierarchisch höherrangigen Vertrag abzuschließen.

Ansonsten genießen die Vertragsstaaten der UNESCO-Konvention nach dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 1 Buchst. b UNESCO-Konvention („berücksichtigen“; authentisch:³¹ „take into account“) einen weiten, gemäß Art. 26 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)³² nach Treu und Glauben wahrzunehmenden Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum, wie sie ihren Rechten und Pflichten aus der UNESCO-Konvention beim Abschluss von TTIP Rechnung tragen wollen und können.

Bei der Wahrnehmung dieses Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums haben die Vertragsparteien der UNESCO-Konvention zu beachten, „dass die kulturelle Vielfalt durch den freien Austausch von Ideen gestärkt wird und dass sie durch den ständigen Austausch und die Interaktion zwischen den Kulturen bereichert wird“ (Präambel Abs. 14 UNESCO-Konvention). Gewollt ist insbesondere die „kulturelle Interaktion“ bzw. die „Interaktion zwischen den Kulturen“ (vgl. Präambel Abs. 16 und 19 UNESCO-Konvention). Zu diesem Zweck sollen die „Interkulturalität“ gefördert und der „Dialog zwischen den Kulturen“ angeregt werden (Art. 1 Buchst. c und d UNESCO-Konvention). Insbesondere sollen sich Maßnahmen zur Unterstützung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen mit dem Bestreben verknüpfen, „in geeigneter Weise die Offenheit gegenüber anderen Kulturen der Welt zu fördern“ (Art. 2 Nr. 8 UNESCO-Konvention). Zu beachten haben die Vertragsstaaten schließlich den „Grundsatz der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten“, wonach die kulturelle

³⁰ Siehe *Gilbert Gagné*, *Free Trade and Culture Policies: Evidence from Three US Agreements*, *JWT* Bd. 45 (2011), S. 1267 ff. (1269). Vgl. auch unten unter B.II.2.

³¹ Verbindlich sind neben dem englischen der arabische, chinesische, französische, russische und spanische Wortlaut (Art. 34 UNESCO-Konvention). Zur Bedeutung des authentischen Wortlauts für die Vertragsauslegung siehe Art. 33 WVK.

³² Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (BGBl. 1985 II S. 921).

Vielfalt nur dann geschützt und gefördert werden kann, wenn insbesondere auch „die Informations- und die Kommunikationsfreiheit ... garantiert sind“ (Art. 2 Nr. 1 UNESCO-Konvention). Die kulturelle Abschottung der EU vor US-amerikanischer Populärkultur würde danach kein legitimes Ziel der Vertragsverhandlungen über TTIP bilden. Denn „Interaktion“ und „Dialog“ zwischen den Kulturen bzw. „Interkulturalität“ sowie „Informations- und Kommunikationsfreiheit“ lassen sich gerade auch über den Handel mit kulturellen Gütern und Dienstleistungen verwirklichen.³³

Insgesamt liegt der Schwerpunkt der UNESCO-Konvention aber auf der Normierung von Rechten, weniger auf der Normierung von Pflichten.³⁴ Denn ungeachtet der Pflichtenzahl sind die daraus resultierenden Verpflichtungswirkungen der UNESCO-Konvention sehr begrenzt.³⁵ Der Charakter eines vor allem Rechte der Staaten postulierenden Abkommens wird darüber hinaus dadurch verstärkt, dass sich die Rechte der Vertragsparteien aus der UNESCO-Konvention als nur wenig begrenzt oder bedingt darstellen.³⁶

3. Verhältnis zu anderen Abkommen

Das Spannungsverhältnis zwischen der UNESCO-Konvention und dem Welthandelsrecht, insbesondere dem Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT)³⁷ und dem Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (General Agreement on Trade in Services – GATS),³⁸ wurde von Anfang an gesehen.³⁹ Allerdings lässt sich der UNESCO-Konvention nicht mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen, wie ein Konflikt zwischen Rechten aus der UNESCO-Konvention und Pflichten aus dem WTO-Recht bzw. Welthandelsrecht, z.B. aus FTAs⁴⁰ wie TTIP, aufzulösen ist.⁴¹

Die UNESCO-Konvention soll anderen Verträgen nicht untergeordnet sein (Art. 20 Abs. 1 UNESCO-Konvention). Im Fall einer Normkollision soll sich also z.B. nicht völkervertragliches Welthandelsrecht wie TTIP als höherrangiges Recht gegen die UNESCO-Konvention

³³ Zutreffend *Hahn* (Fn. 21), S. 520: „Cultural diversity only happens if people, goods and services move across borders“.

³⁴ *Chi Carmody*, Creating „Shelf-Space“: NAFTA's Experience with Cultural Protection and Its Relevance for the WTO, *Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y Bd.* 2 (2007), S. 287 ff. (299); *Jingxia Shi*, Free Trade and Cultural Diversity in International Law, 2013, S. 113.

³⁵ *Burri-Nenova* (Fn. 14), S. 22 ff.; *Carmody* (Fn. 34), S. 299; *Graber* (Fn. 8), S. 563; *Shi* (Fn. 34), S. 113 f.

³⁶ *Carmody* (Fn. 34), S. 302; *Shi* (Fn. 34), S. 113.

³⁷ Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen vom 15. April 1994 (ABl. EU L 336 vom 23.12.1994, S. 20), dessen zentraler Bestandteil das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen vom 30. Oktober 1947 (GATT 1947; BGBl. 1951 II S. 173) bildet. Nachfolgend zitierte Artikel des „GATT“ sind solche des GATT 1947.

³⁸ Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen vom 15. April 1994 (ABl. EU L 336 vom 23.12.1994, S. 191).

³⁹ *Wouters/Meester* (Fn. 4), S. 220.

⁴⁰ Zur Geltung des Art. 20 Abs. 2 UNESCO-Konvention auch für bilaterale FTAs *Hahn* (Fn. 6), S. 254.

⁴¹ Eingehend hierzu etwa *Uibeleisen* (Fn. 5), S. 189 ff., 294 ff.

durchsetzen. Außerdem lässt die UNESCO-Konvention Rechte und Pflichten der Vertragsparteien aus anderen Verträgen unberührt (Art. 20 Abs. 2 UNESCO-Konvention). Sie nimmt also für sich keinen Vorrang selbst für den Fall in Anspruch, dass die Ausübung bzw. Erfüllung von Rechten oder Pflichten aus anderen, z.B. welthandelsrechtlichen Abkommen wie TTIP schwere Schäden oder Gefahren für die kulturelle Vielfalt hervorrufen könnten.⁴² Sollte Art. 20 Abs. 2 UNESCO-Konvention weitergehend zum Ausdruck bringen, dass sie nicht als mit Rechten und Pflichten der Vertragsparteien z.B. aus welthandelsrechtlichen Abkommen unvereinbar anzusehen sein soll,⁴³ dann hätten jene Abkommen, also z.B. auch TTIP, gemäß der Regel des Art. 30 Abs. 2 WVK Vorrang vor der UNESCO-Konvention. Soweit Art. 20 UNESCO-Konvention insgesamt allerdings nur klarstellen wollte, dass die UNESCO-Konvention anderen völkerrechtlichen Verträgen im Ausgangspunkt gleichgeordnet ist, wäre die Vorschrift entbehrlich gewesen. Für diesen (Regel-)Fall des Verhältnisses völkerrechtlicher Verträge zueinander wären Normkollisionen nach den Regeln des allgemeinen Vertragsrechts zu lösen.⁴⁴

Wie auch immer die Vorschrift des Art. 20 UNESCO-Konvention auszulegen ist, sie vermag das Verhältnis der UNESCO-Konvention zu anderen Verträgen nicht mit Wirkung für solche Staaten festzulegen, die nicht Vertragspartei der UNESCO-Konvention und infolgedessen nicht an deren Bestimmungen gebunden sind.⁴⁵ Dieser sog. *pacta tertiis*-Grundsatz (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*; vgl. Art. 34 WVK) schließt namentlich aus, dass sich für die USA aus der UNESCO-Konvention völkervertragliche Bindungswirkungen ergeben. In einem Rechtsstreit zwischen der USA und einer Vertragspartei der UNESCO-Konvention aus einem welthandelsrechtlichen Abkommen wie TTIP müssen sich also die USA nicht entgegenhalten lassen, wie die UNESCO-Konvention gemäß ihrem Art. 20 ihr Verhältnis zu jenem Vertrag sieht.

Für die EU und die EU-Mitgliedstaaten gilt, dass sie sowohl die UNESCO-Konvention wie TTIP nach Treu und Glauben zu erfüllen haben (Art. 20 Abs. 1 Satz 1 UNESCO-Konvention). Das folgt freilich schon aus allgemeinem Vertragsrecht (vgl. Art. 26 WVK).⁴⁶ Nach Art. 20 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a UNESCO-Konvention obliegt der EU und den EU-Mitgliedstaaten, die wechselseitige Unterstützung zwischen der UNESCO-Konvention und TTIP zu fördern. Die Pflicht zur Berücksichtigung der UNESCO-Konvention bei der Auslegung und Anwendung von TTIP gemäß Art. 20 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b UNESCO-Konvention trifft

⁴² Zu einer derartigen, in den Verhandlungsprozess zunächst eingeführten, später aber aufgegebenen Formulierung der Konfliktregel des Art. 20 UNESCO-Konvention siehe *Graber* (Fn. 8), S. 565; *Hahn* (Fn. 6), S. 284 f.; *Wouters/Meester* (Fn. 4), S. 235.

⁴³ So die Deutung von *Hahn* (Fn. 6), S. 250.

⁴⁴ *Richieri Hanania* (Fn. 9), S. 324 f.; in diesem Sinne auch *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 27.

⁴⁵ In diesem Sinne auch *Wouters/Meester* (Fn. 4), S. 229, 238, 239.

⁴⁶ Ebenso *Hahn* (Fn. 6), S. 247 f.

allein die EU und die EU-Mitgliedstaaten, nicht aber aus den soeben genannten Gründen⁴⁷ die USA.

II. Kultur und Freihandel

1. Kulturelle Güter und Dienstleistungen

a) Begriff

Kulturelle Güter und Dienstleistungen werden wie andere Güter und Dienstleistungen auch gehandelt. Das reduziert sie aber nicht auf Gegenstände von Handelsgeschäften. Zu Recht hält die UNESCO-Konvention fest, dass kulturelle Güter und Dienstleistungen nicht nur einen „kommerziellen Wert“ haben (können),⁴⁸ sondern in erster Linie „Träger von Identitäten, Werten und Sinn“ sind (Präambel Abs. 18, Art. 1 Buchst. g UNESCO-Konvention). Sie verkörpern oder übermitteln kulturelle Ausdrucksformen (Art. 4 Nr. 4 UNESCO-Konvention), also Ausdrucksformen, welche durch Kreativität entstehen und einen kulturellen Inhalt haben (Art. 4 Nr. 3 UNESCO-Konvention). Kulturelle Inhalte bilden symbolische Bedeutungen, künstlerische Dimensionen oder kulturelle Werte, die aus kulturellen Identitäten entstehen oder kulturelle Identitäten zum Ausdruck bringen (Art. 4 Nr. 2 UNESCO-Konvention).

Eine besondere, für den Welthandel freilich höchst bedeutsame Kategorie kultureller Güter und Dienstleistungen bilden Güter und Dienstleistungen des AV-Sektors, die sich in der Regel der Populärkultur zuordnen lassen.⁴⁹ Zu den AV-Gütern bzw. -Dienstleistungen gehören etwa Kinofilme, Radio- und Fernsehsendungen, Videos, Musikaufzeichnungen oder Computerspiele.

b) Besonderheiten

Die Märkte für kulturelle Güter und Dienstleistungen bilden jedenfalls auf dem AV-Sektor Beispiele für (zumindest drohendes) Marktversagen.⁵⁰ Speziell im AV-Sektor schlägt sich die gewaltige Dominanz der US-amerikanischen Kulturindustrie massiv nieder.⁵¹ Zu den weltweit größten internationalen Medienkonglomeraten gehören US-amerikanische Firmen wie

⁴⁷ Oben in und bei Fn. 45.

⁴⁸ Siehe auch Art. 4 Nr. 4 UNESCO-Konvention: „kommerziellen Wert, den sie möglicherweise [sic!] haben“.

⁴⁹ Siehe etwa *Hahn* (Fn. 21), S. 521; *Hahn* (Fn. 6), S. 230 f.

⁵⁰ Näher hierzu etwa *Peter S. Grant*, Der kulturelle Werkzeugkasten. Warum unterscheiden sich audiovisuelle Güter von anderen?, in: *politik und kultur* Nr. 01/06, 2006, S. 1 ff.; ausführlicher und instruktiv *Uibeleisen* (Fn. 5), S. 67 ff.; ferner *Burri-Nenova* (Fn. 14), S. 32 f.; *Richieri Hanania* (Fn. 9), S. 29 ff.; *Tania Voon*, Cultural Products and the World Trade Organization, 2007, S. 44 ff.

⁵¹ Hierzu etwa *Hahn* (Fn. 21), S. 519 f.

Comcast, Disney, Fox, Time-Warner oder Viacom.⁵² Diese Unternehmen können sich nicht nur gewaltige Investitionen z.B. in die Herstellung und Bewerbung einzelner Kinofilme leisten, welche die entsprechenden Ausgaben der Filmindustrien anderer Länder bei weitem übersteigen, sondern verschiedene Medienformate in Bezug auf ein und denselben Film auch quersubventionieren, so dass Verluste in einer Sparte (z.B. Filmvorführung) durch Gewinne in einer anderen Sparte (DVDs, Merchandise-Artikel) ausgeglichen werden können.⁵³ Außerdem erlauben die Einnahmen auf dem großen US-amerikanischen Markt, Filme in anderen Staaten zu den Preisen der dortigen Märkte oder sogar unterhalb des dortigen Preisniveaus zu verbreiten.⁵⁴

Insofern erscheint jedenfalls plausibel, dass nationale Kulturindustrien ganz oder teilweise vor allem durch US-amerikanische Kulturindustrien jedenfalls im AV-Sektor verdrängt werden könnten. Gerade über AV-Güter bzw. -Dienstleistungen wie z.B. Filme und Fernsehsendungen werden aber die kulturelle Identität prägende Bilder und Erzählungen weitergegeben und vermittelt. Daraus erhellt, dass der (drohende) Niedergang der eigenen, nationalen Kulturindustrien zugleich als Bedrohung der eigenen nationalen, kulturellen Identität wahrgenommen wird.⁵⁵

Hinzu kommt die Digitalisierung von AV-Gütern und -Dienstleistungen. Sie erleichtert nicht nur die Herstellung kultureller Güter und Dienstleistungen im AV-Sektor, sondern erlaubt auch, derartige Güter und Dienstleistungen weltweit und kostengünstig ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen (z.B. über Download aus dem Internet) anzubieten und zu verbreiten. Insoweit ist wiederum zu bedenken, dass die global dominierenden Internet-Händler bzw. -Dienstleister (wie z.B. Amazon, Apple, Facebook oder Google) wiederum US-amerikanische Firmen sind.

2. „Typologie“ handelsbeschränkender Maßnahmen im kulturellen Sektor

Handelbeschränkende Maßnahmen im kulturellen Sektor lassen sich in zwei Kategorien einteilen, nämlich in Regelungsmaßnahmen einerseits und finanzielle Maßnahmen andererseits.⁵⁶

⁵² *Lilian Richieri Hanania*, Cultural Diversity and Regional Trade Agreements – The European Union Experience with Cultural Cooperation Frameworks, Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y Bd. 7 (2012), S. 423 ff. (426 f.).

⁵³ *Richieri Hanania* (Fn. 52), S. 427.

⁵⁴ Siehe *Ivan Bernier*, Les accords de libre-échange conclus récemment par les États-Unis en tant qu'exemple de leur nouvelle stratégie relativement au secteur audiovisuel, Diversité Culturelle Bd. 4 (2004), S. 1 ff. (5 f.).

⁵⁵ Vgl. hierzu etwa *Hahn* (Fn. 21), S. 517 ff., 524; *Hahn* (Fn. 6), S. 232.

