

Umfassende Freihandelsabkommen und Grundgesetz

- Verfassungsrechtliche Grundlagen der Zustimmung zu CETA -

Tübingen, den 25. Juni 2017

Zusammenfassung der Ergebnisse des Gutachtens in Thesen

Die verfassungsrechtliche Herausforderung

1. Seit einigen Jahren werden in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen Freihandelsabkommen geschlossen, die auf eine wesentlich tiefere und dichtere Integration der Märkte der vertragsschließenden Staaten abzielen, als es dies bei klassischen Handelsabkommen der Fall war. Diese Freihandelsabkommen zielen nicht nur auf die Beseitigung der außenwirtschaftsrechtlichen Hindernisse für den Austausch von Waren und Dienstleistungen an der Grenze ab. Abkommen dieses Typs wirken tief auf die mitgliedstaatliche Ordnung des Binnenraums („hinter der Grenze“) ein. Sie sehen Vorgaben in den Bereichen Umwelt, Soziales, Arbeit u.ä. vor. Sie enthalten zudem weitgehende Vorgaben institutioneller und prozeduraler Art – etwa darüber, wie Verwaltungsverfahren durchzuführen sind. Regelmäßig sehen sie die Einsetzung von Vertragsgremien vor, die die Befugnis haben, Entscheidungen über die Fortentwicklung des Abkommens zu treffen. Sie begründen damit eine neue Form internationaler öffentlicher Gewalt. CETA ist ein Abkommen dieses neuen Typs.

2. Freihandelsabkommen dieses neuen Typs werfen Probleme auf, die sich wesentlich von den Problemen der klassischen außenhandelspolitischen Liberalisierung unterscheiden. Das grundsätzliche Ziel einer liberalen Außenhandelspolitik ist es, Beschränkungen „an der Grenze“ abzubauen und so Freiheit und Effizienz zu fördern. Demgegenüber kann es nicht ihr Ziel sein, die Vertragspartner zu einem vollständigen oder auch nur weitgehenden Abbau ihrer internen Regulierung zu veranlassen. Die Entscheidung, welches Regulierungsniveau angemessen ist, ist hochgradig politischer Natur. Sie muss grundsätzlich den beteiligten Vertragsparteien überlassen bleiben. Wird sie in die Hände überstaatlicher exekutiver Vertragsgremien gelegt, entstehen Legitimationsprobleme.

Grundlage von und Voraussetzung für demokratische Legitimität: Klarheit der Kompetenzabgrenzung und Verhinderung schleichender Kompetenzverlagerungen

3. Die politischen und legitimationstheoretischen Herausforderungen, die sich mit Freihandelsabkommen neuen Typs verbinden, sind von den EU-Institutionen noch nicht hinreichend erkannt worden. Man verhandelt dieses Abkommen wie klassische Handelsabkommen. Dass es dabei zugleich um die Liberalisierung, Harmonisierung und Reregulierung der internen Verhältnisse in den Mitgliedstaaten geht, spiegelt sich im Verhandlungsprozess nicht hinreichend wieder.

4. Gerade weil sich Freihandelsabkommen neuen Typs nicht nur auf die Beseitigung der Hindernisse „an der Grenze“ richten, sondern auch tief in die internen Verhältnisse der Vertragsstaaten eingreifen, bedarf es einer sorgfältigen Klärung, ob neben der Europäischen Union (EU) auch die Mitgliedstaaten an dem Abkommen zu beteiligen sind. Würde die EU alleine ein Abkommen schließen, das Bestimmungen enthält, die jenseits ihrer Zuständigkeiten liegen, handelte es sich um einen „ultra-vires“-Akt. Die Kompetenzüberschreitung könnte vom Bundesverfassungsgericht festgestellt werden.

5. Aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts ergibt sich die Pflicht, schon bei Vertragsschluss zu klären, welche der Bestandteile des Abkommens in den Kompetenzbereich der EU und welche in den Kompetenzbereich der EU-Mitgliedstaaten fallen. Diesem verfassungsrechtlichen Gebot kommt die politische Praxis bislang nicht nach. Selbst wenn man sich – wie im Fall von CETA – politisch darauf verständigt, das Abkommen als gemischtes Abkommen von EU *und* EU-Mitgliedstaaten zu behandeln, bleibt häufig offen, welche Bestandteile von wem politisch zu verantworten sind. Der deutsche Zustimmungsgesetzgeber billigt das Abkommen, ohne dass ihm klar vor Augen steht, wofür er politische Verantwortung übernimmt. Die Anforderungen an die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung (Art. 38 GG, Art. 20 Abs. 2 GG iVm. Art. 79 Abs. 3 GG) werden dadurch verletzt.

6. Die EU verfügt heute (unter anderem) außenhandelsrechtliche Kompetenzen im Bereich des Waren- und Dienstleistungsverkehrs und hinsichtlich der Direktinvestitionen. Offenkundig kann sich so gut wie jede Regelung eines EU-Mitgliedstaats *irgendwie* auf den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr auswirken. Umweltrecht, Sozialrecht, Arbeitsrecht, Steuerrecht, Bildungsrecht, Berufszulassungsrecht, Recht der Kultur etc.: Jedenfalls mittelbare Rückwirkungen auf den Marktzugang und die Rechtsstellung von Waren, Dienstleistungen und Investitionen sind immer gegeben. Die Gefahr besteht, dass die außenhandelsrechtlichen Kompetenzen der EU als Hebel verwandt werden, vermittels dessen die internen Verhältnisse in den EU-Mitgliedstaaten umfassend reguliert und harmonisiert werden.

7. Der EuGH spricht zwar davon, dass die außenhandelsrechtlichen Kompetenzen der EU nur eingesetzt werden dürfen, um mitgliedstaatliche Regelungen zu liberalisieren oder zu harmonisieren, die einen *spezifischen Bezug* zum grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr haben. In seinem Gutachten 2/15 vom 16. Mai 2017 (Freihandelsabkommen EU-Singapur) wird dieses Kriterium aber so weit ausgedehnt, dass der EuGH zum Ergebnis kommt, dass sich die ausschließliche Kompetenz der EU auch auf Regelungen über den sozialen Schutz der Arbeitnehmer und über den Umweltschutz erstreckt. Auch die Zuständigkeit zur Regelung der Anerkennung beruflicher Qualifikationen soll eine ausschließliche Kompetenz der EU sein. Die EU-Mitgliedstaaten verlieren danach erhebliche Teile ihrer Befugnis zur völkerrechtlichen Gestaltung sozial-, umwelt- und wirtschaftsrechtlicher Fragen.

8. In dem Gutachten 2/15 finden sich weitere Versuche des EuGH, die außenhandelsrechtlichen Befugnisse der EU hinsichtlich der Verhältnisse „hinter der Grenze“ auszuweiten. Der EuGH spricht sogar davon, dass die EU Regelungen von „äußerst begrenzter Tragweite“ auch dann treffen könne, wenn sie dafür keine Befugnis habe. In diesen Bereichen bestehen gewichtige Anhaltspunkte für die Vermutung, dass der EuGH eine Kompetenzerweiterung *ultra vires* betreibt, der sich das Bundesverfassungsgericht entgegen stellen muss.

9. Die zu beobachtende schleichende Kompetenzerweiterung („competence creep“) ist demokratisch nicht hinnehmbar. Gestaltungsentscheidungen, die auf der Grundlage der EU-Außenkompetenzen in einem internationalen Verhandlungsraum getroffen werden, sind parlamentarisch-demokratischer Steuerung und Kontrolle in deutlich geringerem Umfang zugänglich, als dies im Fall autonomer interner Gestaltung der Fall ist. Die

Gubernativlastigkeit, die den Entscheidungsprozess der EU schon allgemein kennzeichnet, wird noch verstärkt. Die Möglichkeiten der Mitsprache mitgliedstaatlicher Parlamente erweisen sich als prekär. Das Bundesverfassungsgericht ist aufgerufen, dem Prozess der schleichenden Kompetenzverlagerung Grenzen zu ziehen und so den Raum demokratisch-parlamentarischer Gestaltung in der Bundesrepublik Deutschland zu schützen.

Die Schaffung eines gemischten umfassenden Freihandelsabkommen: Bundesgesetz nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG mit Zustimmung des Bundesrates

10. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat das Grundgesetz im Jahr 1992 um eine Bestimmung ergänzt, auf die sich die deutsche Mitgliedschaft in der EU stützt (Art. 23 GG). Diese Bestimmung enthält inhaltliche Leitlinien (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG) und ein besonderes Ratifikationsverfahren für Vertragsänderungen (Art. 23 Abs. 1 S. 2 -3 GG). Die Bestimmung sichert den Verfassungsorganen Bundestag und Bundesrat zudem besondere Mitspracherechte im Prozess der Integration zu (Art. 23 Abs. 1a-7 GG). Art. 23 GG überlagert und verdrängt die allgemeine Regelung über den Abschluss völkerrechtlicher Verträge (Art. 59 Abs. 2 GG).

11. Bislang ist vom Bundesverfassungsgericht nicht geklärt worden, auf welcher verfassungsrechtlichen Grundlage der deutsche Zustimmungsgesetzgeber einem gemischten Freihandelsabkommen neuen Typs zuzustimmen hat. Häufig wird vorgeschlagen, den Teil eines gemischten Abkommens, der in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fällt, im Verfahren nach Art. 59 Abs. 2 GG zu ratifizieren. Dem ist entgegenzuhalten: Gemischte Abkommen bewirken jedenfalls dann, wenn sie nicht ausweisen, für welche Teile die EU und für welche Teile die EU-Mitgliedstaaten zuständig sind (Fehlen einer „Trennungsklausel“), eine Kompetenzausweitung der EU. Der EuGH beansprucht, auch jene Teile interpretieren zu können, die in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallen. Eine derartige Kompetenzausweitung ist verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn sie der deutsche Gesetzgeber nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG mit Zustimmung des Bundesrates legitimiert. Das CETA-Vertragsgesetz bedarf daher der Zustimmung des Bundesrates.

12. Verfassungsrechtlich ungeklärt ist zudem, ob es nicht in Fällen, in denen die EU die ihr übertragenen Hoheitsrechte in einem Freihandelsabkommen auf internationale Vertragsgremien weiterüberträgt, einer erneuten Legitimation durch den deutschen Gesetzgeber bedarf. Das EU-Vertragsrecht ermächtigt die EU, Kompetenzen auf internationale Vertragsgremien zu übertragen (Art. 218 Abs. 7 AEUV). Wie weit diese Befugnis zur Übertragung unionsrechtlich geht, ist ungeklärt. Verfassungsrechtlich müssen der EU bei dem Versuch, die ihr nach Art. 23 Abs. 1 GG eingeräumten Befugnisse in den internationalen Raum hinein auf demokratisch kaum kontrollierte Vertragsgremien weiter zu übertragen, Grenzen gezogen. Wesentliche Befugnisse darf die EU nur auf der Grundlage einer erneuten Zustimmungsentscheidung des deutschen Gesetzgebers nach Art. 23 Abs. 1 GG in den internationalen Raum hinein übertragen. Den CETA-Vertragsgremien werden derartige wesentliche Entscheidungsbefugnisse überantwortet, etwa mit Blick auf die Befugnis, die Anhänge von CETA zu ändern oder den Übergang zu einer öffentlich-rechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit zu beschließen. Das Vertragsgesetz zu CETA muss daher auch insofern, als es um die Absicherung der Übertragung von EU-

Kompetenzen auf internationale Vertragsgremien geht, nach Art. 23 Abs. 1 GG erlassen werden.

13. Wollen die EU und die EU-Mitgliedstaaten in einem gemischten Abkommen internationale Vertragsgremien einsetzen, denen wesentliche Entscheidungsbefugnisse übertragen werden, muss jedenfalls dann, wenn das Abkommen keine Trennungsklausel enthält, auch die Übertragung der in den staatlichen Zuständigkeitsbereich fallenden Kompetenzen unter Art. 23 Abs. 1 GG behandelt werden. Ein Auseinanderreißen des einheitlichen Zustimmungsaktes in einen Teil, der unter Art. 23 Abs. 1 GG behandelt wird (vorstehend These 12), und einen Teil, der unter Art. 59 Abs. 2 GG behandelt wird, ist verfassungsrechtlich untunlich.

14. Freihandelsabkommen neuen Typs bedürfen einer Zustimmung des Gesetzgebers im übrigen auch dann, wenn man nicht der Auffassung ist, dass sie unter Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG zu behandeln sind. Selbst wenn man davon ausginge, dass Abkommen wie CETA unter Art. 59 Abs. 2 GG zu behandeln wären, soweit deutsche Kompetenzen berührt werden, bedürfte es eines Zustimmungsgesetzes – das ist unstrittig. Im Fall von CETA dürfte dieses Zustimmungsgesetz im übrigen nur mit Zustimmung des Bundesrates erlassen werden. CETA begründet weitreichende Vorgaben für die Verwaltungszuständigkeit der Länder, von denen nicht abgewichen werden darf. Damit kommt das Zustimmungserfordernis nach Art. 84 Abs. 1 S. 6 GG zum Tragen. CETA begründet zudem ein Haftungsregime, das dem Bund und den Ländern eine Haftungsverantwortlichkeit für rechtswidriges hoheitliches Handeln (im Umgang mit Portfolio-Investitionen kanadischer Investitionen) zuweist. Damit kommt das Zustimmungserfordernis des Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 iVm. Art. 74 Abs. 2 GG zum Tragen. Würde der Bundesgesetzgeber nur ein Einspruchsgesetz erlassen, hätte dies die Nichtigkeit der Zustimmung zur Folge.