⁵⁶ Siehe hierzu schon oben in und bei Fn. 30. Zu den Arten von Maßnahmen, die Staaten zum Schutz und zur Förderung ihrer Kulturindustrien ergreifen, eingehend *Richieri Hanania* (Fn. 9), S. 61 ff.; *Shi* (Fn. 34), S. 51 ff.; im Überblick *Hahn* (Fn. 21), S. 530 f. Umfassender Versuch einer Typologisierung bei *Christoph Beat Graber*, Audio-

a) Regelungsmaßnahmen

Regelungsmaßnahmen bilden z.B. Vorschriften über die Bevorzugung inländischer Programminhalte in Radio- und Fernsehsendungen, ferner Leinwandquoten für Kinos oder Verbote der Synchronisierung bzw. Untertitelung ausländischer Filme. Zum Kreis der Regelungsmaßnahmen gehören außerdem Maßnahmen zum Zweck der Kontrolle von Auslandsinvestitionen etwa in den Bereichen von Radio und Fernsehen, schließlich mengenmäßige Beschränkungen z.B. für die Einfuhr ausländischer Filme.⁵⁷

b) Finanzielle Maßnahmen

Unter die finanziellen Maßnahmen fallen namentlich Subventionen, zinsgünstige Darlehen, Kreditgarantien oder Steuervergünstigungen.⁵⁸ Konkrete Beispiele bilden etwa Subventionen für die Herstellung und Vermarktung kultureller Güter und Dienstleistungen, die Erhebung einer Abgabe auf den Kartenverkauf in Kinos oder auf den Verkauf von DVDs zum Zweck der Förderung nationaler AV-Industrien, ferner steuerliche Erleichterungen für Kinos, die nationale Filme vorführen, oder schlicht Zölle auf die Einfuhr ausländischer Filme.⁵⁹

3. Kultur und WTO

Das erfolglose Bemühen vor allem Kanadas und der EU (und auf Seiten der EU insbesondere Frankreichs), kulturelle Güter und Dienstleistungen im Wege einer „*exception culturelle*“, also einer kulturellen Bereichsausnahme umfassend vom Anwendungsbereich des WTO-Rechts auszunehmen, bedeutet nicht, dass kulturelle Güter und Dienstleistungen uneingeschränkt den WTO-Abkommen unterworfen, gleichsam ausgeliefert wären. Vielmehr lässt sich für das WTO-Recht eine gewisse kulturelle Sensibilität belegen.⁶⁰ Dabei ist nach kulturellen Gütern einerseits, für welche das GATT einschlägig ist, und kulturellen Dienstleistungen andererseits, welche unter das GATS fallen, zu differenzieren.⁶¹

visual policy: the stumbling block of trade liberalisation? in: Damien Gerardin/David Luff (Hrsg.), *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audio-Visual Services*, 2004, S. 165 ff. (173 ff.).

⁵⁷ Siehe zu diesen Beispielen *Gagné* (Fn. 30), S. 1269; *Hahn* (Fn. 6), S. 242.

⁵⁸ *Gagné* (Fn. 30), S. 1269.

⁵⁹ Siehe zu diesen Beispielen *Hahn* (Fn. 6), S. 242.

⁶⁰ Ergänzend zu den nachfolgenden Ausführungen ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund der Zollzugeständnisse der WTO-Mitglieder für Bücher und Musikaufnahmen geringe oder überhaupt keine Zölle erhoben werden. Ferner wird der Schutz des geistigen Eigentums vor allem durch das TRIPS-Abkommen erheblich gestärkt. Hierzu etwa *Hahn* (Fn. 21), S. 521; *Hahn* (Fn. 6), S. 231.

⁶¹ Im vorliegenden Zusammenhang außer Betracht gelassen werden das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen vom 15. April 1994 (ABl. EU L 336 vom 23.12.1994, S. 156) und das Übereinkommen zur Durchführung des Artikels VI des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens 1994 vom 15. April 1994 (ABl. EU L 336 vom 23.12.1994, S. 103; sog. Antidumpingabkommen). Zu begrenzten Bedeutung

Die Betrachtung beider Regelwerke, GATT und GATS, ist vorliegend insofern von Bedeutung, als sie in Art. XX GATT und Art. IV GATS sog. „Allgemeine Ausnahmen“ von den jeweiligen Liberalisierungspflichten vorsehen. In CETA wird explizit Art. XX GATT im Wege einer Verweisung (z.T. unter gleichzeitiger Kodifizierung ihrer Auslegung durch den WTO-Appellate Body) in Bezug genommen werden.⁶² Auch in TTIP könnte deshalb eine Verweisung vorgesehen werden.

a) GATT

Kulturelle Güter (z.B. CDs, DVDs, Bücher, Zeitschriften, Gemälde, Filme) fallen unter die WTO-Regeln des Warenhandels, wie sie namentlich⁶³ im GATT normiert sind.⁶⁴ Das GATT gründet auf den drei Fundamentalsäulen des Welthandelsrechts, nämlich der Meistbegünstigung (Art. I GATT), der Inländerbehandlung (Art. III GATT) und dem Marktzugang, der konkret im GATT in Gestalt des Verbots nichttarifärer Handelshemmnisse in Art. XI GATT⁶⁵ gewährleistet wird. Die darauf beruhende umfassende Liberalisierung des Warenhandels erfasst auch den Handel mit kulturellen Gütern.

Durch eine Bereichsausnahme eingeschränkt wird lediglich die Inländerbehandlung (Art. III GATT). Danach stellen „mengenmäßige Beschränkungen für belichtete Kinofilme“ keine Verletzung der Inländerbehandlung dar, wenn sie den Vorschriften des Art. IV GATT entsprechen (Art. III Abs. 10 GATT). Die einzig zulässige Form mengenmäßiger Beschränkungen bilden danach „Spielzeitkontingente“ (Art. IV GATT), also Leinwandquoten. Diese Spielzeitkontingente müssen dabei bestimmten Anforderungen genügen (siehe Art. IV Buchst. a-d GATT). Die ursprünglich (mit Blick auf die Übermacht der Hollywood-Filmstudios)⁶⁶ große praktische Bedeutung dieser kulturellen Bereichsausnahme hat sich weitgehend verflüchtigt,⁶⁷ zumal sich die Vorschriften der Art. III Abs. 10, IV GATT mit Blick

dieser WTO-Abkommen im vorliegenden Zusammenhang *Uibeleisen* (Fn. 5), S. 272, 275; ferner *Hahn* (Fn. 21), S. 521, 532; *Hahn* (Fn. 6), S. 242.

⁶² Siehe „Article X.02: General Exceptions: For the purposes of Chapters ..., GATT 1994 Article XX is incorporated into and made part of this Agreement. The Parties understand that the measures referred to in GATT 1994 Article XX(b) include environmental measures necessary to protect human, animal and plant life or health. The Parties further understand that GATT 1994 Article XX(g) applies to measures for the conservation of living and non-living exhaustible natural resources.“

⁶³ Zu den weiteren den Warenhandel betreffenden WTO-Abkommen siehe Anhang 1A zum Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 (ABl. EU L 336 vom 23.12.1994, S. 3; WTO-Übereinkommen).

⁶⁴ *Hahn* (Fn. 21), S. 525.

⁶⁵ Daneben in Gestalt der Zollbindung nach Art. II GATT. Zu den Grundprinzipien des GATT etwa *Matthias Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 10. Aufl., 2014, § 10, Rn. 30 ff.; *Markus Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, 3. Aufl., 2012, Rn. 302 ff.

⁶⁶ Siehe *Burri* (Fn. 8), S. 480; näher *Toshiyuki Kono/Steven Van Uytsel*, The Convention on the Diversity of Cultural Expressions. Beyond a Trade and Culture Convention, in: Toshiyuki Kono/Steven Van Uytsel (Hrsg.), The UNESCO Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law, 2012, S. 3 ff. (6 f.).

⁶⁷ *Graber* (Fn. 56), S. 199; *Graber* (Fn. 8), S. 568; *Shi* (Fn. 34), S. 130 f.

auf den eindeutigen Wortlaut („mengenmäßige Beschränkungen“, „belichtete Kinofilme“) und ihren Charakter als Ausnahmegesetze auf andere Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung sonstiger kultureller Güter nicht, auch nicht analog anwenden lassen.⁶⁸

Die Liberalisierungsverpflichtungen des GATT, wie sie sich vornehmlich aus Art. I, III und XI GATT ergeben, schließen indes nicht aus, dass WTO-Mitglieder Maßnahmen in Verfolgung legitimer Politikziele ergreifen. Der Wahrung des „*right to regulate*“ dienen die in Art. XX GATT vorgesehenen „Allgemeinen Ausnahmen“. Unter dem Vorbehalt des sog. „chapeau“ des Art. XX GATT⁶⁹ dürfen die WTO-Mitglieder insbesondere Maßnahmen „zum Schutze nationalen Kulturgutes von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert“ (Art. XX Buchst. f GATT), aber auch Maßnahmen „zum Schutze der öffentlichen Sittlichkeit“ (Art. XX Buchst. a GATT)⁷⁰ sowie Maßnahmen, „die zur Anwendung von Gesetzen oder sonstigen Vorschriften erforderlich sind, welche nicht gegen [das GATT] verstoßen“ (Art. XX Buchst. d GATT),⁷¹ beschließen und durchführen. Darüber, ob Produkte zeitgenössischer Kreativität (etwa Blockbuster-Filme oder Comics) Kulturgüterschutz i.S. von Art. XX Buchst. f GATT genießen, lässt sich trefflich streiten.⁷² Jedenfalls wird vertreten, dass Art. XX Buchst. f GATT herangezogen werden könnte, um Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Identität bzw. Vielfalt zu rechtfertigen.⁷³ Ob die kulturelle Vielfalt bzw. die Vielfalt kultureller Ausdrucksformen als solche ein Schutzgut der „öffentlichen Sittlichkeit“ i.S. von Art. XX Buchst. a GATT bildet, ist durch die Spruchpraxis der WTO-Panels bzw. des WTO Appellate Body bislang nicht geklärt.⁷⁴ In jedem Fall hat das WTO-Panel im Fall *China – Audiovisuals* aber anerkannt, dass Druckschriften und AV-Produkte aufgrund ihres Inhalts die öffentliche Sittlichkeit gefährden können.⁷⁵ Ferner haben WTO-Mitglieder außerhalb von Streitbeilegungsverfahren verschiedentlich Maßnahmen mit Art. XX Buchst. a GATT gerechtfertigt. So stützte Bangladesch z.B. ein Importverbot für Horrorcomics und unzüchtige

⁶⁸ Das gilt namentlich für im Fernsehen gesendete Filme (*Hahn* [Fn.6], S. 241). Näher und im Ergebnis wie hier *Uibeleisen* (Fn. 5), S. 251 ff., 343. Siehe auch *Shi* (Fn. 34), S. 131 ff.

⁶⁹ Wonach die Maßnahmen nach Art. XX Buchst. a-j GATT „nicht so angewendet werden [dürfen], dass sie zu einer willkürlichen und ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen Ländern, in denen gleiche Verhältnisse bestehen, oder zu einer verschleierte Beschränkung des internationalen Handels führen“.

⁷⁰ Zu Art. XX Buchst. a GATT nochmals unten in und bei Fn. 84 bis 75.

⁷¹ Die Anwendbarkeit des Art. XX Buchst. d GATT im vorliegenden Zusammenhang ablehnend *Uibeleisen* (Fn. 5), S. 263 f.; ebenso *Shi* (Fn. 34), S. 144; a.A. *Alex Khachaturian*, *The New Cultural Diversity Convention and its Implications on the WTO International Trade Regime: A Critical Comparative Analysis*, *Texas International Law Journal* Bd. 42 (2006), S. 191 ff. (206).

⁷² Ablehnend *Graber* (Fn. 8), S. 568 f.; in der Tendenz auch *Voon* (Fn. 50), S. 105, 143 ff.; tendenziell eher bejahend *Uibeleisen* (Fn. 5), S. 343 f.; ebenso wohl *Hahn* (Fn. 6), S. 255; auch eher offen *Shi* (Fn. 34), S. 145 f.; siehe hierzu auch *Burri* (Fn. 8), S. 485.

⁷³ *Peter Van den Bossche/Werner Zdouc*, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 3. Aufl., 2013, S. 572.

⁷⁴ Näher hierzu *Uibeleisen* (Fn. 5), S. 251 ff.; siehe auch *Voon* (Fn. 50), S. 105 ff., 156 ff.

⁷⁵ WTO Panel Report WT/DS363/R, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, Tz. 7.763.

und umstürzlerische Literatur auf Art. XX Buchst. a GATT als Maßnahme zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit.⁷⁶

b) GATS

Auch das GATS stützt sich für Zwecke der Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs auf die drei „klassischen“ Pfeiler Marktzugang (Art. XVI GATS), Inländerbehandlung (Art. XVII GATS) und Meistbegünstigung (Art. II GATS). Allerdings gilt für den Marktzugang (Art. XVI GATS) wie für die Inländerbehandlung (Art. XVII GATS) der sog. „Positivlistenansatz“, auch „Bottom up-Ansatz“ genannt.⁷⁷ D.h. Marktzugang und Inländerbehandlung sind immer nur insoweit gewährleistet, als sich eine Vertragspartei in einer besonderen Liste hierzu spezifisch verpflichtet hat (vgl. Art. XVI Abs. 1, XVII Abs. 1, XX GATS). Dieser Verhandlungs- bzw. Regelungsansatz hat dazu geführt, dass sich die allermeisten WTO-Mitglieder entschlossen haben, den kulturellen, namentlich den AV-Sektor nicht zu liberalisieren, also die Regeln des Marktzugangs und der Inländerbehandlung für sich auszuschließen⁷⁸. Für die Meistbegünstigung (Art. II GATS) gilt dagegen der sog. „Negativlistenansatz“, auch „Top-down-Ansatz“ genannt. D.h. die Vertragsparteien sind grundsätzlich zur Meistbegünstigung verpflichtet, soweit sie sich nicht Ausnahmen in einer besonderen Liste (Anlage zu Art. II GATS) vorbehalten haben. Von derartigen Ausnahmen haben wiederum die allermeisten WTO-Mitglieder für den kulturellen, insbesondere den AV-Sektor Gebrauch gemacht.⁷⁹

Freilich gilt auch für kulturelle Dienstleistungen das Prinzip der fortschreitenden Liberalisierung (Art. XIX Abs. 1 Satz 1 GATS). D.h. weitere Liberalisierungen gerade auch des kulturellen, vor allem des AV-Sektors müssen den Gegenstand zukünftiger Verhandlungsrunden bilden. Diese Verpflichtung ist wie jede völkervertragliche Verpflichtung nach Treu und Glauben zu erfüllen (Art. 26 WVK). Verpflichtend gefordert ist aber gleichwohl nur, dass sich die Vertragsparteien auf weitere Verhandlungen mit dem Ziel, „schrittweise einen höheren Stand der Liberalisierung zu erreichen“ (Art. XIX Abs. 1 Satz 1 GATS), ernsthaft einlassen.⁸⁰ Inwieweit dabei spezifisch der Kultur-, zumal der AV-Sektor mehr als bislang liberalisiert wird, bildet indes nur einen der vielen Gegenstände dieser Verhandlungen, gehört also zur Verhandlungsmasse. Vor allem vermag das Prinzip fortschreitender Liberalisierung einen erfolgreichen Abschluss weiterer Verhandlungsrunden nicht zu gebieten. Die Annahme des Textes eines Vertrags (Art. 9 WVK), z.B. eines

⁷⁶ Van den Bossche/Zdouc (Fn. 73), S. 571.

⁷⁷ Burri (Fn. 8), S. 484; Burri-Nenova (Fn. 14), S. 46.

⁷⁸ Burri (Fn. 8), S. 484; Hahn (Fn. 21), S. 515, 526; Hahn (Fn. 6), S. 233 f., 240: „quasi-universal non-application of GATS rules to cultural services“; Shi (Fn. 34), S. 137; Voon (Fn. 50), S. 109 ff.

⁷⁹ Hahn (Fn. 21), S. 515; Hahn (Fn. 6), S. 233 f., 240; Shi (Fn. 34), S. 137; Voon (Fn. 50), S. 113 ff.; siehe auch Burri (Fn. 8), S. 484.