Die Notwendigkeit hinreichender demokratischer Rückbindung der Entscheidungstätigkeit internationaler Vertragsgremien

15. Zu den verfassungsrechtlich wichtigsten Herausforderungen gehört, wie sich die Entscheidungstätigkeit internationaler Vertragsgremien demokratisch rückbinden und legitimieren lässt. Die Verhandlungspartner von CETA haben sich mit dieser Frage offensichtlich nicht auseinander gesetzt. In CETA werden Vertragsgremien mit nicht unerheblicher Entscheidungsgewalt eingesetzt – auch wenn sich diese Entscheidungsgewalt nicht auf die Setzung unmittelbar wirksamen Rechts erstreckt. Die Verhandlungsführer der EU haben nicht sichergestellt, dass in den Vertragsgremien Vertreter der Mitgliedstaaten auftreten, wenn es um Angelegenheiten geht, die in die mitgliedstaatliche Kompetenz fallen. Sie haben die Frage, ob es für die Wirksamkeit eines bestimmten Beschlusses einer mitgliedstaatlichen Zustimmung bedarf, oberflächlich und unklar geregelt. CETA wird vom Glauben an die technokratische Rationalität von Entscheidungen getragen, die in kleinen Gremien von handelspolitischen „Experten“ verhandelt werden. CETA fällt damit hinter die Legitimationserfordernisse, die für die demokratisch-parlamentarische Legitimation überstaatlicher Entscheidungstätigkeit gelten, deutlich zurück.

Erfordernis der Mitwirkung deutscher Vertreter in CETA-Vertragsgremien

16. Aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts erweisen sich die Regelungen, die CETA für die Entscheidungstätigkeit der Vertragsgremien trifft, als defizitär. Eine hinreichende demokratische Absicherung der Entscheidungstätigkeit dieser Gremien ist nur dann gewährleistet, wenn in Fällen, in denen CETA-Vertragsgremien Entscheidungen im Zuständigkeitsbereich der EU-Mitgliedstaaten treffen, mitgliedstaatliche Vertreter mitwirken. Das ist bislang nicht sichergestellt.

17. Die Entscheidungstätigkeit der Vertragsgremien von CETA leidet daher potentiell unter fehlender demokratisch-personaler Legitimation (Art. 20 Abs. 2 iVm. Art. 79 Abs. 3 GG). Ein CETA-Begleitgesetz muss sicherstellen, dass die CETA-Vertragsgremien in Fällen, in denen es um Zuständigkeiten der EU-Mitgliedstaaten geht, nur unter Mitwirkung eines vetoberechtigten deutschen Repräsentanten entscheiden.

Erfordernis einer CETA-Begleitgesetzgebung zur Steuerung und Kontrolle der Entscheidungstätigkeit

18. Das Bundesverfassungsgericht geht schon seit längerem davon aus, dass die deutschen Verfassungsorgane dazu verpflichtet sind, die Tätigkeit überstaatlicher Hoheitsträger, die sich auf die internen Verhältnisse in Deutschland unmittelbar und greifbar auswirken, politisch zu begleiten („Integrationsverantwortung“). Der deutsche Gesetzgeber hat bei Vertragsschluss sicherzustellen, dass ein rechtlicher Rahmen geschaffen wird, der diese Mitwirkung sicherstellt. Man spricht von „Begleitgesetzgebung“. Diese Begleitgesetzgebung existiert etwa mit Blick auf die Europäische Union („Integrationsverantwortungsgesetz“), die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) und den Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM).

19. Bislang hat das Bundesverfassungsgericht noch keine Entscheidung zu der Frage getroffen, ob die deutschen Verfassungsorgane eine entsprechende „Vertragsverantwortung“ auch gegenüber der Entscheidungstätigkeit von Vertragsgremien eines Freihandelsabkommens trifft. Einen stichhaltigen Grund, diese Frage zu verneinen, gibt es nicht. Bundesregierung und Bundestag sind in Wahrnehmung ihrer *Vertragsverantwortung* verpflichtet, die Ausübung der Entscheidungsbefugnisse, die internationalen Vertragsgremien eingeräumt wurden, aktiv zu kontrollieren. Jedenfalls wesentliche Entscheidungen dürfen danach nur ergehen, wenn sie die Zustimmung des Deutschen Bundestages erfahren haben. An die Seite des Zustimmungsgesetzes zu CETA muss daher ein Begleitgesetz treten, das regelt, in welchen Fällen die deutschen Repräsentanten im CETA-Vertragsgremium einer Entscheidung nur dann zustimmen dürfen, wenn sie durch das Plenum bzw. den zuständigen Ausschuss des Deutschen Bundestages ermächtigt worden sind.

20. Zur wirksamen völkerrechtlichen Absicherung der Vorgaben der Begleitgesetzgebung muss die Bundesrepublik Deutschland einen völkerrechtlich wirksamen Vorbehalt (Art. 19 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge) anbringen, in dem sie erklärt, dass Entscheidungen der CETA-Vertragsgremien für die Bundesrepublik

Deutschland nur Wirksamkeit beanspruchen, wenn den – im einzelnen darzulegenden – Anforderungen der Begleitgesetzgebung entsprochen ist.

Inhaltsverzeichnis

§ 1. Gegenstand der Untersuchung	13
A. „Umfassende“ bzw. „tiefe“ Freihandelsabkommen	13
B. Das Beispiel: CETA	14
I. Materielle Reichweite von CETA.....	15
1. Beseitigung von Hindernissen „an der Grenze“	15
2. Vorgaben für die mitgliedstaatliche Steuerung „hinter der Grenze“	15
3. EU-Steuerungsbefugnisse über internationale Verträge gehen weiter als interne EU-Rechtsetzungsbefugnis.....	16
II. Institutionelle „Gouvernance-Strukturen“	16
1. Struktur und Zusammensetzung der Vertragsgremien von CETA.....	17
2. Entscheidungsbefugnisse.....	19
a) Weiterentwicklung der institutionellen Strukturen.....	19
b) Fortentwicklung der Kompetenzen und Veränderung der substanziellen Reichweite des Abkommens.....	20
c) Fortentwicklung der materiell-rechtlichen Vorgaben.....	21
aa) Institutionelle Dimension	21
bb) Materiell-rechtliche Ausgestaltung.....	21
d) Lösung von Koordinationsfragen	22
e) Erfordernis einer Zustimmung zu bilateraler Zusammenarbeit.....	23
III. Vertragliche Schiedsgerichtsbarkeit.....	23
IV. Streit um die politische Bewertung des Abkommens	23
C. Verhandlungsprozess und Abschlussverfahren	24
I. Vorgeschichte	24
II. Abschlussverfahren, Unterzeichnung und Vorläufige Anwendbarkeit.....	25
III. Der Streit um die Einordnung des Abkommens als „gemischtes Abkommen“	26
1. Kompetenz zur Bestimmung der Rechtsnatur	26
a) Wer entscheidet?.....	26
b) Erforderlichkeit der Einstimmigkeit.....	28
2. Die politische Einschätzung	29
3. Die Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts	30
D. Die Herausforderung	32
§ 2. Kompetenzordnung und demokratische Legitimation	33
A. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Zuständigkeitsabgrenzung vor Abschluss des Abkommens	33
I. Komplementäre Zuständigkeiten von EuGH und mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten	34
II. Wahrnehmung der Integrationsverantwortung setzt Wissen um die Zuständigkeiten voraus	35
III. Verfassungskonformität des Zustimmungsgesetzes setzt Klarstellung der Zuständigkeiten voraus	37
IV. Fazit: Kompetenzklarheit als verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an das CETA-Zustimmungsgesetz.....	37