⁸⁰ Ebenso Christoph Ohler, in: Herrmann/Weiß/Ohler (Fn. 7), 858.

Protokolls über weitergehende Liberalisierungen in einem bestimmten Sektor (wie dem Kultur- oder speziell dem AV-Sektor), wie auch die Zustimmung, an diesen Vertrag gebunden zu sein (Art. 11 ff. WVK), bleibt der souveränen Entscheidung eines jeden Staates überlassen. Normiert wird also keine Verpflichtung zu einem bestimmten Erfolg, sondern nur eine Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten. Diese Rechtslage ändert freilich nichts daran, dass im Rahmen weiterer Verhandlungsrunden⁸¹ von interessierter Seite politischer Druck aufgebaut werden kann, der WTO-Mitglieder dazu bewegen soll, Ausnahmen von der Meistbegünstigung zurückzunehmen und (weitere) Liberalisierungsverpflichtungen in den Bereichen des Marktzugangs und der Inländerbehandlung einzugehen.⁸²

Ähnlich Art. XX GATT enthält das GATS in Art. XIV eine Klausel über „Allgemeine Ausnahmen“. Unter Berücksichtigung wiederum eines sog. „chapeau“⁸³ kann die Annahme oder Durchsetzung von Maßnahmen zulässig sein, „die erforderlich sind, um die öffentliche Moral ... aufrechtzuerhalten“ (Art. XIV Buchst. a GATS) oder „um die Erhaltung von Gesetzen oder sonstigen Vorschriften zu gewährleisten, die nicht im Widerspruch [zum GATS] stehen“ (Art. XIV Buchst. c GATS). Dabei ist der Begriff der „öffentlichen Moral“ i.S. von Art. XIV Buchst. a GATS (mit Blick auf den authentischen, jeweils gleichen Wortlaut „public morals“ in Art. XIV Buchst. a GATS und in Art. XX Buchst. a GATT) mit dem Begriff der „öffentlichen Sittlichkeit“ in Art. XX Buchst. a GATT identisch. Auslegungen der einen Vorschrift lassen sich daher grundsätzlich auf die Auslegung der anderen Vorschrift übertragen.⁸⁴ Danach haben die WTO-Mitglieder einen gewissen Spielraum, wie sie in Übereinstimmung mit ihren eigenen Wertesystemen und -stufungen das Konzept der „öffentlichen Sittlichkeit“ für sich definieren und anwenden wollen.⁸⁵ Den Rahmen hierfür bildet freilich der Begriff der „öffentlichen Sittlichkeit“, der „standards of right and wrong conduct maintained by or on behalf of a community or nation“ bezeichnet.⁸⁶ In den Einschätzungsspielraum der WTO-Mitglieder fällt dabei auch die Bestimmung des für angemessen erachteten Schutzniveaus.⁸⁷ Insofern kann der Inhalt von „öffentlicher

⁸¹ Siehe zu den fruchtlosen Verhandlungen im Rahmen der Doha-Runde (seit 2001) *Burri* (Fn. 8), S. 485 f.; *Kono/Van Uytsel* (Fn. 66), S. 16 f.; *Richieri Hanania* (Fn. 9), S. 193 ff.; *Shi* (Fn. 34), S. 138 f.; skeptisch bereits *Graber* (Fn. 56), S. 169 ff.; seinerzeit dagegen noch zuversichtlicher *Kelly Cameron*, *Telecommunications and audio-visual services in the context of the WTO: today and tomorrow*, in: *Gerardin/Luff*, (Fn. 56), S. 21 ff. (31 ff.).

⁸² Siehe hierzu die *Communication from Hong Kong, China, Japan, Mexico, The Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Keelung and Matsu, and United States, Joint Statement on the Negotiations on Audiovisual Services*, TN/SW/49, 30. Juni 2005.

⁸³ D.h. „[u]nter der Voraussetzung, dass Maßnahmen nicht in einer Weise angewendet werden, die ein Mittel zu willkürlicher oder unberechtigter Diskriminierung unter Ländern, in denen gleiche Bedingungen herrschen, oder eine verdeckte Beschränkung für den Handel mit Dienstleistungen darstellen würde“.

⁸⁴Vgl. *WTO Panel Report WT/DS258/R, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Tz. 6.461.

⁸⁵ *WTO Panel Report WT/DS258/R, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Tz. 6.461.

⁸⁶ *WTO Panel Report WT/DS258/R, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Tz. 6.465.

⁸⁷ *WTO Panel Report WT/DS258/R, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Tz. 6.461.

Sittlichkeit“ in Raum und Zeit, d.h. auch von WTO-Mitglied zu WTO-Mitglied, in Abhängigkeit von den jeweils vorherrschenden sozialen, kulturellen, ethischen und religiösen Werten variieren.⁸⁸

c) DSU

Auf der Grundlage der Streitbeilegungsvereinbarung (Dispute Settlement Understanding – DSU)⁸⁹ sind Streitigkeiten zwischen den WTO-Mitgliedern aus dem GATT oder dem GATS vom Streitbeilegungsgremium (Dispute Settlement Body – DSB) der WTO zu entscheiden (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 DSU). Hierzu werden vom DSB sog. Panels eingesetzt (Art. 6 Abs. 1 DSU), deren Berichte vom DSB grundsätzlich angenommen werden, sofern nicht Berufung gegen die Panelentscheidung eingelegt wird (Art. 16 Abs. 4 DSU). Über jene hat dann das Ständige Berufungsgremium, der Appellate Body, zu entscheiden (Art. 17 Abs. 1 DSU), dessen Berichte wiederum vom DSB angenommen werden (Art. 17 Abs. 4 DSU).⁹⁰

Den Prüfungsmaßstab für die Berichte der Panels und des Appellate Body bilden allein die WTO-Abkommen (vgl. Art. 1 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1 und 2, Art. 11 Satz 1 und 2 DSU). Insbesondere können die Entscheidungen des DSB bzw. die Berichte der Panels und des Appellate Body die z.B. in GATT und GATS „enthaltenen Rechte oder Pflichten weder ergänzen noch einschränken“ (Art. 3 Abs. 2 Satz 3, 19 Abs. 2 DSU). D.h. WTO-Mitglieder, die zugleich Vertragspartei der UNESCO-Konvention sind, können Verletzungen des WTO-Rechts nicht unmittelbar damit rechtfertigen, dass sie zu den betreffenden Maßnahmen nach der UNESCO-Konvention berechtigt sind.⁹¹ Das schließt aber nicht aus, dass die UNESCO-Konvention die ihr zugeordnete Rolle eines Gegengewichts zum WTO-Recht⁹² spielen kann.

Denn das WTO Recht, insbesondere also GATT und GATS, sind „im Einklang mit den herkömmlichen Regeln der Auslegung des Völkerrechts zu klären“ (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 DSU). Damit wird auf die völkergewohnheitsrechtlich geltenden Regeln über die Interpretation völkerrechtlicher Verträge Bezug genommen, wie sie in Art. 31 ff. WVK

⁸⁸ WTO Panel Report WT/DS258/R, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Tz. 6.461; WTO Panel Report WT/DS363/R, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, Tz. 7.763.

⁸⁹ Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten (ABl. EU L 336 vom 23.12.1994, S. 234).

⁹⁰ Sämtliche vorgenannten Entscheidungen des DSB unterliegen dem sog. „negativen Konsensprinzip“ (hierzu *Krajewski* [Fn. 65], Rn. 240), d.h. ein Panel wird nur dann nicht eingesetzt bzw. Berichte eines Panels oder des Appellate Body werden nur dann nicht angenommen, wenn das DSB einen entsprechenden (negativen) Beschluss im Konsens fasst (vgl. Art. 6 Abs. 1, 16 Abs. 4 Satz 1, 17 Abs. 14 Satz 1 DSU).

⁹¹ In diesem Sinne etwa auch *Wouters/Meester* (Fn. 4), S. 232, 234; siehe auch *Graber* (Fn. 8), S. 571. Siehe aber auch *Steven Van Uytsel*, *The CDCE and the WTO – in search for a meaningful role after China-Audiovisuals*, in: Richieri Hanania (Fn. 2), S. 40 ff. (48 ff.).

⁹² *Graber* (Fn. 8), S. 565.

kodifiziert worden sind.⁹³ Dabei dürften allerdings die UNESCO-Konvention bzw. einzelne ihrer Bestimmungen keine bei der Auslegung von GATT und GATS gemäß Art. 31 Abs. 3 Buchst. c WVK zu berücksichtigenden Völkerrechtssätze bilden. Denn die UNESCO-Konvention ist mit Blick auf die fortdauernde Abstinenz der USA nicht i.S. von Art. 31 Abs. 3 Buchst. c WVK „in den Beziehungen zwischen den [sc. allen] Vertragsparteien [des GATT bzw. GATS] anwendbar[.]“.⁹⁴

In Anlehnung an den Bericht des Appellate Body im *US – Shrimp*-Fall könnte die UNESCO-Konvention aber gleichwohl quasi *informandi causa* für Zwecke einer dynamischen („evolutionären“) Auslegung unbestimmter bzw. offener Rechtsbegriffe in GATT und GATS herangezogen werden.⁹⁵ Auslegungsmethodischer Ansatzpunkt hierfür wäre die Erforschung der „gewöhnlichen“ Bedeutung derartiger Rechtsbegriffe i.S. von Art. 31 Abs. 1 WVK.⁹⁶ Die „gewöhnliche“ Bedeutung von Begriffen z.B. des WTO-Rechts kann einem allmählichen Wandel unterliegen, der sich anhand späterer völkerrechtlicher Abkommen wie der UNESCO-Konvention dokumentieren lässt. Der Unterschied zur Interpretation gemäß Art. 31 Abs. 3 Buchst. c WVK liegt darin, dass diese anderen völkerrechtlichen Abkommen bzw. deren Vorschriften nicht (im Wege systematischer Auslegung im weiteren Sinn)⁹⁷ als für die Vertrags- und Streitparteien rechtlich verbindliche Regeln herangezogen werden, sondern vielmehr lediglich als Beleg für die „gewöhnliche“ Bedeutung des Wortlauts von Vorschriften der WTO-Handelsabkommen. Voraussetzung wäre aber wohl, dass hinter denjenigen Vorschriften der UNESCO-Konvention, welche für die grammatische, die „gewöhnliche“ Bedeutung des Wortlauts erforschende Auslegung von GATT- oder GATS-Vorschriften herangezogen werden, bereits eine Art internationaler Gemeinwille (eine internationale *volonté générale*) steht bzw. aufscheint,⁹⁸ den sich auch ein Staat, der wie z.B. die USA nicht Vertragspartei der UNESCO-Konvention ist, entgegen halten lassen muss.⁹⁹ Zu den „contemporary concerns of the community of nations“¹⁰⁰ gehört aber heute, wie bereits dargelegt,¹⁰¹ die Sorge um den Schutz und die Förderung der kulturellen Vielfalt.¹⁰²

⁹³ Im Ergebnis wie hier *Wouters/Meester* (Fn. 4), S. 232.

⁹⁴ In diesem Sinne auch *Wouters/Meester* (Fn. 4), S. 232, mit zutreffendem Verweis auf WTO Panel Report WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, Tz. 7.70-7.72; a.A., dabei freilich differenzierend *Uibelesen* (Fn. 5), S. 325 ff.

⁹⁵ Siehe hierzu etwa auch *Carmody* (Fn. 34), S. 303 f.; *Uibelesen* (Fn. 5), S. 332 ff.

⁹⁶ Vgl. WTO Panel Report WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, Tz. 7.92.

⁹⁷ Vgl. Art. 31 Abs. 3 WVK: „Außer dem Zusammenhang sind in gleicher Weise [*sic!*] zu berücksichtigen ...“.

⁹⁸ Ähnlich *Uibelesen* (Fn. 5), S. 333 f.

⁹⁹ In diesem Sinne wohl WTO Appellate Body Report WT/DS58/AB/R, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Tz. 129.

¹⁰⁰ WTO Appellate Body Report WT/DS58/AB/R, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Tz. 129.

¹⁰¹ Oben in und bei Fn. 13 bis 21; ferner *Khachaturian* (Fn. 71), S. 203; siehe auch *Shi* (Fn. 34), S. 286: „the UNESCO Convention certainly reflects the contemporary cultural concern of international community“.

¹⁰² Zur Vorsicht mahnend, wenn eine nicht für alle WTO-Mitglieder verbindliche Regel des Nicht-WTO-Rechts für Zwecke der Interpretation von WTO-Abkommen herangezogen werden, WTO Appellate Body WT/DS316/AB/R, *European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, Tz. 845.

Von solchen Überlegungen wird sich auch jedes internationale Streitbeilegungsgremium leiten lassen müssen, welches über die Auslegung und Anwendung eines FTA zu urteilen hat. Konkret könnten¹⁰³ etwa internationale Schiedsgerichte, die eine sich aus einer Investition ergebende Streitigkeit auf der Grundlage von TTIP zu entscheiden hätten, den Schutz der kulturellen Vielfalt als international anerkanntes, legitimes Allgemeininteresse der Staaten wie der internationalen Staatengemeinschaft bei der Auslegung von TTIP im Rahmen bestehender Auslegungsspielräume berücksichtigen.

4. Kultur und FTAs

Schutz und Förderung nationaler Kulturindustrien und darüber (auch) der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen bilden einen wichtigen Gegenstand von FTAs. Mit Blick auf eine Bewertung von TTIP und dessen Spannungsverhältnis zu Maßnahmen des Schutzes und der Förderung kultureller Vielfalt ist von erkenntnisleitendem Interesse, welchen Regelungsansätzen die USA einerseits und die EU andererseits folgen. Da CETA offenbar weithin als Vorbild für die TTIP-Vertragsverhandlungen zwischen den USA und der EU herangezogen wird, ist auch die kanadische Vertragspraxis in den Blick zu nehmen.

a) Ansätze der USA

Aus Sicht der USA sind kulturelle Güter und Dienstleistungen ebenso handelbar wie sonstige Güter und Dienstleistungen und daher prinzipiell einheitlich denselben welthandelsrechtlichen Regeln zu unterwerfen.¹⁰⁴ In der Konsequenz sehen die USA im Grundsatz keinen Anlass, den kulturellen Sektor von völkervertraglichen Handelsliberalisierungen komplett auszunehmen. Ferner müssen Maßnahmen anderer Staaten zum Schutz und zur Förderung kultureller Vielfalt, die im Ergebnis auf den Schutz und die Förderung der jeweiligen nationalen Kulturindustrien hinauslaufen, aus der US-amerikanischen Perspektive schlicht als wirtschaftspolitisch motivierter Protektionismus erscheinen.¹⁰⁵ Andererseits darf aber auch nicht übersehen werden, dass die USA in ihrem Vorschlag zu AV-Dienstleistungen im Rahmen der Doha-Runde das Allgemeininteresse an der Erhaltung und Förderung kultureller Werte und Identität anerkannt und angedeutet

¹⁰³ Vgl. nochmals WTO Panel Report WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, Tz. 7.93, wonach das WTO-Panel keine Pflicht dergestalt annehmen wollte („may consider“), dass andere völkerrechtliche Instrumente für die Auslegung des WTO-Rechts herangezogen werden müssen.

¹⁰⁴ Hierzu etwa *Carol Balassa*, *The Impact of the U.S. Position in the Trade and Culture Debate. Negotiation of the Convention on the Diversity of Cultural Expressions*, in: *Kono/Van Uytsel* (Fn. 66), S. 71 ff. (89); *Richieri Hanania* (Fn. 52), S. 430.