B. Abkommenstypen im Schnittfeld von EU- und mitgliedstaatlichen Kompetenzen	38
C. Zuständigkeiten der EU.....	41
I. Explizite Außenbefugnisse der EU nach Art. 207 AEUV	42
1. Grundlagen	42
a) Dynamisches Verständnis von Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV	43
b) Gemeinsame Handelspolitik und Regelungsfelder „hinter der Grenze“: Die Suche nach Maßstäben	44
c) Testfrage: Erfordernis der „speziellen“ Regelung des Handelsverkehrs – Regelungswirkungen eines bilateralen Abkommens müssen einen spezifischen Effekt aufweisen.....	45
2. Warenverkehr	46
3. Dienstleistungsverkehr	47
a) Potentielle Reichweite der Auswirkungen der Dienstleistungs- liberalisierung auf die Verhältnisse „hinter der Grenze“	47
b) Die umfassende Auslegung des Dienstleistungsbegriffs in Art. 207 Abs. 1 AEUV	48
aa) Das expansive Verständnis des EuGH	49
bb) Umfassende Freihandelsabkommen gehen regelmäßig über den Bereich „spezifischer Handelsbeschränkungen“ hinaus	50
cc) Konkreter Konfliktbereich: Anerkennung beruflicher Qualifikationen ..	51
d) Ausnahme: Verkehrsbereich.....	51
4. Investitionen	51
a) Begrenzung auf Direktinvestitionen	52
b) Reichweite der Regelungszuständigkeit hinsichtlich der Verhältnisse hinter der Grenze.....	53
aa) Investitionsschutz	53
bb) Sonstige Anforderungen an Marktzugang und Betätigungsumfeld.....	53
cc) CETA erstreckt sich über die Regelung spezifischer Beeinträchti- gungen des Investitionsvorgangs hinaus	55
dd) Fazit: Keine abschließende Sicherheit in der Reichweite der EU- Kompetenz	55
c) Ultra-vires-Rechtsprechung zur ausschließlichen Befugnis der EU zur Kündigung völkerrechtlicher Abkommen der Mitgliedstaaten	55
5. Handelsaspekte des geistigen Eigentums	57
6. Akzessorische institutionelle und prozedurale Regelungen	58
7. Bereiche möglicher „Ultra-vires“-Rechtsprechung des EuGH	59
a) Harmonisierungszuständigkeit für das Wettbewerbsrecht unter Art. 207 AEUV	59
b) „Ultra-vires“-Rechtsprechung zu den Regelungen über Sicherung der nachhaltigen Entwicklung „hinter der Grenze“	60
c) „Ultra-vires“-Rechtsprechung: Gemeinsame Handelspolitik in Form von Maßnahmen zur sozialen Sicherung der Arbeitnehmer	62
II. Implizite Außenbefugnisse der EU.....	63
1. Erforderlichkeit für die Verwirklichung der Unionsziele (Art. 216 Abs. 1 2. Alt. AEUV).....	63
2. Ermächtigung zum Vertragsabschluss (Art. 216 Abs. 1 3. Alt. AEUV).....	64

3. Gefahr der Beeinträchtigung des Unionsrechts durch mitgliedstaatliche Abschlüsse (Art. 216 Abs. 1 4. Alt. AEUV)	64
4. Verfassungswidrigkeit der Annahme, die EU könnte Verpflichtungen von „äußerst begrenzter Tragweite“ auch ohne Kompetenz eingehen	66
III. Geteilte Zuständigkeiten	67
1. Handwerkliche Defizite des EuGH-Gutachtens 2/15	67
2. Bereiche geteilter Zuständigkeit	67
IV. Rechtsprechung des EuGH muss kritisch hinterfragt werden	68
D. Umfassende Freihandelsabkommen: Zuständigkeitsverteilung am Beispiel von CETA	68
I. Warenverkehr	69
II. Dienstleistungsverkehr	70
III. Investitionen	71
IV. Weitere Vorgaben für die Regelung der Verhältnisse „hinter der Grenze“	72
1. Anerkennung der Berufsqualifikationen	72
2. Innerstaatliche Regulierung	73
3. Schutz geistigen Eigentums	73
4. Handel und nachhaltige Entwicklung/Handel und Arbeit/Handel und Umwelt	73
5. Konsequenz: Geteilte Zuständigkeit auch für die Regelungen organisatorisch-institutioneller und prozeduraler Natur	75
V. Regulierungszusammenarbeit	75
E. Fazit: Der „competence creep“ im Bereich der Außenbeziehungen	75
I. Bemühungen um (immer) weitere Kompetenzausweitung in den Bereich der Regulierung „hinter der Grenze“	76
II. Demokratietheoretische Problematik: Handelspolitischer Zugriff auf Bereiche, die die EU intern nicht regeln könnte	76
§ 3. Demokratische Errichtung und Kontrolle von umfassenden Freihandelsabkommen	78
A. Die Herausforderung: verfassungsrechtliche Rückbindung „umfassender Freihandelsabkommen“ neuen Typs.....	78
B. Die Zustimmung zu einem gemischten Freihandelsabkommen neuen Typs..	79
I. Perspektivische Grundlagen: Trennungsansatz oder Einheitsbetrachtung?	80
1. Trennungsansatz	80
2. Gesamtbetrachtung	80
3. Fazit: Gemischte Abkommen sollten aus der Perspektive des Grundgesetzes nicht in verschiedene Teile zerlegt werden	81
II. Verfassungsrechtliche Legitimation von Gemischten Abkommen ohne Begründung von Hoheitsgewalt	81
1. Meinungsstand in der politischen und rechtswissenschaftlichen Diskussion ..	81
2. Absicherung des unionalen Teils	82
a) Gemischte Abkommen ohne Trennungsklausel: Kompetenzerweiterung der EU	83
b) Gemischte Abkommen mit Trennungsklausel: Parallelität der vertraglichen Bindungen	85
3. Absicherung des deutschen Teils	85
a) Zustimmung nach Art. 59 Abs. 2 GG?	85
b) Zustimmung nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG	86