¹⁰⁵ *Gagné* (Fn. 30), S. 1268.

haben, auf entsprechende Belange flexibel reagieren zu wollen.¹⁰⁶ Verständlich wird die Position der USA schließlich mit Blick auf die (Export-)Stärke der US-amerikanischen Kultur-, Unterhaltungs-, Informations-, Kommunikations- und Computerindustrien, die auf ausländischen Märkten über erhebliche wettbewerbliche Vorteile verfügen.¹⁰⁷

Die welthandelspolitische Strategie der USA¹⁰⁸ wird vor diesem Hintergrund im Wesentlichen darin gesehen, in ihren FTAs mit anderen Staaten Zugeständnisse in für äußerst wichtig erachteten Bereichen zu erlangen. Zu diesen Bereichen gehören aus den soeben genannten Gründen gerade auch kulturelle, insbesondere AV-Dienstleistungen. Dabei haben bilaterale FTA-Verhandlungen mit Entwicklungs- und Schwellenländern im Ausgangspunkt einen eher asymmetrischen Charakter zugunsten der USA mit der Folge, dass sich US-amerikanische Interessen tendenziell durchzusetzen vermögen.¹⁰⁹ Zugeständnisse der Handelspartner in diesen Bereichen, wie insbesondere im AV-Sektor, sollen in der Folge Präcedenzwirkung für zukünftige FTA-Verhandlungen entfalten.¹¹⁰ Dessen ungeachtet vermochten Industrieländer wie Australien und Korea in ihren FTAs mit den USA bedeutendere Ausnahmen und Vorbehalte im kulturellen Sektor, insbesondere im Bereich der digitalen Medien, durchzusetzen als frühere Vertragspartner der USA.¹¹¹

In der Folge der dargestellten FTA-Strategie der USA beziehen sich die Präambeln der US-amerikanischen FTAs¹¹² auf die Förderung des freien Handels mit Gütern und Dienstleistungen im Allgemeinen. Kulturelle Güter und Dienstleistungen werden nicht gesondert angesprochen. Auch die besondere Bedeutung kultureller Vielfalt findet keine Erwähnung.¹¹³ Darin zeigt sich, dass kulturellen Gütern und Dienstleistungen prinzipiell kein Sonderstatus zuerkannt werden soll, und zwar auch nicht mit Blick auf die Notwendigkeit oder das Bedürfnis, kulturelle Vielfalt zu schützen und zu fördern. Auf diese Weise versuchen die USA in ihren FTAs wohl auch bewusst einen Kontrapunkt zur UNESCO-Konvention zu setzen, welche die internationale Anerkennung kultureller Vielfalt als legitimes Allgemeininteresse befördert und durchgesetzt hat.¹¹⁴

In den modernen FTAs der USA sind Subventionen von den Kapiteln über Dienstleistungen, über Investitionen und über den elektronischen Handel (electronic commerce – E-

¹⁰⁶ *Gilbert Gagné*, Free Trade, Cultural Policies, and the Digital Revolution: Evidence from the U.S. FTAs with Australia and Korea, *Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y Bd.* 9 (2014), S. 257 ff. (259); ausführlich hierzu *Balassa* (Fn. 104), S. 80 ff.

¹⁰⁷ *Gagné* (Fn. 30), S. 1268.

¹⁰⁸ Allgemein hierzu mit Blick auf US-amerikanische FTAs die Beiträge in *Jeffrey J. Schott* (Hrsg.), *Free Trade Agreements. US Strategies and Priorities*, 2004.

¹⁰⁹ *Gagné* (Fn. 30), S. 1270; *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 28.

¹¹⁰ *Gagné* (Fn. 30), S. 1267; *Richieri Hanania* (Fn. 52), S. 431; in diesem Sinne wohl auch *Bernier* (Fn. 54), S. 16.

¹¹¹ *Gagné* (Fn. 106), S. 280.

¹¹² Zu den Inhalten der FTAs mit Chile, mit Costa Rica, Dominikanischer Republik, El Salvador, Guatemala, Honduras und Nicaragua sowie mit Marokko siehe den Überblick bei *Gagné* (Fn. 30), S. 1267; siehe auch *Richieri Hanania* (Fn. 52), S. 432.

¹¹³ *Gagné* (Fn. 30), S. 1271.

¹¹⁴ Siehe oben in und bei Fn. 13 bis 21.

Commerce) regelmäßig ausgenommen.¹¹⁵ Anders als Regelungsmaßnahmen¹¹⁶ stoßen Subventionsmaßnahmen mithin auf eher wenig Widerstand seitens der USA.¹¹⁷ Das gilt auch für Subventionen der nationalen Kulturindustrien.¹¹⁸ Subventionen kosten den Staat schließlich eine Menge Geld. Gerade bei Entwicklungs- und Schwellenländern ist daher weniger zu besorgen, dass sie angesichts vieler sonstiger dringlicher wirtschaftlich-sozialer Probleme hohe Subventionen speziell in nationale Kulturindustrien zumal des AV-Sektors fließen lassen werden.¹¹⁹ Auch scheinen die USA selbst Subventionierungen im Kultursektor zu praktizieren.¹²⁰

Ansonsten gilt in den jeweiligen Dienstleistungs- und Investitionsschutzkapiteln der Top-down- bzw. Negativlistenansatz.¹²¹ D.h. Meistbegünstigung, Inländerbehandlung und Marktzugang sowie (sonstige) Investitionsschutzstandards, wie namentlich gerechte und billige Behandlung gemäß der „fair and equitable treatment“-Klausel (FET-Klausel) oder die Unzulässigkeit bzw. nur beschränkte Zulässigkeit von sog. „Tätigkeitsauflagen“ („performance requirements“), welche dem ausländischen Investor vorschreiben, in welcher Weise er sich zu betätigen hat,¹²² sind nur insoweit eingeschränkt, wie es sich aus entsprechenden Listen ergibt.¹²³ Im Grundsatz vermögen sich damit die Vertragspartner der USA lediglich den *status quo* im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu erhalten.¹²⁴ Damit schränkt der Negativlistenansatz deren Flexibilität, neue Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt und damit zur Verwirklichung der Ziele der UNESCO-Konvention zu ergreifen oder bestehende Maßnahmen zu ändern, erheblich ein. Dabei dürfte es auf ein gewisses Maß an Flexibilität und Manövrierfähigkeit ankommen, um auf technologische Entwicklungen wie der zunehmenden Digitalisierung und davon ausgehenden, neuartigen Gefährdungen der kulturellen Vielfalt angemessen reagieren zu können.¹²⁵

Innerhalb des Negativlistenansatzes lassen sich in der US-amerikanischen FTA-Praxis zwei Arten von Listen unterscheiden.¹²⁶ Die erste Art von Listen bildet den Anhang I zu einem FTA. Nach dem jeweiligen Anhang I dürfen bestehende, wenngleich mit dem FTA unvereinbare Maßnahmen in einem bestimmten Bereich beibehalten werden. Ihre Änderung

¹¹⁵ Bernier (Fn. 54), S. 4 f.; Gagné (Fn. 30), S. 1273 f., 1282; Gagné (Fn. 106), S. 280; Hahn (Fn. 6), S. 252; Richieri Hanania (Fn. 52), S. 431.

¹¹⁶ Gagné (Fn. 30), S. 1282; Vlassis/Richieri Hanania (Fn. 4), S. 28.

¹¹⁷ Gagné (Fn. 30), S. 1270; Hahn (Fn. 6), S. 256; Vlassis/Richieri Hanania (Fn. 4), S. 28.

¹¹⁸ Gagné (Fn. 30), S. 1274.

¹¹⁹ Gagné (Fn. 30), S. 1282.

¹²⁰ Siehe Bernier (Fn. 54), S. 4 f.; Richieri Hanania (Fn. 52), S. 431.

¹²¹ Bernier (Fn. 54), S. 3 f.; Richieri Hanania (Fn. 9), S. 213 ff.

¹²² Zu den investitionsschutzrechtlichen Inhalten US-amerikanischer FTAs Bernier (Fn. 54), S. 7; Gagné (Fn. 30), S. 1274; speziell zu „performance requirements“ siehe allgemein Rudolf Dolzer/Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2. Aufl., 2012, S. 90 ff.

¹²³ Balassa (Fn. 104), S. 91; Gagné (Fn. 30), S. 1271; Hahn (Fn. 6), S. 252 f.

¹²⁴ Vgl. Hahn (Fn. 6), S. 252 f.

¹²⁵ Gagné (Fn. 106), S. 280.

¹²⁶ Hierzu Gagné (Fn. 30), S. 1271.

ist nur insoweit zulässig, als sie die Unvereinbarkeit mit dem FTA nicht weiter verschärfen. Neue mit dem FTA unvereinbare Maßnahmen dürfen in dem gelisteten Sektor dagegen nicht erlassen werden. Den Gegenstand von Anhang I-Ausnahmen bilden vor allem auf inländische Programminhalte bezogene Quoten für den öffentlichen Rundfunk (Radio und Fernsehen).¹²⁷

Die zweite Art von Listen bildet den Anhang II. Danach können mit dem FTA unvereinbare Maßnahmen in einem bestimmten Sektor nicht nur beibehalten und geändert, sondern auch neu erlassen werden. Bereichsausnahmen i.S. von Anhang II sind allerdings deutlich seltener.¹²⁸ Einen Gegenstand von Anhang II-Ausnahmen bildet etwa die einseitig gerichtete Satellitenübertragung von Fernseh- und Audiodienstleistungen. Für diesen Bereich haben sich Vertragspartner der USA verschiedentlich generelle Bereichsausnahmen oder auch nur Ausnahmen von der Meistbegünstigung herausgehandelt.¹²⁹

Die USA haben auf der Grundlage des Negativlistenansatzes durchaus mehr oder weniger weitgehende kulturelle Bereichsausnahmen in ihren FTAs z.B. mit Australien, Chile, Costa Rica, der Dominikanischen Republik, Marokko, Peru und Singapur akzeptiert.¹³⁰ Beispielsweise sehen die Investitionsschutzkapitel vor, dass Vertragsparteien das Eigentum an bzw. die Kontrolle über Unternehmen der Kulturindustrien oder Genehmigungen für den Betrieb von Rundfunk eigenen Staatsangehörigen vorbehalten werden dürfen.¹³¹ Die USA haben damit offenbar deshalb kein Problem, weil sie selbst entsprechende Restriktionen für Auslandsinvestoren vorsehen.¹³² Darüber hinaus bietet allein der Umstand, dass eigene Staatsangehörige das Eigentum an bzw. die Kontrolle über Unternehmen der nationalen Kulturindustrien haben, für sich noch keinerlei Gewähr für eine Bevorzugung inländischer Programminhalte oder überhaupt für kulturelle Vielfalt.¹³³

Insgesamt haben sich die Entwicklungs- und Schwellenländer in den Verhandlungen über FTAs mit den USA in sehr unterschiedlichem Umfang auf Liberalisierungsverpflichtungen eingelassen. Die asymmetrisch zugunsten der USA verteilte Verhandlungsstärke führte also nicht notwendig zu einer Übervorteilung der Vertragspartner auf dem Gebiet der kulturellen Güter und Dienstleistungen. Bis zu einem gewissen Grad hängt das Maß an Liberalisierung auf dem Kultursektor wohl auch vom Eigeninteresse der jeweiligen Entwicklungs- bzw. Schwellenländer am Schutz und an der Förderung ihrer nationalen Kulturindustrien ab.¹³⁴

¹²⁷ *Gagné* (Fn. 30), S. 1282.

¹²⁸ *Gagné* (Fn. 30), S. 1271, 1283.

¹²⁹ *Gagné* (Fn. 30), S. 1279, 1282 f.

¹³⁰ *Hahn* (Fn. 6), S. 252; siehe auch *Burri-Nenova* (Fn. 14), S. 53.

¹³¹ *Gagné* (Fn. 30), S. 1282; siehe auch *Gagné* (Fn. 106), S. 280.

¹³² *Gagné* (Fn. 30), S. 1282.

¹³³ Siehe *Gagné* (Fn. 30), S. 1282.

¹³⁴ *Gagné* (Fn. 30), S. 1284.

Dabei scheint interessanterweise keine Rolle zu spielen, ob die jeweiligen Vertragspartner der USA zugleich Vertragspartei der UNESCO-Konvention waren oder nicht.¹³⁵

Der Hintergrund für die Gelassenheit der USA gegenüber Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung nationaler Kulturindustrien ist wohl darin zu sehen, dass AV-Güter bzw. -Dienstleistungen (z.B. Filme, Computerspiele) zunehmend digital und daher z.B. über Internet per Download zu Verfügung gestellt werden können. Ein wichtiges Beispiel für digitale AV-Produkte bilden Kinofilme, die traditionell auf Filmrollen hergestellt und verbreitet wurden, in Zukunft aber überwiegend oder wohl ausschließlich als digitale Produkte vermarktet werden dürften.¹³⁶ Sozusagen „klassische“ Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung nationaler Kulturindustrien, wie deren Subventionierung oder Quotenregeln für inländische Programminhalte von Radio- und Fernsehsendungen, erweisen sich für die Vermarktung digitaler AV-Güter bzw. -Dienstleistungen als zunehmend bedeutungslos.¹³⁷ Für die USA unproblematisch sind daher solche in Anhang I ihrer FTAs gelisteten kulturellen Bereichsausnahmen, die sich auf überkommene Maßnahmen des Schutzes nationaler Kulturindustrien der Vertragspartner beschränken, solange jene nicht berechtigt sind, neue durch neuartige Technologien veranlasste Maßnahmen zu ergreifen.¹³⁸

Konsequenterweise legen die USA besonderen Wert auf ein eigenes Kapitel über den E-Commerce in ihren FTAs. Die E-Commerce-Regelungen sollen Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Handel mit digitalen Produkten, d.h. digitalen Gütern wie Dienstleistungen¹³⁹ (z.B. Computerprogramme oder digital kodierte Texte, Videos, Bilder und Tonaufzeichnungen) verhindern.¹⁴⁰ Dabei ist unerheblich, ob derartige Produkte auf einem Träger (wie CD, DVD) oder elektronisch (als E-Mail-Attachment oder durch Download per Internet) übermittelt werden.¹⁴¹ Insbesondere im Bereich der digitalen Produkte, zumal digitaler AV-Produkte, suchen die USA mit Blick auf die Marktstärke der eigenen Industrien jegliche Einschränkungen der Handelsliberalisierung zu vermeiden.¹⁴² Bisweilen großzügig erscheinende kulturelle Bereichsausnahmen in anderen FTA-Kapiteln dürften daher vielfach damit erkaufte worden sein, dass im E-Commerce-Bereich praktisch keine Ausnahmen oder Vorbehalte vorgesehen sind, was den US-amerikanischen Stärken auf dem Feld der

¹³⁵ *Gagné* (Fn. 30), S. 1284.

¹³⁶ *Gagné* (Fn. 106), S. 266.

¹³⁷ *Bernier* (Fn. 54), S. 15; *Gagné* (Fn. 30), S. 1282; *Hahn* (Fn. 6), S. 252; siehe auch *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 33.

¹³⁸ Siehe *Richieri Hanania* (Fn. 52), S. 431 f.

¹³⁹ Dazu, dass „digitale Produkte“ in den US-amerikanischen FTAs (kulturelle) Güter wie Dienstleistungen umfassen dürften, *Gagné* (Fn. 106), S. 266. Damit können freilich unter Umständen Abgrenzungsprobleme zur (ggf. speziell unter das Dienstleistungskapitel fallenden) elektronischen Erbringung von Dienstleistungen („electronic supply of services“) auftreten (siehe hierzu *Richieri Hanania* [Fn. 52], S. 432 f.; ferner *Bernier* [Fn. 54], S. 12 f.).

¹⁴⁰ *Bernier* (Fn. 54), S. 15; *Burri-Nenova* (Fn. 14), S. 53; *Gagné* (Fn. 30), S. 1272; *Hahn* (Fn. 6), S. 253; *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 28.

¹⁴¹ *Gagné* (Fn. 30), S. 1272.

¹⁴² *Gagné* (Fn. 30), S. 1272.