aa) Der kompetenzorientierte Ansatz: Zustimmung zur „Schließung von Kompetenzlücken“	86
bb) Der inhaltliche Ansatz: Anwendbarkeit von Art. 23 GG aufgrund der Sachgegebenheiten eines gemischten Abkommens	87
4. Fazit und Anwendung auf CETA: Anwendbarkeit von Art. 23 GG	90
III. Verfassungsrechtliche Legitimation von Gemischten Abkommen mit Begründung internationaler Hoheitsgewalt.....	90
1. Meinungsstand.....	90
2. Absicherung der unionsrechtlichen Entscheidung über die Begründung internationaler Hoheitsgewalt.....	91
a) Rechtsprechung zu Fallgruppen eines Bedürfnisses wiederholender Legitimation bei europäischer Kompetenzwahrnehmung	92
b) Weiterübertragung von EU-Kompetenzen auf eine internationale Einrichtung.....	93
aa) Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Legitimation von „Kompetenzabwanderungen“	93
bb) Weiterübertragung von EU-Kompetenzen als verdeckte Vertragsänderung	94
cc) Fallgruppen eines erneuten Mitwirkungsbedarfs	94
(1) Inhalt, Umfang und Art der übertragenen Befugnisse (Wesentlichkeitsvorbehalt).....	95
(2) Art der Veränderung des Legitimationsmodus	95
(3) Einsetzung von Entscheidungsgremien mit Befugnis zur Entscheidung im mitgliedstaatlichen Kompetenzbereich.....	96
3. Absicherung der in den deutschen Kompetenzbereich fallenden Teile	96
a) Anwendbarkeit von Art. 23 Abs. 1 GG jedenfalls bei Begründung internationaler Hoheitsgewalt	97
aa) Stand der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	97
bb) Anwendbarkeit von Art. 23 Abs. 1 GG bei Zusammenwirken von EU und Mitgliedstaaten	99
cc) Kein Erfordernis der Begründung supranationaler Hoheitsgewalt	100
b) Notwendigkeit einer staatsorganisatorischen „Solange“-Konstruktion	101
4. Fazit und Anwendung auf CETA	102
5. Alternativbetrachtung: Rechtslage bei Anwendung von Art. 24 GG iVm. Art. 59 GG	103
a) Vorfrage: Zum Verhältnis von Art. 24 Abs. 1 GG und Art. 59 Abs. 2 GG	103
b) Bisläng keine Hoheitsrechtsübertragung nach Art. 24 GG erkennbar	105
c) Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 59 Abs. 2 GG.....	105
aa) Politische Natur des Abkommens	105
bb) Erstreckung auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung.....	106
d) Gesetzgebungsverfahren.....	107
aa) Zustimmungsbedürftigkeit durch den Bundesrat	107
(1) Festlegung von Vorgaben für Verwaltungsverfahren ohne Abweichungsmöglichkeit (Art. 84 Abs. 1 S. 6 GG).....	107
(2) Haftungstatbestände nach Art. 8.9. ff. CETA: Berührung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG	111
bb) Zustimmungsbedarf nach dem „Lindauer Abkommen“	114

e) Fazit und Subsumtion von CETA.....	115
aa) Keine Übertragung von Hoheitsgewalt im Sinne von Art. 24 GG.....	116
bb) Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 59 Abs. 2 GG.....	116
cc) Gesetzgebungsverfahren	116
(1) Zustimmungspflichtigkeit des Gesetzes	116
(2) Anwendbarkeit des Lindauer Abkommens.....	117
C. Institutionell-organisatorische und prozedurale Strukturereignungen des Grundgesetzes	117
I. Defizite im Bereich der personalen Legitimation.....	118
II. Notwendigkeit der Absicherung durch Begleitgesetzgebung und Vorbehalt ..	119
D. Demokratische Steuerungs- und Kontrollverantwortung der deutschen Staatsorgane	119
I. Integrationsverantwortung von Bundestag und Bundesregierung.....	119
1. Notwendigkeit der Wahrnehmung der Integrationsverantwortung	120
a) Steuerungsverantwortung	120
b) Kompetenzkontrollverantwortung.....	121
c) Schutzpflichten zur Sicherung des demokratischen Prozesses.....	122
2. Dauerhafte Verantwortung für die Einhaltung des Integrationsprogramms .	123
II. Fallgruppen notwendiger parlamentarischer Begleitung der Tätigkeit von Vertragsorganen	124
1. Grundlegende institutionelle Entscheidungen	124
a) Konkreter Legitimationsbedarf bei Berührung mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten.....	124
b) Sonstige institutionelle Änderungen mit Bezug zu mitgliedstaatlichen Kompetenzen	125
c) Konkreter Legitimationsbedarf bei Zuständigkeitsübertragung aus CETA heraus.....	126
2. Grundlegende Veränderung des rechtlichen Verpflichtungsgehalts von CETA.....	127
a) Absicherung der schon in CETA vorgesehenen Zustimmungserfordernissen.....	127
b) Absicherung sonstiger legitimationsbedürftiger Entscheidungen	127
c) Kein mitgliedstaatlicher Legitimationsbedarf für Entscheidungen im Kompetenzbereich der EU	128
3. Verwaltende Tätigkeit der Vertragsgremien ohne besonderen Legitimationsbedarf.....	129
III. Notwendigkeit eines Begleitgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG und eines Vorbehalts	129
1. Begleitgesetz.....	129
2. Völkerrechtlicher Vorbehalt	131
§ 4. Fazit.....	131

§ 1. Gegenstand der Untersuchung

A. „Umfassende“ bzw. „tiefe“ Freihandelsabkommen

„Umfassende“ und „tiefe“ Freiheitshandelsabkommen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie sich nicht mit einer Beseitigung von Beschränkungen des freien Waren-, Dienstleistungs- und Niederlassungsverkehrs begnügen, die „an der Grenze“ gelten. Sie zielen auf die Liberalisierung und Ordnung der Verhältnisse „hinter der Grenze“ ab. Typische Regelungsgegenstände bilden die Zulassungsregeln für Produkte und Dienstleistungen oder die Zugangsregeln für einen niederlassungswilligen Unternehmer. Darüber hinaus werden die Rahmenbedingungen der Tätigkeit des Dienstleistungserbringers oder Investors erfasst. Zudem sichern sie die einem Investor gewährte Rechtsposition durch Einrichtung einer Schiedsgerichtsbarkeit ab. „Umfassende Freihandelsabkommen“ sehen häufig Vertragsgremien mit Rechtsetzungsbefugnis vor. Zu beobachten ist die Entstehung einer neuen Formgestalt internationaler öffentlicher Gewalt – auch wenn die Entscheidungen der Gremien des Freihandelsabkommens regelmäßig keine unmittelbare Wirkung haben und daher keine unmittelbaren Pflichten und Rechte im innerstaatlichen Bereich begründen.

Die Stellung, die „umfassenden Freihandelsabkommen“ im deutschen Außenverfassungsrecht zukommt, ist bislang nur in Umrissen und noch nicht hinreichend bestimmt worden. Während der verfassungsändernde Gesetzgeber der Integration des deutschen Staats in die Europäische Integration mit dem Erlass von Art. 23 GG einen verfassungsrechtlichen Rahmen gesetzt hat, werden Freihandelsabkommen auch dann, wenn sie dem neuen Typus entsprechen und weitreichende Vorgaben für die Verhältnisse „hinter der Grenze“ begründen, weiterhin als normale völkerrechtliche Abkommen angesehen. Man versucht, sie unter Rückgriff auf die eher unspezifischen, den neuen Entwicklungen nicht speziell angepassten Bestimmungen von Art. 24 Abs. 1 GG, Art. 59 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich einzufangen.