Digitalisierung kultureller Güter und Dienstleistungen, insbesondere auch im AV-Sektor, sowie auf dem Gebiet des Internethandels bzw. der Internetdienste entgegen kommt.¹⁴³

In neueren FTAs mit Industrieländern, namentlich mit Australien und Korea, haben die USA indes akzeptiert, dass sich die Vertragspartner speziell im Bereich des E-Commerce und der digitalen Medien vorbehalten haben, auf inländische Programminhalte bezogene Regelungsmaßnahmen zu erlassen.¹⁴⁴ Darin könnte ein Hinweis auf eine gewisse Flexibilität der USA auf dem Gebiet der Liberalisierung des Handels mit kulturellen Gütern und Dienstleistungen zu sehen sein.¹⁴⁵ Andererseits könnte dies auch der Verhandlungsstärke der beiden Industrieländer geschuldet sein. Jedenfalls dürfen Zölle, Gebühren und sonstige Abgaben nicht auf den Import oder Export digitaler Produkte erhoben werden.¹⁴⁶ Auch gelten regelmäßig die Grundsätze der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung.¹⁴⁷ Insgesamt dürften die USA weiterhin darauf bedacht sein, den freien Verkehr digitaler Produkte im Zusammenhang mit E-Commerce von Beschränkungen so weit wie möglich frei zu halten.¹⁴⁸

b) Ansätze Kanadas

Kanada war seit jeher auf den Schutz und die Förderung seiner nationalen Kulturindustrien bedacht. Im Freihandelsabkommen mit den USA (Canada-United States Free Trade Agreement – CUFTA) von 1988 hat Kanada eine annähernd umfassende kulturelle Bereichsausnahme durchgesetzt. Die entsprechende Regelung des Art. 2005 Abs. 1 CUFTA lautet wie folgt

„Cultural industries are exempt from the provisions of this agreement, except as specifically provided in Article 401 (Tariff Elimination), paragraph 4 of Article 1607 (divestiture of an indirect acquisition) and Articles 2006 and 2007 of this Chapter.“

Dabei wird der Begriff der „cultural industry“ durch Art. 2012 CUFTA sehr weitgehend¹⁴⁹ definiert als

¹⁴³ Bernier (Fn. 54), S. 16; Gagné (Fn. 106), S. 261.

¹⁴⁴ Gagné (Fn. 106), S. 262 f., 280.

¹⁴⁵ Gagné (Fn. 106), S. 280.

¹⁴⁶ Gagné (Fn. 106), S. 266; ferner Bernier (Fn. 54), S. 13 f.; Lilian Richieri Hanania/Hélène Ruiz Fabri, European Media Policy and Cultural Diversity at the International Level: The EU's Role in Fostering the Implementation of the 2005 UNESCO Convention, in: Donders/Pauwels/Loisen (Fn. 8), S. 493 ff. (498); speziell zum mit Chile abgeschlossenen FTA Richieri Hanania (Fn. 52), S. 433.

¹⁴⁷ Richieri Hanania/Ruiz Fabri (Fn. 146), S. 498; vgl. Bernier (Fn. 54), S. 13 ff.; siehe zum FTA USA-Chile Richieri Hanania (Fn. 52), S. 433.

¹⁴⁸ Gagné (Fn. 106), S. 280.

¹⁴⁹ Wenngleich bestimmte kulturelle Güter und Dienstleistungen auch durch diese betont breite Definition nicht erfasst werden, so z.B. (nach Hahn [Fn. 6], S. 239) Aufführungen, bildende Künste oder Mode, ferner nur unterstützende Dienstleistungen wie Management- oder juristische Dienstleistungen.

„an enterprise engaged in any of the following activities:

- a) the publication, distribution, or sale of books, magazines, periodicals or newspapers in print or machine readable form but not including the sole activity of printing or typesetting any of the foregoing;
- b) the production, distribution, sale or exhibition of film or video recordings;
- c) the production, distribution, sale or exhibition of audio or video music recordings;
- d) the publication, distribution or sale of music in print or machine readable form; or
- e) radiocommunications in which the transmissions are intended for direct reception by the general public, and all radio, television and cable broadcasting undertakings and all satellite programming and broadcast network services“.

Für die kulturelle Bereichsausnahme des Art. 2005 Abs. 1 CUFTA hatte Kanada allerdings einen überaus hohen Preis zu zahlen. Denn Art. 2005 Abs. 2 CUFTA sieht vor:

„Notwithstanding any other provision of this Agreement, a Party may take measures of equivalent commercial effect in response to actions that would have been inconsistent with this Agreement but for paragraph 1.“

Danach sind also den USA Gegenmaßnahmen gleichwertiger wirtschaftlicher Wirkung erlaubt, sollte Kanada die „*exception culturelle*-Karte“ ziehen und von Art. 2005 Abs. 1 CUFTA Gebrauch machen. Damit handelt es sich freilich bei Art. 2005 Abs. 1 CUFTA nicht mehr um eine „echte“ kulturelle Bereichsausnahme. Denn Bereichsausnahmen bestehen nicht wirklich dort, wo für den Fall ihrer Inanspruchnahme nach dem Prinzip „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ harte Vergeltung droht.¹⁵⁰ Art. 2005 Abs. 1 CUFTA scheint infolgedessen bislang auch ohne praktischen Wert gewesen zu sein.¹⁵¹

Auf die Regelung des Art. 2005 CUFTA nimmt das zwischen den USA, Kanada und Mexiko abgeschlossene Nordamerikanische Freihandelsabkommen (North American Free Trade Agreement – NAFTA) Bezug¹⁵² (siehe Art. 2106 i.V. mit Annex 2106 NAFTA).¹⁵³ Darüber hinaus findet sich eine Bereichsausnahme für Kulturindustrien auch in den sonstigen von Kanada abgeschlossenen FTAs.¹⁵⁴ Diese kulturellen Bereichsausnahmen stehen aber offenbar nicht unter der Drohung, dass die andere Vertragspartei Vergeltungsmaßnahmen ergreifen darf.¹⁵⁵

¹⁵⁰ *Carmody* (Fn. 34), S. 295.

¹⁵¹ *Burri* (Fn. 8), S. 480 f.; *Shi* (Fn. 34), S. 233; siehe auch *Richieri Hanania* (Fn. 9), S. 229.

¹⁵² Im Sinne einer Inkorporierung (*Burri* [Fn. 8], S. 480; *Shi* [Fn. 34], S. 233).

¹⁵³ *Carmody* (Fn. 34), S. 288. Siehe hierzu auch (die US-amerikanische Sicht verteidigend) *John A. Ragosta*, *The Cultural Industries Exemption from NAFTA – Its Parameters*, *Canada-United States Law Journal* Bd. 23 (1997), S. 165 ff.

¹⁵⁴ *Gagné* (Fn. 30), S. 1269; *Rostam J. Neuwirth*, *The Convention on the Diversity of Cultural Expressions and its Impact on the „Culture and Trade Debate“*. A Critical Evaluation after 5 Years, in: *Kono/Uytsel* (Fn. 66), S. 229 ff. (261); *Richieri Hanania* (Fn. 52), S. 437.

¹⁵⁵ Siehe hierzu näher *Richieri Hanania* (Fn. 9), S. 230 f.

c) Ansätze der EU

Ähnlich wie Kanada versucht die EU, möglichst breit angelegte kulturelle Bereichsausnahmen in ihre FTAs (z.B. mit Mexiko und Chile) einzuführen.¹⁵⁶ Allerdings bezieht sich die von der EU befürwortete kulturelle Bereichsausnahme gegenständlich allein auf den AV-Sektor.¹⁵⁷ Hintergrund hierfür soll sein, dass AV-Dienstleistungen zu den wirtschaftlich bedeutsamsten kulturellen Sektoren in der EU gehören und von den meisten EU-Mitgliedstaaten anscheinend als besonders einflussreiche Vehikel für die Übermittlung kultureller Identität, Symbole und Werte in modernen Gesellschaften angesehen werden.¹⁵⁸ Jedenfalls scheint der AV-Sektor der einzige kulturelle Sektor zu sein, auf dessen Ausschluss von Handelsabkommen sich alle EU-Mitgliedstaaten einigen können.¹⁵⁹ Danach sind AV-Produkte von den Dienstleistungskapiteln in der Regel vollständig ausgenommen.¹⁶⁰ Dieser vollumfängliche Schutz des AV-Sektors wird dadurch komplettiert, dass die EU im Rahmen des für den Dienstleistungsbereich angewandten Positivlistenansatzes offenbar regelmäßig auch keine spezifischen Liberalisierungsverpflichtungen für bestimmte AV-Dienstleistungen eingeht.¹⁶¹

Im Gegenzug verspricht die EU oftmals bilaterale, privilegierte Zusammenarbeit mit dem jeweiligen Handelspartner auf dem kulturellen, insbesondere auf dem AV-Sektor.¹⁶² So hat die EU mit Korea bzw. mit den Cariforum-Staaten, einer Gruppe von 15 karibischen Staaten,¹⁶³ neben den jeweiligen FTAs besondere Protokolle über kulturelle Zusammenarbeit abgeschlossen.¹⁶⁴ Zum Kern dieser Protokolle¹⁶⁵ gehört, Absprachen über Kooperationen im AV-Bereich zu treffen. Dabei wird über Koproduktionen privilegierter Marktzugang für AV-Produkte gewährt.¹⁶⁶ Um eine entsprechende Zusammenarbeit nicht auf andere WTO-Mitglieder im Wege der Meistbegünstigung erstrecken zu müssen,¹⁶⁷ waren die EU und Korea bzw. die Cariforum-Staaten (wohl) gehalten, entsprechende Regelungen zum Bestandteil eines Freihandelsabkommens i.S. von Art. V GATS zu machen. Denn im

¹⁵⁶ Hahn (Fn. 6), S. 253.

¹⁵⁷ Richieri Hanania (Fn. 52), S. 438.

¹⁵⁸ Richieri Hanania (Fn. 52), S. 438.

¹⁵⁹ Richieri Hanania (Fn. 52), S. 438. Hintergrund hierfür dürfte wiederum sein, dass einige EU-Mitgliedstaaten in anderen kulturellen Sektoren jenseits des AV-Bereichs bereits Liberalisierungsverpflichtungen im GATS oder in anderen welthandelsrechtlichen Abkommen eingegangen sind, hinter welchen sie nicht mehr zurückbleiben dürfen (Richieri Hanania/Ruiz Fabri [Fn. 146], S. 495 f.).

¹⁶⁰ Gagné (Fn. 30), S. 1269; Hahn (Fn. 6), S. 253; Richieri Hanania (Fn. 52), S. 438; Vlassis/Richieri Hanania (Fn. 4), S. 29 f.

¹⁶¹ Richieri Hanania (Fn. 52), S. 438 f.

¹⁶² Burri-Nenova (Fn. 14), S. 53; Hahn (Fn. 6), S. 253.

¹⁶³ Antigua und Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Dominikanische Republik, Grenada, Guyana, Haiti, Jamaika, St Lucia, St Vincent und Grenadinen, St Kitts und Nevis, Surinam, Trinidad und Tobago.

¹⁶⁴ Hierzu etwa Richieri Hanania (Fn. 52), S. 439 f.

¹⁶⁵ Ausführlicher zu den Inhalten der Protokolle Jan Loisen, *Mainstreaming Culture in EU External Relations through Protocols on Cultural Cooperation: Fostering or Faltering Cultural Diversity?*, in: Donders/Pauwels/Loisen (Fn. 8), S. 509 ff. (518 f.); Neuwirth (Fn. 154), S. 268 ff.; Richieri Hanania (Fn. 52), S. 441 ff.; Souyri-Desrosier (Fn. 2), S. 213 ff.

¹⁶⁶ Hierzu auch Loisen (Fn. 165), S. 514, 516 ff.; Neuwirth (Fn. 154), S. 269.

¹⁶⁷ Siehe Bernier (Fn. 54), S. 4.

Rahmen der WTO hatten sich Korea und einige der Cariforum-Staaten keine Ausnahmen von der Meistbegünstigung gemäß Art. II GATT für den Kultur-, namentlich den AV-Sektor vorbehalten.¹⁶⁸

Die Strategie hinter der Vorgehensweise, einerseits kulturelle Bereichsausnahmen für den AV-Sektor im FTA festzulegen und andererseits außerhalb des FTA in einem besonderen Protokoll kulturelle Kooperation insbesondere auf dem AV-Sektor zu regeln, dürfte sein, eine an den jeweiligen Vertragspartner angepasste kulturelle Zusammenarbeit zu ermöglichen, ohne die Autonomie der Vertragsparteien auf dem kulturellen Sektor aufzugeben.¹⁶⁹ Insofern erscheinen derartige Protokolle als vermittelnder Weg zwischen den Rechten (insbesondere zum Schutz und zur Förderung kultureller Vielfalt) einerseits und den (Kooperations-)Pflichten (insbesondere zur Zusammenarbeit mit Entwicklungsländern)¹⁷⁰ aus der UNESCO-Konvention andererseits.¹⁷¹ Die gegenständliche Beschränkung der Protokolle auf den AV-Sektor erscheint unter diesem Aspekt freilich wenig kohärent.¹⁷²

In jüngeren Verhandlungen über ein Freihandelsabkommen mit Kolumbien und Peru sowie über ein Assoziierungsabkommen mit mittelamerikanischen Staaten¹⁷³ hat sich die EU, offenbar einem Anliegen Frankreichs entsprechend,¹⁷⁴ von dem Ansatz, präferentiellen Marktzugang im AV-Sektor zu gewährleisten, verabschiedet.¹⁷⁵ Dabei wurde das Inkrafttreten des Abkommens über kulturelle Zusammenarbeit zwischen der EU, Kolumbien und Peru vom Beitritt Kolumbiens zur UNESCO-Konvention abhängig gemacht.¹⁷⁶ Hintergrund hierfür ist, dass die besonderen Abkommen oder Protokolle über kulturelle Zusammenarbeit offenbar als Instrumente spezifisch zur Implementierung der UNESCO-Konvention angesehen werden.¹⁷⁷

Im Falle des FTAs der EU mit Singapur verzichteten die Vertragsparteien vollständig auf ein besonderes Rahmenwerk über kulturelle Zusammenarbeit, da Singapur nicht beabsichtigte, die UNESCO-Konvention zu ratifizieren.¹⁷⁸ Auch mit Kanada wird die EU neben CETA kein gesondertes Abkommen oder Protokoll über kulturelle Zusammenarbeit abschließen. Hintergrund hierfür ist, dass beide Vertragsparteien zum einen vergleichsweise großzügige

¹⁶⁸ *Richieri Hanania/Ruiz Fabri* (Fn. 146), S. 503; *Richieri Hanania* (Fn. 52), S. 441; *Souyri-Desrosier* (Fn. 2), S. 214, 216, 218.

¹⁶⁹ *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 30.

¹⁷⁰ Siehe hierzu Art. 12-17 UNESCO-Konvention.

¹⁷¹ Vgl. *Richieri Hanania* (Fn. 52), S. 449.

¹⁷² Vgl. hierzu auch *Richieri Hanania* (Fn. 52), S. 450.

¹⁷³ Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panama.

¹⁷⁴ Siehe *Souyri-Desrosier* (Fn. 2), S. 217.

¹⁷⁵ *Loisen* (Fn. 165), S. 520; *Souyri-Desrosier* (Fn. 2), S. 218; kritisch zum „excessive focus put on market access“ *Richieri Hanania/Ruiz Fabri* (Fn. 146), S. 504.

¹⁷⁶ *Souyri-Desrosier* (Fn. 2), S. 218 f.

¹⁷⁷ Vgl. *Souyri-Desrosier* (Fn. 2), S. 210 f., 217, 219 f.; näher (auch dazu, dass die EU ihre Partner für eine Ratifikation der UNESCO-Konvention gewinnen und so die Gruppe der Staaten, die das Konzept der kulturellen Vielfalt teilen, gegenüber den USA stärken will) *Loisen* (Fn. 165), S. 512 f., 516.