Entsprechenden Entwicklungsbedarf gibt es in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Während das Bundesverfassungsgericht in einer inzwischen längeren Kette von Entscheidungen den Rahmen, in dem sich der Prozess der europäischen Integration bewegt, konkretisiert hat, finden sich bislang nur vereinzelte Entscheidungen, die sich mit den Anforderungen befassen, die die deutschen Organe beim Abschluss eines umfassenden Freihandelsabkommens zu beachten haben.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur hat das Thema demgegenüber inzwischen beträchtliche Aufmerksamkeit erfahren. Insbesondere die rechtspolitische Diskussion, die im Streit um die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit von CETA und TTIP ausgetragen worden ist, hat eine Reihe wichtiger Gesichtspunkte hervorgebracht. Sie hat aber auch deutlich gemacht, wie groß die Zahl der Fragen ist, in denen wissenschaftlicher bzw. gutachtlicher Streit herrscht.

Besondere Fragen stellen sich, wenn ein umfassendes Freihandelsabkommen von der EU und den Mitgliedstaaten gemeinsam als „gemischtes Abkommen“ geschlossen wird. In diesem Fall besteht nicht nur die Notwendigkeit, die jeweiligen Kompetenzräume

voneinander abzugrenzen. Gerade in der Frage der verfassungsrechtlichen Absicherung eines derartigen Abkommens, das aus der Perspektive des Grundgesetzes eben mehr ist als nur das Nebeneinander zweier voneinander getrennter Abkommen, besteht weiterhin erheblicher Klärungsbedarf. Die Europarechtswissenschaft beschäftigt sich mit „gemischten Abkommen“ zwar schon seit mehreren Jahrzehnten; auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs haben sie immer wieder eine Rolle gespielt. Aus Sicht des Grundgesetzes hat man ihnen bislang nicht jene Bedeutung zuerkannt, die sie in der Praxis haben. Das dogmatische Wissen darum, wie diese Abkommen in der Ordnung des Grundgesetzes zu behandeln sind, ist bislang unterentwickelt.

Die nachfolgende Untersuchung analysiert das Außenverfassungsrecht, das für den Abschluss von umfassenden Freihandelsabkommen gilt, aus verschiedenen Perspektiven. In § 2 soll es um die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten gehen. Die diesbezüglichen Ausführungen beschäftigen sich mit der Einordnung von umfassenden Freihandelsabkommen in die Struktur der Verbandskompetenzen von EU und Mitgliedstaaten. Die Ausführungen in diesem Kapitel bilden die Grundlage für die nachfolgende verfassungsrechtliche Analyse – ohne eine klare kompetenzielle Einordnung eines „umfassenden Abkommens“ in die jeweiligen Zuständigkeitsräume von EU und Mitgliedstaaten lassen sich weiterführende Aussagen dazu, wer wofür in welchem Entscheidungsmodus zuständig ist, nicht treffen. In § 3 sollen verfassungsrechtliche Vorgaben entfaltet werden, die bei der Übernahme von Verpflichtungen aus einem Freihandelsabkommen zu respektieren sind. Besonderes Augenmerk wird dabei der verfassungsrechtlichen Grundlage für die Zustimmung erteilt (Art. 23 Abs. 1 GG, Art. 59 Abs. 2 GG). Die einschlägige Grundlage determiniert insbesondere, ob die Zustimmung durch Gesetz erfolgen muss und ob der Bundesrat nur in Form eines Einspruchsrechts oder über das Erfordernis der Zustimmung zu beteiligen ist.

B. Das Beispiel: CETA

Die nachfolgenden Überlegungen werden mit Blick auf und am Beispiel von CETA gemacht. CETA gehört zu den Freihandelsabkommen eines „neuen Typs“, wie sie die EU inzwischen verschiedentlich abgeschlossen hat. In anderen Teilen der Welt ist man diesen Weg schon früher gegangen. Die materiell-rechtlichen Regelungen von CETA betreffen zunächst die Beseitigung von Hindernissen „an der Grenze“, also den Abbau, die Beseitigung oder die Angleichung klassischer außenwirtschaftsrechtlicher Marktzugangshindernisse. Zu nennen wären etwa der Abbau von Zöllen und die Beschäftigung mit zoll- und zollverfahrensrechtlichen Fragen. Die Regelungen von CETA greifen darüber hinaus tief und weit in die Sphäre mitgliedstaatlicher Ordnungsautonomie „hinter der Grenze“ ein, indem sie Vorgaben für die Verhältnisse nach dem erfolgten Marktzutritt machen (nachfolgend I). Die Bestimmungen von CETA werden dadurch dynamisiert, dass in diesen Abkommen „Vertragsgremien“ eingesetzt werden, die (in beschränktem Umfang) Hoheitsgewalt ausüben (nachfolgend II). Zudem wird der Verpflichtungsgehalt (für den Bereich des Investitionsschutzrechts) dadurch in die Hände von „Vertragsgremien“ gelegt, dass Schiedsgerichte über den konkreten Verpflichtungsgehalt in investitionsschutzrechtlichen Streitigkeiten entscheiden können (nachfolgend III.).

I. Materielle Reichweite von CETA

1. Beseitigung von Hindernissen „an der Grenze“

CETA ist zunächst und vor allem ein klassischer Vertrag international-wirtschaftsrechtlicher Natur. Einen der zentralen Regelungsbereiche von CETA bildet die Beseitigung außenwirtschaftsrechtlicher Marktzugangshindernisse für Waren und Dienstleistungen im Bereich von Zöllen, Quoten etc. CETA bewegt sich in dieser Hinsicht in den Bahnen überkommener bi- oder multilateraler Handelsliberalisierung und wirft aus verfassungsrechtlicher Sicht keine spezifischen Probleme auf. Weiterführend und neuartig ist CETA insofern, als das Abkommen auch Bestimmungen über den Marktzugang von Dienstleistungserbringern und die Anerkennung beruflicher Qualifikationen enthält: Das Abkommen erfasst damit auch einen - regelmäßig politisch sensiblen – Bereich, der sowohl im WTO-Recht als auch in anderen Freihandelsabkommen regelmäßig nicht erfasst wird.

2. Vorgaben für die mitgliedstaatliche Steuerung „hinter der Grenze“

Die innovativen Gehalte von CETA (und ähnlicher Abkommen „neuen Typs“), die unions- und verfassungsrechtliche Fragen aufwerfen, sind in jenen Bestimmungen enthalten, die sich auf die Ordnung der Verhältnisse „hinter der Grenze“ erstrecken. Derartige Regelungen sind dem Außenwirtschaftsrecht schon seit mindestens zwei Jahrzehnten nicht fremd. Frühe Beispiele für diesen Regelungsansatz liefern die im Rahmen des Abkommens von Marrakesch vereinbarten und von der WTO verwalteten Übereinkommen über sanitäre und phyto-sanitäre Maßnahmen (SPS-Übereinkommen) und über technische Handelshemmnisse (TBT-Übereinkommen). Dabei geht es in einem weiten Sinn immer noch um Regelungen über den Marktzugang. CETA geht darüber hinaus und erstreckt sich auch auf die mitgliedstaatliche Umwelt- und Sozialpolitik und andere Felder. Sie werden hier nicht im Gesamtzusammenhang beschrieben (dies würde den verfügbaren Platz sprengen), sondern an der jeweils einschlägigen Stelle behandelt.