¹⁷⁸ *Souyri-Desrosier* (Fn. 2), S. 219.

kulturelle Bereichsausnahmen von den Liberalisierungspflichten vorgesehen, zum anderen im Abschluss einer besonderen Vereinbarung über kulturelle Kooperation keinen wirklichen Mehrwert angesichts bestehender Zusammenarbeit auf diesem Gebiet gesehen haben.¹⁷⁹

C. Bewertung von CETA und TTIP

I. CETA

1. Prinzipieller Gleichklang der Interessen

Das Freihandelsabkommen zwischen Kanada und der EU beruht, was den kulturellen Sektor und insofern insbesondere den Schutz und die Förderung der kulturellen Vielfalt angeht, auf einem prinzipiellen Gleichklang der Interessen. Sowohl Kanada als auch die EU gehörten und gehören zu den maßgeblichen Befürwortern der UNESCO-Konvention.¹⁸⁰ Unterschiede bestehen indes hinsichtlich der Interpretation, welche Konsequenzen aus der UNESCO-Konvention für das Spannungsverhältnis von Welthandel und Kultur zu ziehen sind.¹⁸¹ Während die EU Ausnahmen nur für den AV-Sektor vorsehen will, beharrt Kanada auf seiner Konzeption einer prinzipiell alle FTA-Kapitel erfassenden kulturellen Bereichsausnahme für praktisch sämtliche Kulturindustrien.¹⁸²

2. Präambel

In CETA¹⁸³ hat sich die Parallelität der Interessenlage in der Präambel niedergeschlagen. Danach erhalten die Vorschriften von CETA den Vertragsparteien ihr „right to regulate“ und insofern die notwendige Flexibilität, um legitime Gemeinwohlziele wie den Schutz und die Förderung der kulturellen Vielfalt zu erreichen (Präambel Abs. 10 CETA). Außerdem bekräftigen die Vertragsparteien ihre Verpflichtungen aus der UNESCO-Konvention (Präambel Abs. 11 CETA). Kanada und die EU anerkennen dabei insbesondere das Recht, Kulturpolitiken weiter zu verfolgen, zu entwickeln und umzusetzen sowie Kulturindustrien zum Zweck der Stärkung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen und der Bewahrung der

¹⁷⁹ *Souyri-Desrosier* (Fn. 2), S. 219.

¹⁸⁰ *Gagné* (Fn. 106), S. 264. Speziell aus kanadischer Sicht bildet die Beförderung der UNESCO-Konvention einen Bestandteil umfassenderer angelegter diplomatischer Bemühungen Kanadas nach dem Ende des sog. „Kalten Krieges“. Dazu gehört neben dem Abschluss der Ottawa-Konvention gegen Landminen der Abschluss des Rom-Statuts über den Internationalen Strafgerichtshof und der Vorschlag des „Responsibility to Protect“-Konzepts. Mit diesen multilateralen und teils visionären Ansätzen zur Fortentwicklung des Völkerrechts setzte sich Kanada zwar in Gegensatz zu den USA, konnte sich aber der Unterstützung der EU und einer großer Zahl ihrer Mitglieder gewiss sein. Siehe hierzu *Carmody* (Fn. 34), S. 297.

¹⁸¹ *Vlassis/Richier Hanania* (Fn. 4), S. 30.

¹⁸² *Vlassis/Richier Hanania* (Fn. 4), S. 31.

¹⁸³ Zugrunde gelegt wird der konsolidierte Vertragstext vom 26.09.2014 (Deutscher Bundestag, Referat PE 5 – Europa-Dokumentation, EU-Dok. 164/2014).

kulturellen Identität unter anderem durch Regulationsmaßnahmen und finanzielle Maßnahmen zu unterstützen (Präambel Abs. 11 CETA).

Speziell die ausdrückliche Bezugnahme der Präambel auf die UNESCO-Konvention bekräftigt die besondere, duale Natur kultureller Güter und Dienstleistungen und die darauf beruhende Rechtfertigung, für den kulturellen Sektor besondere rechtliche Regelungen vorzusehen.¹⁸⁴ Zugleich wird die spezifische Bedeutung der UNESCO-Konvention für die völkervertragliche Handelsliberalisierung hervorgehoben und bekräftigt.¹⁸⁵

Die Präambel gehört freilich nicht zum operativen Teil von CETA. Dessen ungeachtet hat sie zentrale Bedeutung für die Auslegung und Anwendung dieses FTA. Denn gemäß Art. 31 Abs. 2 WVK ist die Präambel für die systematische Auslegung der Vertragsvorschriften heranzuziehen. Insoweit informiert die Präambel den jeweiligen Interpreten über die Motive der Vertragsparteien und über den Sinn und Zweck des Abkommens. Zutreffend hat etwa der WTO-Appellate Body formuliert: „As this preambular language reflects the intentions of negotiators ..., we believe it must add colour, texture and shading to our interpretation of the agreements“¹⁸⁶

Besondere Bedeutung kommt insofern dem Umstand zu, dass im Fall von CETA das „right to regulate“ in Bezug auf den Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt in gleich zwei Absätzen der Präambel explizit zum Ausdruck gebracht wird. Für die Auslegung und Anwendung von CETA bedeutet dies, dass überall dort, wo das Abkommen Auslegungsspielräume lässt, dem Recht der Staaten, kulturelle Vielfalt zu schützen und zu fördern, besonders Rechnung zu tragen ist.¹⁸⁷

Eine ausdrückliche, aber allgemein gehaltene Bezugnahme auf die UNESCO-Konvention im operativen Vertragstext hätte geringe praktische Rechtswirkung, weil und soweit sie lediglich als Programmsatz aufgefasst werden dürfte. Innerhalb des rechtlich verbindlichen Regelwerks bietet sich die Absicherung des souveränen Rechts zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt durch entsprechend weite kulturelle Bereichsausnahmen an. Diesen Weg sind die EU und Kanada in CETA gegangen.

¹⁸⁴ *Souyri-Desrosier* (Fn. 2), S. 212.

¹⁸⁵ Vgl. *Souyri-Desrosier* (Fn. 2), S. 212.

¹⁸⁶ WTO Appellate Body Report WT/DS58/AB/R, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Tz. 153.

¹⁸⁷ Für ein Beispiel siehe unten bei Fn. 194. Siehe auch *Burri-Nenova* (Fn. 14), S. 47 (zur Überlegung, in die Präambel des WTO-Übereinkommens einen Hinweis auf die UNESCO-Konvention aufzunehmen).

3. Kulturelle Bereichsausnahmen

a) Ansätze

Dabei hat sich die EU, wohl aus den bereits oben genannten Gründen,¹⁸⁸ darauf beschränkt, ihre kulturellen Bereichsausnahmen allein auf den Sektor der AV-Dienstleistungen zu beziehen. Kanada hat demgegenüber kulturelle Bereichsausnahmen für seine Kulturindustrien („cultural industries“) mit der üblichen, betont weiten Definition dieses Begriffs¹⁸⁹ durchgesetzt (vgl. Art. X.01 im Kapitel 32 CETA über „Ausnahmen“).¹⁹⁰ Anders als Kanada hat die EU den für ihre kulturelle Bereichsausnahme wichtigen Begriff der AV-Dienstleistungen („audiovisual services“) nicht definiert. Für andere kulturelle Bereiche als den AV-Sektor hat sich die EU auf den Negativlistenansatz beschränkt. Insofern ist für CETA eine Kombination von weit reichenden kulturellen Bereichsausnahmen mit zusätzlichen kulturbezogenen Vorbehalten im Sinne des Negativlistenansatzes charakteristisch.

Keine eigenständige Bedeutung als kulturelle Bereichsausnahme hat „Article X.08: Cultural Industries“ im Kapitel 32 über „Ausnahmen“ („Exceptions“). Denn Art. X.08 CETA ruft nur die auf Kultur anwendbaren Ausnahmen in Erinnerung, wie sie in den jeweils einschlägigen Vorschriften vorangegangener Kapitel normiert worden sind. Maßgeblich sind also die kulturellen Bereichsausnahmen in den in Art. X.08 CETA in Bezug genommenen Kapiteln über Subventionen (Kapitel 9 CETA), Investitionen (Kapitel 10 CETA), grenzüberschreitenden Handel mit Dienstleistungen (Kapitel 11 CETA), inländische Genehmigungs- und Qualifikationserfordernisse (Kapitel 14 CETA) und die öffentliche Auftragsvergabe (Kapitel 21 CETA).

b) Subventionen

Subventionen (Kapitel 9 CETA) sind nach Art. x7 CETA vollständig von allen CETA-Kapiteln ausgenommen. Diese Bereichsausnahme erfasst dabei nicht nur Subventionen („subsidies“), sondern auch andere Formen staatlicher Unterstützung („governmental support“). Das gilt zugunsten der EU freilich nur im Bereich der AV-Dienstleistungen, während im Fall Kanadas Subventionen für alle Kulturindustrien freigestellt sind.

¹⁸⁸ Oben in und bei Fn. 157 bis 159.

¹⁸⁹ Siehe oben bei Fn. 149.

¹⁹⁰ Siehe auch *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 31.

c) Investitionsschutz

Auch im Investitionsschutzkapitel (Kapitel 10 CETA) hat die EU eine Bereichsausnahme für AV-Dienstleistungen durchgesetzt (Art. X.1 Abs. 3 CETA). Allerdings bezieht sich diese Bereichsausnahme nur auf ganz bestimmte Abschnitte des Investitionsschutzkapitels, nämlich nur auf den Abschnitt über die Ansiedlung von Investitionen (Section 2: Establishment of Investment), d.h. auf den Marktzugang von Investoren (Art. X.4 CETA: Market Access) und Tätigkeitsauflagen (Art. X.5 CETA: Performance Requirements),¹⁹¹ sowie auf den Abschnitt über die nichtdiskriminierende Behandlung (Section 3: Non-Discriminatory Treatment) von Investoren, also über die Inländerbehandlung (Art. X.6 CETA: National Treatment), über die Meistbegünstigung (Art. X.7 CETA: Most-Favoured-Nation Treatment) und über Führungskräfte und Vorstände bzw. Aufsichtsräte (Art. X.8 CETA: Senior Management and Boards of Directors).

Damit wird der EU ermöglicht, kanadische Investoren auf dem AV-Dienstleistungssektor anders, insbesondere weniger günstig als EU-Investoren oder sonstige ausländische Investoren zu behandeln. D.h. Vorteile, welche EU- oder sonstigen ausländischen Investoren zugewendet werden, müssen nicht auf kanadische Investoren erstreckt werden.¹⁹² Auch z.B. Quoten für inländische Programminhalte von AV-Dienstleistungen (vgl. Art. X.5 Abs. 1 Buchst. b, Abs. 2 Buchst. a CETA) oder Regeln über die ausländische Kontrolle von Unternehmen des AV-Dienstleistungssektors (vgl. Art. X.4 Abs. 1 Buchst. a Ziff. iv CETA) bleiben damit zulässig.

Andere als die soeben genannten Investitionsschutzstandards werden dagegen von der kulturellen Bereichsausnahme für AV-Dienstleistungen nicht berührt. Das gilt namentlich für das Gebot gerechter und billiger Behandlung (Art. X.9 Abs. 1 CETA). Allerdings dürfte diese FET-Klausel, wie sie konkret in CETA normiert worden ist, die EU und ihre Mitgliedstaaten nicht daran hindern, Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt zu ergreifen. Denn die möglichen Verstöße gegen die FET-Klausel sind in Art. X.9 Abs. 2 CETA abschließend aufgelistet.¹⁹³ Insgesamt erscheinen die in Art. X.9 Abs. 2 CETA aufgeführten Fallgruppen dem völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandards des sog. Fremdenrechts stark angenähert. Insofern ist nicht recht ersichtlich, inwiefern Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt mit der FET-Klausel in CETA unvereinbar sein könnten. Insbesondere vermag sich ein kanadischer Investor auf die Enttäuschung sog. „legitimer Erwartungen“ nur zu stützen, wenn sie auf spezifischen Versprechungen der EU bzw. eines

¹⁹¹ Siehe dazu oben in und bei Fn. 122.

¹⁹² Soweit die Vorteile in Subventionen oder sonstigen Maßnahmen staatlicher Unterstützung i.S. von Art. x7 des Kapitels 9 CETA bestehen, ist das Investitionsschutzkapitel von vornherein insgesamt nicht einschlägig.

¹⁹³ Diese Liste kann nur durch einen Beschluss des Handelsausschusses (Trade Committee) ergänzt werden (Art. X.9 Abs. 2 und 3 Satz 2 CETA).

EU-Mitgliedstaats gegenüber dem Investor beruhen, welche das Ziel hatten, den Investor zu einer Investition zu veranlassen, und wenn der kanadische Investor seine Investition im Vertrauen diese Versprechungen getätigt hat (vgl. Art. X.9 Abs. 4 CETA). Auch dürften sich Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt nicht als *de facto*-Enteignungen (vgl. Art. X.11 Abs. 1 i.V. mit Annex X.11 CETA) qualifizieren lassen. Denn nach Annex X.11 Abs. 3 CETA stellen jedenfalls nichtdiskriminierende Maßnahmen, die im Interesse eines legitimen Gemeinwohlziels ergriffen werden und nicht eindeutig unverhältnismäßig sind, keine *de facto*-Enteignung dar. An dieser Stelle wird bei beispielsweise bedeutsam, dass die CETA-Präambel in ihrem Abs. 10 den Schutz und die Förderung der kulturellen Vielfalt als legitimes Gemeinwohlziel explizit benennt.¹⁹⁴

d) Dienstleistungen

Kanada und die EU haben ihre kulturellen Bereichsausnahmen ferner für die Regeln über den grenzüberschreitenden Handel mit Dienstleistungen (Kapitel 11 CETA: Cross-Border Trade in Services)¹⁹⁵ vereinbart. Nach Art. X-01 Abs. 2 Buchst. b und c CETA gilt das entsprechende Kapitel nicht für Maßnahmen,¹⁹⁶ welche (für die EU) AV-Dienstleistungen bzw. (für Kanada) Kulturindustrien betreffen.

e) Inländische Genehmigungs- und Qualifikationserfordernisse

Den AV-Sektor (der EU) bzw. Kulturindustrien (Kanadas) privilegierende Bereichsausnahmen gelten auch für Genehmigungsvorbehalte und -verfahren sowie für Qualifikationsanforderungen und darauf bezogene Verfahren, welche die Erbringung von Dienstleistungen¹⁹⁷ betreffen (Art. X.1 Abs. 2 Buchst. b CETA im Kapitel 14: Domestic Regulation).

f) Vergabe

Erwähnenswert ist ferner, dass Beschränkungen von Ausschreibungen für Aufträge der öffentlichen Hand ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen zulässig sind, wenn z.B. Dienste nur von einem bestimmten Dienstleister erbracht werden können wie im Fall von

¹⁹⁴ Siehe hierzu soeben oben bei Fn.187.

¹⁹⁵ Zur Definition von „cross-border supply of services“ Siehe Art. X-08 CETA.

¹⁹⁶ Welche Maßnahmen an sich vom Kapitel über den grenzüberschreitenden Handel mit Dienstleistungen fallen, normiert Art. X-01 Abs. 1 CETA.

¹⁹⁷ Gemäß Art. X.1 Abs. 1 CETA im Kapitel 14 CETA.

Kunstwerken (vgl. Art. XII Abs. 1 Buchst. b Ziff. i im Kapitel 21 CETA: Government Procurement).

g) E-Commerce

Das Kapitel über E-Commerce (Kapitel 18 CETA) enthält weder kulturelle Bereichsausnahmen noch sonst kulturspezifische Regelungen. Die Vertragsparteien bekräftigen lediglich, dass sowohl CETA als auch das WTO-Recht auf E-Commerce anwendbar sind (Art. X-01 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 CETA). Im Fall einer Normkollision innerhalb von CETA sollen die Vorschriften der anderen Kapitel vorgehen (Art. X-01 Abs. 2 Satz 2 CETA). Verpflichtungen der Vertragsparteien, auf elektronischem Wege erbrachte Lieferungen zu gestatten, können sich allenfalls aus anderen Kapiteln ergeben (vgl. Art. X-01 Abs. 3 CETA). Soweit sich also die Vertragsparteien ihr Recht zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt wegen der in den anderen Kapiteln vereinbarten kulturellen Bereichsausnahmen erhalten haben, ändert sich daran auch für den Bereich des E-Commerce nichts. Im Übrigen gilt, dass auf elektronische Lieferungen z.B. von Computerprogrammen oder digital kodierten Texten, Videos, Bildern oder Tonaufzeichnungen (vgl. Art. X-06 CETA) keine Zölle, Gebühren oder sonstige Abgaben erhoben werden (Art. X-02 CETA).

4. Allgemeine Ausnahmen

Ausnahmen von den Vorschriften über die Ansiedlung von Investitionen (Art. X.4 f. des Kapitels 10 CETA) und über die Nichtdiskriminierung (Art. X.6 ff. des Kapitels 10 CETA) sind über die kulturelle Bereichsausnahme des Art. X.1 Abs. 3 des Kapitels 10 CETA gemäß der Regel über „Allgemeine Ausnahmen“ (Art. X.02 Abs. 1 Satz 1 im Kapitel 32) zulässig, die Art. XX GATT inkorporiert. Kulturspezifische Maßnahmen der EU außerhalb des AV-Sektors könnten sich dabei über Art. X.02 Abs. 1 Satz 1 CETA i.V. mit Art. XX Buchst. a, d oder f GATT rechtfertigen lassen.¹⁹⁸ Gleiches folgt aus Art. X.02 Abs. 2 Buchst. a im Kapitel 32 CETA, der wie Art. XX Buchst. a GATT (bzw. Art. XIV Buchst. a GATS) unter anderem Maßnahmen erlaubt, die zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit („public morals“) notwendig sind.¹⁹⁹ Die Vorschrift des Art. X.02 Abs. 1 Satz 1 im Kapitel 32 gilt im Übrigen auch für Ausnahmen von den Verpflichtungen aus Kapitel 11 über grenzüberschreitenden Handel mit Dienstleistungen. Die Ausnahmen nach Art. X.02 des Kapitels 32 sind schließlich auch für den Bereich den E-Commerce anwendbar (Art. X-01 Abs. 4 des Kapitels 18 CETA).

¹⁹⁸ Dazu oben in und bei Fn. 69 bis 76.

¹⁹⁹ Hierzu oben in und bei Fn. 76, 83 bis 75.

5. Negativlisten

Im Sinne des Negativlistenansatzes haben die EU und Kanada besondere Vorbehalte in den Bereichen Dienstleistungen und Investitionen fixiert (siehe Kapitel 35 CETA: Services and Investment). Einige dieser Vorbehalte beziehen sich auf den kulturellen Sektor. Derartige Vorbehalte haben sowohl die EU als auch gesondert einige ihrer Mitgliedstaaten erklärt. Für den Bereich des grenzüberschreitenden Handels mit Dienstleistungen und der Investitionen hat sich die EU beispielsweise²⁰⁰ das Recht vorbehalten, Maßnahmen in Bezug auf die Erbringung von Bibliotheks-, Archiv-, Museums- und anderen kulturellen Dienstleistungen²⁰¹ beizubehalten oder zu erlassen (EU Annex II, S. 1507 CETA). Deutschland hat einen entsprechenden Vorbehalt gleichfalls erklärt (EU Annex II, S. 1576 CETA), der sich darüber hinaus explizit auch auf Unterhaltungsdienstleistungen erstreckt. Gleichfalls für die Bereiche des grenzüberschreitenden Handels mit Dienstleistungen und der Investitionen hat sich Deutschland außerdem in Bezug auf Unterhaltungsdienstleistungen das Recht vorbehalten, Maßnahmen beizubehalten oder zu erlassen, welche die grenzüberschreitende Erbringung solcher Dienstleistungen (unabhängig von der Art ihrer Herstellung, Verbreitung oder Übermittlung) verbieten und eine Niederlassung verlangen (EU Annex II, S. 1576 CETA). Einen vergleichbaren Vorbehalt hat auch die EU in Bezug auf Unterhaltungsdienstleistungen ausgehandelt (EU Annex II, S. 1507 CETA). Ferner hat sich Deutschland vorbehalten, dass jede öffentlich verbreitete oder gedruckte Zeitung oder Zeitschrift den „verantwortlichen Herausgeber“ deutlich angeben muss (mit vollem Namen und Anschrift einer natürlichen Person). Der Vorbehalt erfasst auch das Recht zu verlangen, dass der verantwortliche Herausgeber seinen ständigen (Wohn-)Sitz in Deutschland, der EU oder des EWR hat (EU Annex I, S. 1327 f.).

II. TTIP

1. Gegenläufigkeit der Interessen

Anders als im Fall von CETA sieht sich die EU bei den TTIP-Verhandlungen mit den USA dem bedeutendsten Gegner der UNESCO-Konvention gegenüber.²⁰² Die Präzedenzwirkung

²⁰⁰ Hinsichtlich etwaiger Verpflichtungen in Bezug auf Marktzugang, Inländerbehandlung, Meistbegünstigung, Tätigkeitsauflagen oder Führungskräfte und Vorstände bzw. - Aufsichtsräte.

²⁰¹ Unklar ist freilich, was unter „anderen kulturellen Dienstleistungen“ („other cultural services“) zu verstehen ist. Es handelt sich in jedem Fall um einen Auffangtatbestand. Nach der Interpretationsmaxime „*eiusdem generis*“ müsste es sich um Dienstleistungen handeln, die ihrer Art nach Bibliotheks-, Archiv- oder Museumsdienstleistungen wesensmäßig entsprechen. Unterhaltungsdienstleistungen (z.B. mit Bezug auf Theater, Konzerte, Tanz, Zirkus, Diskotheken) werden schon nicht mehr erfasst. Dafür spricht, dass sich die EU und einzelne EU-Mitgliedstaaten an derselben Stelle von EU Annex II (S. 1507 CETA) Maßnahmen genau für diese Dienstleistungsbereiche explizit, wenngleich in jeweils leicht abweichendem Umfang vorbehalten haben.

²⁰² Ebenso *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 30. Siehe auch zum Interessenwiderstreit zwischen der EU und den USA im Rahmend er WTO *Burri* (Fn. 8), S. 486.

der ausdrücklichen Erwähnung der UNESCO-Konvention in der Präambel von CETA ist damit gering, wenn nicht null. Die Chancen, dass die USA in absehbarer Zeit Mitglied der UNESCO-Konvention werden könnten, sind minimal.²⁰³ Daher ist schwer vorstellbar, dass sich die USA auf eine Erwähnung der UNESCO-Konvention im Vertragstext von TTIP, und sei es nur in der Präambel, einlassen werden.²⁰⁴ Ein wichtiger Verhandlungserfolg wäre schon, wenn sich die USA darauf einließen, in der Präambel das „right to regulate“ mit Blick auf die Erreichung von „legitimate public policy objectives, such as the protection and promotion of cultural diversity“, zu verankern.²⁰⁵

2. Verhandlungs- und Regelungsansätze der USA

a) Charakteristische Merkmale im Überblick

Zusammengefasst lassen sich zumindest vier Merkmale identifizieren, welche in jüngerer Zeit den Verhandlungs- und Regelungsansatz der USA für den Abschluss von FTAs in Bezug auf das Spannungsverhältnis von Handelsliberalisierung und Kultur spezifisch charakterisieren: (1) der Negativlistenansatz, (2) die grundsätzliche Unbedenklichkeit von Subventionen, (3) die grundsätzliche Unbedenklichkeit von Quoten für inländische Programminhalte und anderer Handelshemmnisse im AV-Sektor, soweit es um traditionelle Technologien geht, und (4) die Forderung, sich eines kulturellen Protektionismus im Bereich digitaler Produkte zu enthalten.²⁰⁶

b) Geringe Bereitschaft zu kulturellen Bereichsausnahmen

Aufgrund der bisherigen FTA-Praxis der USA dürfte sich demnach eine Bereichsausnahme von allen TTIP-Vorschriften für Subventionen im AV-Sektor wohl durchsetzen lassen. Ob die USA dagegen ansonsten hinnehmen werden, dass das Verhandlungsmandat der Europäischen Kommission Verhandlungen über Liberalisierungen des Kultursektors oder zumindest des AV-Dienstleistungssektors umfassend oder jedenfalls in gewissem Umfang

²⁰³ Hahn (Fn. 6), S. 256.

²⁰⁴ Die offenbar gegenteilige Einschätzung von *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 31 f., erscheint mir wenig realistisch.

²⁰⁵ Im Verhältnis der EU und der USA sind außerdem die im April 2011 im Rahmen des Transatlantic Economic Council (TEC) vereinbarten European Union-United States Trade Principles on Information and Telecommunication Technology Services (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/april/tradoc_147780.pdf) zu beachten, die indes Gemeinwohlziele und Gesetzgebung der EU wie der USA in Bereichen wie der Förderung der kulturellen Vielfalt explizit unberührt lassen. Dazu, dass diese Prinzipien des TEC im vorliegenden Zusammenhang gleichwohl nicht völlig außer Acht gelassen werden sollten, *Richieri Hanania/Ruiz Fabri* (Fn. 146), S. 498 ff.

²⁰⁶ *Bernier* (Fn. 54), S. 2 f.

ausschließt,²⁰⁷ muss gleichfalls fraglich erscheinen.²⁰⁸ Denn der konsequente Abbau bzw. Ausschluss von Handelshemmnissen auf dem Gebiet speziell der digitalen Produkte, zumal der digitalen Produkte des AV-Bereichs, gehört zur Agenda der US-amerikanischen FTA-Verhandlungen. Das dürfte im Verhältnis der USA zur EU umso mehr gelten, als die EU den bedeutendsten Exportmarkt für US-amerikanische AV-Produkte bildet.²⁰⁹ Außerdem sehen die USA digitale Technologien als Wachstumsmotor und Bekräftigung von „US soft power“ an.²¹⁰ Hinzu kommen die komparativen Vorteile der USA auf diesem Gebiet.²¹¹ Die USA werden daher vermutlich auf Handelsliberalisierungen im Bereich digitaler Produkte, insbesondere im AV-Bereich, drängen.²¹² Zutreffend dürfte daher die Einschätzung sein, dass die Verhandlungsposition der EU umso schwächer ist, je vehementer sie den kulturellen Sektor, insbesondere den AV-Sektor, vollständig auszuklammern bzw. je mehr sie möglichst weitreichende kulturelle Bereichsausnahmen durchzusetzen sucht.²¹³ Im Übrigen würden sich die USA, wie das Beispiel des US-amerikanischen FTAs mit Kanada (CUFTA) und NAFTAs zeigt, vollständige oder großzügige Ausnahmen für kulturelle Güter und Dienstleistungen teuer abringen lassen.

c) Durchsetzung des Negativlistenansatzes

Auch im Verhältnis zur EU werden die USA vermutlich den Negativlistenansatz durchzusetzen suchen. Der Negativlistenansatz bildet insofern nicht nur einen Regelungsansatz für die Vertragsgestaltung von FTAs. Vielmehr prägt der Negativlistenansatz bereits die Verhandlungsphase. Wird in den Verhandlungen der Negativlistenansatz zugrunde gelegt, sieht sich diejenige Vertragspartei in der Defensive, die Ausnahmen vom Grundsatz der Liberalisierung durchsetzen möchte. Sie steht unter erheblichem Rechtfertigungsdruck und muss stets gewärtigen, möglicherweise weitreichende Zugeständnisse in anderen Bereichen der Handelsliberalisierung machen zu müssen.²¹⁴ Beim Positivlistenansatz verhält es sich umgekehrt. Hier muss diejenige Vertragspartei aktiv werden und versuchen sich durchzusetzen, die sich ein höheres Maß an Liberalisierung wünscht. Sie muss die zögerliche Vertragspartei dazu bewegen, Liberalisierungsverpflichtungen positiv in bestimmten Sektoren und in bestimmtem Umfang einzugehen, und sich dafür in der Regel auf Zugeständnisse an anderer Stelle einlassen.

²⁰⁷ Siehe hierzu *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 33; ferner *Gagné* (Fn. 106), S. 263.

²⁰⁸ Wohl wie hier *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 33.

²⁰⁹ Näher *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 32.

²¹⁰ *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 33.

²¹¹ *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 33.

²¹² *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 33.

²¹³ Siehe *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 34.

²¹⁴ *Bernier* (Fn. 54), S. 3; *Richieri Hanania* (Fn. 52), S. 431.

Der Negativlistenansatz schränkt die Möglichkeiten der Vertragsparteien der UNESCO-Konvention, Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt zu ergreifen, im Grundsatz bedeutsam ein. Das gilt zumal vor dem Hintergrund des mit hohem Tempo fortschreitenden technologischen Wandels im AV-Sektor.²¹⁵ Technologiebedingte neuartige Gefährdungen der nationalen Kulturindustrien und damit der Vielfalt der kulturellen Ausdrucksformen lassen sich unter dem Negativlistenansatz grundsätzlich nur noch sehr beschränkt, schlimmstenfalls überhaupt nicht mehr auffangen.²¹⁶ Hat sich eine Vertragspartei z.B. vorbehalten, dass über elektromagnetische (Funk-)Wellen terrestrisch ausgestrahlte Rundfunksendungen zu mindestens 40 % inländische Programminhalte aufweisen müssen, dann kann unter dem Negativlistenansatz weder der Anteil inländischer Programminhalte erhöht noch der Vorbehalt auf Kabel- und Satellitenfernsehen erstreckt werden.²¹⁷ Insofern wirken sich im Rahmen des Negativlistenansatzes Fehleinschätzungen über wirtschaftliche und technologische Entwicklungen zum Nachteil der Vertragsparteien aus, welche es (aus Nachlässigkeit, wegen fehlender Prognostizierbarkeit oder mangels Verhandlungsmacht) versäumt haben, vom Wortlaut her hinreichend weit geschnittene kulturelle Bereichsausnahmen für sich zu reklamieren.²¹⁸

d) Exkurs: Positivlistenansatz

Aber auch der Positivlistenansatz bildet keine Versicherung gegen zukünftige Entwicklungen, aufgrund welcher eine Rückgängigmachung eingegangener Liberalisierungsverpflichtungen angezeigt erscheint. Das zeigt das Beispiel Neuseelands, das sich im Rahmen der Uruguay-Runde in Bezug auf audiovisuelle Dienstleistungen zu vorbehaltlosem Marktzugang gemäß Art. XVI Abs. 1 GATT verpflichtete. Wenige Jahre später stellte sich heraus, dass die Berichterstattung über lokale Angelegenheiten in den Nachrichten auf 24 % der verfügbaren Sendezeit zurückgegangen war. Daraufhin kündigte die neuseeländische Regierung an, Quoten für die Rundfunkberichterstattung über lokale Nachrichten in Radio und Fernsehen einzuführen. Der Hinweis des Handelsbeauftragten der USA (United States Trade Representative – USTR) auf die von Neuseeland unter dem GATS eingegangenen Liberalisierungsverpflichtungen reichte aus, um diese Pläne ohne weitere Umstände zu Fall zu bringen.²¹⁹

²¹⁵ In diesem Sinne auch *Gagné* (Fn. 30), S. 1272; siehe ferner *Burri-Nenova* (Fn. 14), S. 40 f.

²¹⁶ Siehe auch *Gagné* (Fn. 30), S. 1283.

²¹⁷ Vgl. zu diesem Beispiel *Richieri Hanania* (Fn. 52), S. 432; *Vlassis/Richieri Hanania* (Fn. 4), S. 28 f.

²¹⁸ Siehe auch *Bernier* (Fn. 115), S. 3.

²¹⁹ *Graber* (Fn. 8), S. 569 f. Eine Änderung eingegangener Liberalisierungsverpflichtungen ist zwar unter GATS nicht ausgeschlossen (vgl. Art. XXI Abs. 1, 5 GATS), aber ausgesprochen unattraktiv. Derartige Änderungen werden in der Regel mit Ausgleichsmaßnahmen gegenüber anderen WTO-Mitgliedern erkaufte werden müssen (Art. XXI Abs. 2 Buchst. a, Abs. 3 Buchst. a, Abs. 4 Buchst. a GATS). Wegen der Anwendung des Prinzips der

e) Geringe Aussichten auf ein Protokoll über kulturelle Zusammenarbeit

Die Aussichten, den kulturellen Sektor insgesamt oder zumindest den AV-Sektor aus TTIP auszunehmen und stattdessen ein gesondertes Protokoll über kulturelle Zusammenarbeit abzuschließen, dürften äußerst gering sein. Wird das hauptsächliche Ziel solcher Protokolle über kulturelle Zusammenarbeit in der Umsetzung der UNESCO-Konvention gesehen,²²⁰ dann kann nicht mit der Bereitschaft der USA gerechnet werden, ein solches Protokoll zu verhandeln, geschweige denn abzuschließen. Denn konsequenterweise sollte der jeweilige Vertragspartner der EU gleichfalls Vertragspartei der UNESCO-Konvention sein bzw. der UNESCO-Konvention beitreten.²²¹ Dass die USA alsbald Mitglied der UNESCO-Konvention werden könnten, ist indes nicht ersichtlich.²²²

D. Antworten

Die unter A.II. konkret aufgeworfenen Fragen sind wie folgt zu beantworten:

I. Zu Frage 1

Der gegenwärtige Kenntnisstand zu TTIP beruht maßgeblich auf dem konsolidierten CETA-Vertragstext in der am 26. September 2014 veröffentlichten Fassung.