Besondere Rückwirkungen auf die mitgliedstaatliche Regelungshoheit über Verhältnisse hinter der Grenze ergeben sich, weil der freie Dienstleistungsverkehr nicht nur die grenzüberschreitende Erbringung umfasst, sondern auch die Erbringung durch Niederlassung und unter Einsatz von natürlichen Personen (GATS-Modus III und Modus IV). Die Investitionsfreiheit umfasst das Recht der Gründung wirtschaftlicher Unternehmen und Niederlassungen. In beiden Bereichen werden die jeweiligen mitgliedstaatlichen Regelungen Transparenz- und Rechtfertigungsanforderungen unterworfen. In der Sache werden damit weite Bereiche des mitgliedstaatlichen Wirtschaftsrechts einer transnationalen Regulierung unterworfen. Deutlich wird dies etwa, wenn man CETA daraufhin untersucht, wo Mitgliedstaaten ihre Regulierungszuständigkeit durch Vorbehalte abzuschirmen versuchen: im Bereich des Grundstücksverkehrsrecht, im Bereich der Berufungszulassung und unternehmerischen Tätigkeit (Anwaltszulassung, Tätigkeit von Wirtschaftsprüfern, Vertrieb von Tabak etc.), im Bildungs- und Kulturbereich etc. Die

Reichweite ist so groß, dass es den Vertragspartnern von CETA vor allem darum ging, durch Ausnahmeklauseln bestimmte Bereiche freizustellen.

Unabhängig von der Frage, ob man den damit einhergehenden Liberalisierungs- und Harmonisierungsdruck für gut oder für schlecht hält: Die Vertragspartner von CETA bewegen sich in einen Bereich hinein, der deutlich größere Sensibilität aufweist als der Bereich der klassischen Handelsabkommen mit ihrem Ziel einer Liberalisierung „an der Grenze“. Die verhandelnden Personen haben dies offensichtlich nicht erkannt. Dies gibt Anlass zur Frage, ob nicht das ganze institutionelle „setting“ handelspolitischer Aktion in der EU-Kommission eine Überprüfung bedürfte. Jedenfalls aber besteht Anlass, die getroffenen Regelungen in kompetenzieller und materieller Hinsicht genau darauf hin zu überprüfen, ob sie sich noch im Rahmen der EU-Handelspolitik bewegen oder ob hier (unter dem Titel „Freihandelsabkommen“) Harmonisierungspolitik hinter der Grenze betrieben wird.

3. EU-Steuerungsbefugnisse über internationale Verträge gehen weiter als interne EU-Rechtsetzungsbefugnis

Die EU-Außenkompetenzen haben sich inzwischen so dynamisch entwickelt und haben den EU-Organen so weite Handlungsspielräume eröffnet, dass inzwischen jedenfalls teilweise die Steuerungsmöglichkeiten durch Vertragsschluss weiterreichen als jene durch Sekundärrechtsetzung. Generalanwältin Sharpston spricht dies in ihren Schlussanträgen im Gutachtenverfahren 2/15 ausdrücklich an:

„Thus, for example, the exercise by the European Union of its exclusive competence under Article 207(1) TFEU as regards the entire TRIPS Agreement does not mean that it is competent to regulate each and every matter covered by that agreement in the internal market.“¹

Inzwischen haben sich die Außenkompetenzen damit zu einem Hebel entwickelt, mit dem man – quasi durch die Hintertür – Regelungsziele erreichen kann, die man intern nicht regeln könnte. Dies wiegt umso schwerer, als der Umfang der parlamentarischen Mitsprache und der Grad demokratischer Kontrolle im Außenbereich geringer ist als bei der internen Rechtsetzung. Letztlich hat sich die EU so auf den Weg begeben, ihre eigenen Legitimationsmaßstäbe auszuhebeln.

II. Institutionelle „Gouvernance-Strukturen“

CETA gehört zu jenen internationalen Vertragswerken, in denen die Entscheidung über die Bedeutung der vereinbarten Bestimmungen und deren Weiterentwicklung nicht (mehr) ausschließlich in der Hand einer Konferenz der Vertragsstaaten liegt, die im Konsens entscheidet. CETA setzt Vertragsgremien ein, die sowohl auf der Ebene der Vertragsschöpfung als auch bei der konkreten Vertragsanwendung erhebliche Entscheidungsmacht haben. Man kann von einem Vertragswerk mit „gouvernance“-Strukturen

¹ GA Sharpston, Schlussanträge vom 21.12.2016, Gutachtenverfahren 2/15, Rdnr. 108.

sprechen, auch der Begriff der „öffentlichen Gewalt“ („public authority“) wird verwendet.²

Ganz neu sind derartige Vertragswerke nicht: Man denke an die Satzung der Vereinten Nationen oder an die Assoziationsabkommen, die die EU eingegangen ist. Jedem Kenner der Völkerrechtsgeschichte sind vielfältige „governance“-Strukturen bekannt. Ein Argument, sich CETA mit Indifferenz zu nähern, kann dies aber nicht sein. Denn die Sensibilität, mit der die Emanationen der Ausübung derartiger Hoheitsgewalt aus demokratietheoretischer und demokratisch-verfassungsrechtlicher Sicht betrachtet werden, hat sich in den letzten Jahrzehnten deutlich verändert. Solange es sich um vereinzelte Fälle ohne große politische Bedeutung handelte, war die verfassungsrechtliche Aufmerksamkeit gering und die Notwendigkeit zu einer Einhegung nicht gegeben. Inzwischen hat sich das Bild aber geändert, und es ist mehr als konsequent, nicht nur nach Formen der Einbindung unionaler Hoheitsgewalt der EU zu suchen, sondern auch die Räume jenseits der EU in den Blick zu nehmen. Dies gilt insbesondere deshalb, weil im Kreis der EU-Organwalter in diesen Fragen eine Unbekümmertheit, ja manchmal auch Gleichgültigkeit herrscht, die an die frühen Zeiten des Umgangs mit grundrechtlichen Bedenken erinnert.

Seit einigen Jahren stoßen derartige völkerrechtliche Vertragswerke, in denen „Vertragsgremien“ zur Wahrnehmung von Hoheitsgewalt ermächtigt sind, auf verstärktes politisches und wissenschaftliches Interesse. Inzwischen sind erhebliche Fortschritte bei der Durchdringung und Systematisierung der teilweise unübersichtlichen Rechtsmaterie gemacht worden. Auch zu CETA gibt es inzwischen eine Reihe wichtiger Studien. Aus diesem Grund ist hier nicht mehr als ein knapper Überblick geboten.