Für den Bereich der AV-Medien und den darüber hinausgehenden Kultursektor gilt unter CETA kein reiner Negativlistenansatz. Vielmehr haben sowohl die EU als auch Kanada je für sich weit reichende kulturelle Bereichsausnahmen von CETA oder einzelnen CETA-Kapiteln bzw. CETA-Abschnitten vorgesehen. Für die EU gelten diese kulturellen Bereichsausnahmen freilich nur im AV-Dienstleistungssektor. Im Umfang dieser kulturellen Bereichsausnahmen haben die EU und Kanada das Recht, Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt beizubehalten oder zu erlassen.

Das gilt auch für das Investitionsschutzkapitel unter CETA. Dort erstreckt sich die kulturelle Bereichsausnahme für den AV-Dienstleistungssektor zu Gunsten der EU allerdings nicht auf das gesamte Kapitel, sondern nur auf die Abschnitte über die Ansiedlung von Investitionen („Establishment of Investments“) und über Nichtdiskriminierung („Non-Discriminatory Treatment“). Mit den Gewährleistungen dieser beiden Abschnitte an sich unvereinbare

Meistbegünstigung auf diese Ausgleichsmaßnahmen (Art. XXI Abs. 2 Buchst. b GATS) werden letztlich auch alle anderen WTO-Mitglieder in deren Genuss kommen.

²²⁰ Siehe *Richieri Hanania* (Fn. 52), S. 449.

²²¹ Siehe *Richieri Hanania* (Fn. 52), S. 449.

²²² *Hahn* (Fn. 6), S. 256.

kulturspezifische Maßnahmen können auch jenseits des AV-Sektors zulässig sein, und zwar auf der Grundlage der „Allgemeine Ausnahmen“-Klausel, wenn die Maßnahmen z.B. zum Schutz der „öffentlichen Sittlichkeit“, die unter anderem durch soziale, kulturelle, ethische und religiöse Werte geprägt wird, notwendig sind. Darüber hinaus haben sich z.B. die EU und Deutschland in einer Negativliste etwa das Recht vorbehalten, Maßnahmen hinsichtlich der Erbringung bestimmter kultureller Dienstleistungen jenseits des AV-Sektors zu ergreifen oder beizubehalten. Im Umfang aller dieser vorgenannten Ausnahmen können sich kanadische Investoren gegenüber der EU bzw. Deutschland vor internationalen Schiedsgerichten nicht auf den Investitionsschutz unter CETA berufen. Soweit die genannten Ausnahmen für andere materielle Investitionsschutzstandards (wie „fair and equitable treatment“ oder Schutz im Fall von *de facto*-Enteignungen) nicht gelten, dürfte dies keine offene Flanke für Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt darstellen. Das liegt an den von den Vertragsparteien gewählten engen Formulierungen der einschlägigen CETA-Klauseln im Investitionsschutzkapitel.

Nach hiesiger Auffassung wird sich der Regelungsansatz unter CETA aber nicht eins-zu-eins auf TTIP übertragen lassen. Sollte sich in TTIP ein reiner Negativlistenansatz durchsetzen, dürfte das Recht zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt erheblich geschwächt sein. Entscheidend kommt es freilich auf die Reichweite der in den Negativlisten konkret formulierten Vorbehalte an. Auch ein Positivlistenansatz, mit welchem ein Staat nur selektiv einzelne Sektoren in bestimmter Weise und gegebenenfalls unter Vorbehalt bestimmter Maßnahmen für Handelsliberalisierungen öffnet, kann nachträgliche Korrekturen erschweren oder ganz ausschließen. Speziell für den AV-Sektor dürfte es unter dem Negativlistenansatz wie unter dem Positivlistenansatz darauf ankommen, dass zwecks Wahrung des Rechts zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt formulierte Vorbehalte z.B. technologieneutral und insofern zukunfts offen dynamisiert sind.

II. Zu Frage 2

1. Zu Frage 2.a)

Gegenwärtig ist nichts dafür ersichtlich, dass die USA in absehbarer Zeit Vertragspartei der UNESCO-Konvention werden könnten. Daher ist nicht damit zu rechnen, dass die USA einer wie auch immer lautenden Bezugnahme auf die UNESCO-Konvention, sei es in der Präambel, sei es im Vertragstext, zustimmen werden. Abgesehen davon dürfte eine ganz allgemein gehaltene Bezugnahme auf die UNESCO-Konvention im Vertragstext für sich genommen kaum praktische Wirksamkeit entfalten.

2. Zu Frage 2.b)

Wichtiger als eine ganz allgemein gehaltene Bezugnahme auf die UNESCO-Konvention in der Präambel oder im Vertragstext sind hinreichend bestimmte Bereichsausnahmen oder Vorbehalte, welche das Recht zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt garantieren.

Eine umfassende kulturelle Bereichsausnahme zum Schutz und zur Förderung kultureller Vielfalt, dürften die USA freilich lediglich für Subventionen durchgreifen lassen. Für alle anderen TTIP-Kapitel bzw. -Abschnitte oder -Vorschriften werden die USA versuchen, den von ihnen favorisierten Negativlistenansatz durchzusetzen. Bei der Verhandlung von Negativlisten werden die USA danach trachten, die EU auf Vorbehalte festzulegen, die sich nicht auf digitale Produkte, insbesondere des AV-Bereichs, beziehen. Deshalb ist z.B. aus deutscher Sicht mit Sorgfalt zu beobachten, inwieweit die Buchpreisbindung für den Bereich elektronischer, digital kodierter Bücher mit Rücksicht auf Liberalisierungspflichten aus einem etwaigen E-Commerce-Kapitel zu halten ist.²²³

Speziell mit Blick auf Investoren, die sich gegen bestehende oder neue Regeln zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt vor internationalen Schiedsgerichten zu Wehr setzen könnten, wäre eine das gesamte Investitionsschutzkapitel erfassende, sich auf alle kulturellen Sektoren erstreckende kulturelle Bereichsausnahme („Dieses Kapitel gilt nicht für ...“) das sicherste Instrument. Gegenüber den USA dürfte das allerdings nicht durchsetzbar sein, es sei denn um den Preis einschneidender Zugeständnisse in anderen Bereichen der Handelsliberalisierung oder um den Preis der Zulassung von wirtschaftlich gleichwertigen Vergeltungsmaßnahmen seitens der USA für den Fall, dass die EU mit TTIP unvereinbare Maßnahmen auf die kulturelle Bereichsausnahme stützen sollte. Letztlich wird die EU versuchen müssen, die Investitionsschutzstandards von vornherein so zu formulieren, dass sie Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt von vornherein nicht erfassen. Für den FET- und den Enteignungsschutz-Standard bietet CETA brauchbare Modellklauseln. Für die Standards, welche die Ansiedlung von Investitionen (Marktzugang, Tätigkeitsauflagen) und die Nichtdiskriminierung (Inländerbehandlung, Meistbegünstigung) betreffen, wäre denkbar, nicht den jeweiligen TTIP-Abschnitt (z.B. „Establishment of Investments“) als solchen oder die gesamte TTIP-Vorschrift (z.B. „Market Access“), sondern nur ganz bestimmte, für Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt typischerweise einschlägige Einzelregelungen (z.B. „Neither Party shall adopt or maintain ... measures 1. imposing limitations on a) ..., d) the participation of foreign capital in terms of maximum percentage limit on foreign shareholding ...“) mit einer kulturellen

²²³ Solange die deutsche Buchpreisbindung freilich nicht zwischen der Herkunft elektronischer Bücher differenziert, dürfte sie beibehalten werden können, da ein Verstoß gegen die Inländerbehandlung und die Meistbegünstigung (siehe oben bei Fn. 147) insoweit ausgeschlossen erscheint.

Bereichsausnahme für den AV-Dienstleistungssektor (z.B. „with the exception of measures with respect to audiovisual services“) zu versehen.

Literaturverzeichnis

- Alvarez, José E.*, The Public International Law Regime Governing International Investment, 2011
- Balassa, Carol*, The Impact of the U.S. Position in the Trade and Culture Debate. Negotiation of the Convention on the Diversity of Cultural Expressions, in: Toshiyuki Kono/Steven Van Uytsel (Hrsg.), The UNESCO Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law, 2012, S. 71 ff.
- Bernier, Ivan*, Les accords de libre-échange conclus récemment par les États-Unis en tant qu'exemple de leur nouvelle stratégie relativement au secteur audiovisuel, *Diversité Culturelle* Bd. 4 (2004), S. 1 ff.
- Birnie, Patricia/ Boyle, Alan/Redgwell, Catherine*, International Law and the Environment, 3. Aufl., 2009
- Brunnée, Jutta*, Common Areas, Common Heritage, and Common Concern, in: Daniel Bodansky/Jutta Brunnée/Ellen Hey (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Environmental Law, 2007
- Burri-Nenova, Mira*, Trade versus Culture in the Digital Environment: an Old Conflict in Need of a New Definition, *JIEL* Bd. 12 (2008), S. 17 ff
- Burri, Mari*, Trade versus Culture: The Policy of Cultural Exception and the WTO, in: Karen Donders/Caroline Pauwels/Jan Loisen (Hrsg.), The Palgrave Handbook of European Media Policy, 2014, S. 479 ff.
- Cameron, Kelly*, Telecommunications and audio-visual services in the context of the WTO: today and tomorrow, in: Damien Gerardin/David Luff (Hrsg.), The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audio-Visual Services, 2004, S. 21 ff.
- Carmody, Chi*, Creating „Shelf-Space“: NAFTA's Experience with Cultural Protection and Its Relevance for the WTO, *Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y* Bd. 2 (2007), S. 287 ff.
- Dederer, Hans-Georg*, Rohstoffausbeutung, -bewirtschaftung und -verteilung aus der Sicht des allgemeinen Völkerrechts, in: Dirk Ehlers/Christoph Herrmann/Hans-Michael Wolfgang/Ulrich Jan Schröder (Hrsg.), Rechtsfragen des internationalen Rohstoffhandels, 2012, S. 37 ff., S. 197 f.
- Dederer, Hans-Georg*, Neujustierung von Investorenschutz und „right to regulate“, 16. April 2014 (<http://www.verfassungsblog.de/neujustierung-balance-von-investorenschutz-und-right-to-regulate/>)
- Dolzer, Rudolf/Schreuer, Christoph*, Principles of International Investment Law, 2. Aufl., 2012

- Gagné, Gilbert*, Free Trade and Culture Policies: Evidence from Three US Agreements, *JWT Bd.* 45 (2011), S. 1267 ff.
- Gagné, Gilbert*, Free Trade, Cultural Policies, and the Digital Revolution: Evidence from the U.S. FTAs with Australia and Korea, *Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y Bd.* 9 (2014), S. 257 ff.
- Graber, Christoph Beat*, Audio-visual policy: the stumbling block of trade liberalisation? in: Damien Gerardin/David Luff (Hrsg.), *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audio-Visual Services*, 2004, S. 165 ff.
- Graber, Christoph Beat*, The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO, *JIEL Bd.* 9 (2006), S. 553 ff.
- Grant, Peter S.*, Der kulturelle Werkzeugkasten. Warum unterscheiden sich audiovisuelle Güter von anderen?, in: *politik und kultur* Nr. 01/06, 2006, S. 1 ff.
- Hahn, Michael*, A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law, *JIEL Bd.* 9 (2006), S. 515 ff.
- Hahn, Michael*, The Convention on Cultural Diversity and International Economic Law, *Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y Bd.* 2 (2007), S. 229 ff.
- Herrmann, Christoph/Weiß, Wolfgang/Ohler, Christoph*, *Welthandelsrecht*, 2. Aufl., 2007
- Herdegen, Matthias*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 10. Aufl., 2014
- Khachaturian, Alex*, The New Cultural Diversity Convention and its Implications on the WTO International Trade Regime: A Critical Comparative Analysis, *Texas International Law Journal Bd.* 42 (2006), S. 191 ff.
- Kono, Toshiyuki/Van Uytsel, Steven*, The Convention on the Diversity of Cultural Expressions. Beyond a Trade and Culture Convention, in: Toshiyuki Kono/Steven Van Uytsel (Hrsg.), *The UNESCO Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, 2012, S. 3 ff.
- Krajewski, Markus*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 3. Aufl., 2012
- Loisen, Jan*, Mainstreaming Culture in EU External Relations through Protocols on Cultural Cooperation: Fostering or Faltering Cultural Diversity?, in: Karen Donders/Caroline Pauwels/Jan Loisen (Hrsg.), *The Palgrave Handbook of European Media Policy*, 2014, S. 509 ff.
- Neuwirth, Rostam J.*, The Convention on the Diversity of Cultural Expressions and its Impact on the „Culture and Trade Debate“. A Critical Evaluation after 5 Years, in: Toshiyuki

- Kono/Steven Van Uytsel (Hrsg.), *The UNESCO Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, 2012, S. 229 ff.
- Neuwirth, Rostam J.*, The Future of the 'Culture and Trade Debate': A Legal Outlook, *JKWT Bd. 47* (2013), S. 391 ff.
- Ragosta, John A.*, The Cultural Industries Exemption from NAFTA – Its Parameters, *Canada-United States Law Journal Bd. 23* (1997), S. 165 ff.
- Richieri Hanania, Lilian*, *Diversité culturelle et droit international du commerce*, 2009
- Richieri Hanania, Lilian*, Cultural Diversity and Regional Trade Agreements – The European Union Experience with Cultural Cooperation Frameworks, *Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y Bd. 7* (2012), S. 423 ff.
- Richieri Hanania, Lilian/Ruiz Fabri, Hélène*, European Media Policy and Cultural Diversity at the International Level: The EU's Role in Fostering the Implementation of the 2005 UNESCO Convention, in: Karen Donders/Caroline Pauwels/Jan Loisen (Hrsg.), *The Palgrave Handbook of European Media Policy*, 2014, S. 493 ff.
- Schott, Jeffrey J.* (Hrsg.), *Free Trade Agreements. US Strategies and Priorities*, 2004
- Shi, Jingxia*, *Free Trade and Cultural Diversity in International Law*, 2013
- Souyri-Desrosier, Catherine*, EU protocols on cultural cooperation. An attempt to promote and implement the CDCE within the framework of bilateral trade negotiations, in: Lilian Richieri Hanania (Hrsg.), *Cultural Diversity in International Law. The effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 2014, S. 209 ff.
- Thiec, Yvon*, From a moratorium in the conflict between trade and culture to the creation of a digital deal for cultural diversity, in: Lilian Richieri Hanania (Hrsg.), *Cultural Diversity in International Law. The effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 2014, S. 95 ff.
- Uibelesen, Sibylle*, *Kulturschutz und Handelsliberalisierung. Das UNESCO-Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen*, 2012
- Van den Bossche, Peter/Zdouc, Werner*, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 3. Aufl., 2013
- Van Uytsel, Steven*, The CDCE and the WTO – in search for a meaningful role after *China-Audiovisuals*, in: Lilian Richieri Hanania (Hrsg.), *Cultural Diversity in International Law. The effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 2014, S. 40 ff.

Vlassis, Antonios/Richieri Hanania, Lilian, Effects of the CDCE on trade negotiations, in: Lilian Richieri Hanania (Hrsg.), Cultural Diversity in International Law. The effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, 2014, S. 25 ff.

Voon, Tania, Cultural Products and the World Trade Organization, 2007

Wouters, Jan/De Meester, Bart, The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law: A Case Study in Fragmentation of International Law, JWT Bd. 42 (2008), S. 205 ff.