1. Struktur und Zusammensetzung der Vertragsgremien von CETA

Ohne Zweifel gehört CETA zu der Gruppe völkerrechtlicher Freihandelsabkommen, die Vertragsgremien mit weitreichenden und bedeutsamen Entscheidungsbefugnissen vorsehen. Die Verhandlungspartner EU und Kanada haben in diesem Punkt erhebliche Ambitionen an den Tag gelegt – ohne sich für die für das Bundesverfassungsgericht so zentrale Frage der demokratischen Rückbindung und Kontrolle von Vertragsgremien erkennbar zu kümmern. Zwar wird mit Blick auf einzelne und besonders einschneidende Entscheidungsbefugnisse der CETA-Vertragsgremien postuliert, dass eine Annahme seitens der jeweiligen verfassungsrechtlich berufenen innerstaatlichen Institutionen erforderlich ist. Diese Zustimmungserfordernisse werden aber eher unsystematisch im Vertrag „verteilt“ und lassen einen Sinn für die Notwendigkeit einer hinreichenden Rückbindung in die mitgliedstaatlichen parlamentarisch-demokratischen Räume nicht erkennen.

Im Zentrum der institutionellen Struktur steht der Gemischte CETA-Ausschuss (Art. 26.1.). CETA sieht diesbezüglich vor:

² A. von Bogdandy/R. Wolfrum/J. von Bernstorff/Ph. Dann/M. Goldmann (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, 2010.

„1. Die Vertragsparteien setzen den Gemischten CETA-Ausschuss ein, der sich aus Vertretern der Europäischen Union und Vertretern Kanadas zusammensetzt. Der Vorsitz im Gemischten CETA-Ausschuss wird gemeinsam vom kanadischen Minister for International Trade und von dem für Handel zuständigen Mitglied der Europäischen Kommission oder ihren jeweiligen Vertretern geführt.“

Wichtig und für die verfassungsrechtliche Beurteilung von Bedeutung³ ist der Umstand, dass die EU-Mitgliedstaaten in dem Gemischten CETA-Ausschuss auch dann nicht vertreten sein müssen, wenn der Ausschuss in Fragen entscheidet, die *in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit* fallen. CETA spricht unspezifisch von „Vertretern der Europäischen Union“ und überlässt die Frage, wer hierzu gehören soll, den internen Entscheidungsprozessen der EU. Die Formulierung in Art. 26.1 CETA wurde in Zeiten entworfen, als man im Kreis der Verhandlungspartner davon ausging, dass CETA als „EU-only“-Abkommen geschlossen würde. Im Text von CETA hat sich der Umstand, dass das Abkommen dann doch als „gemischtes Abkommen“ abgeschlossen wurde (und nach der „Singapur“-Entscheidung des EuGH⁴ auch als ein solches zu behandeln ist), bislang nicht niedergeschlagen.

Darüber hinaus sieht CETA die Einsetzung von Sonderausschüssen vor (Art. 26.2.1). Der Vertrag selbst setzt die folgenden Ausschüsse ein:

- den Ausschuss für Warenhandel, der sich mit Fragen befasst, die den Warenhandel, Zolltarife, technische Handelshemmnisse, das Protokoll über die gegenseitige Annahme der Ergebnisse von Konformitätsbewertungen und Rechte des geistigen Eigentums im Zusammenhang mit Waren betreffen; unter dem Ausschuss für Warenhandel werden außerdem der Landwirtschaftsausschuss, der Ausschuss für Wein und Spirituosen sowie die Gemischte Sektorgruppe für Arzneimittel eingerichtet;
- den Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen, der sich mit Fragen befasst, die den grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel, Investitionen, die vorübergehende Einreise, den elektronischen Geschäftsverkehr und Rechte des geistigen Eigentums im Zusammenhang mit Dienstleistungen betreffen; unter dem Ausschuss wird ein Gemischter Ausschuss für die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen eingesetzt;
- den Gemischten Ausschuss für die Zusammenarbeit im Zollbereich (Joint Customs Cooperation Committee – JCCC), der sich mit Fragen bezüglich der Ursprungsregeln, Ursprungsverfahren, Zoll und Handelserleichterungen, Grenzmaßnahmen und der vorübergehenden Aussetzung einer Zollpräferenzbehandlung befasst;
- den Gemischten Verwaltungsausschuss für gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen;

³ Dazu unten § 3.

⁴ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur.

- den Ausschuss für das öffentliche Beschaffungswesen;
- den Ausschuss für Finanzdienstleistungen;
- den Ausschuss für Handel und nachhaltige Entwicklung;
- das Forum für die Zusammenarbeit in Regulierungsfragen;
- den CETA-Ausschuss für geografische Angaben.

Die Sonderausschüsse haben jeweils eigenständige Beschlussfassungszuständigkeiten. Die Zusammensetzung dieser Sonderausschüsse ist unterschiedlich geregelt. Überwiegend sind in ihnen nur Vertreter der EU-Kommission tätig; teilweise ist auch vorgesehen, dass Vertreter der EU-Mitgliedstaaten mitwirken (können).

Weitere Sonderausschüsse können vom Gemeinsamen Ausschuss eingesetzt werden (Art. 26.1.5 CETA).

2. Entscheidungsbefugnisse

Die Entscheidungsbefugnisse, die den Vertragsgremien von CETA überantwortet sind, lassen sich in fünf Gruppen einteilen.

a) Weiterentwicklung der institutionellen Strukturen

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung von CETA ist von zentraler Bedeutung, dass der Gemischte CETA-Ausschuss die Befugnis hat, die *institutionellen Strukturen des Abkommens* zu ändern. Art. 26.1.5 a), g) und h) CETA sehen vor, dass der Gemischte CETA-Ausschuss Sonderausschüsse errichten kann; er hat die Befugnis, Zuständigkeiten an Sonderausschüsse (mit jeweils eigener personeller Zusammensetzung) zu übertragen, deren Zuständigkeiten zu ändern oder auch die Ausschüsse aufzulösen. Zudem kann er die Errichtung von ad hoc-Arbeitsgruppen anordnen (vgl. Art. 4.7.2 CETA).⁵

Zu den Regelungsbefugnissen mit institutioneller Bedeutung gehört ferner die Befugnis des Gemischten CETA-Ausschusses, den Übergang der Investitionsschutzzuständigkeit

⁵ Weiß, Verfassungsprobleme des Abschlusses und der vorläufigen Anwendung des CETA Freihandelsabkommens mit Kanada, Stellungnahme vom 31.8.2016 (Anhörung des Deutschen Bundestages, Ausschuss für Wirtschaft und Energie): „Die Befugnis des Gemischten CETA Ausschusses, die Zuständigkeiten von Sonderausschüssen zu ändern, neue Zuständigkeiten vorzusehen oder auch neue Sonderausschüsse einzurichten (Art. 26.1.5 a, g, h CETA), überschreitet die EU- Zuständigkeiten, da das vereinfachte Verfahren für Vertragsweiterentwicklungen nach Art. 218 Abs. 9 AEUV bei institutionellen Änderungen eine Grenze findet. Hierfür wäre eine Änderung des Primärrechts nötig.“

auf ein durch multilateralen Vertrag eingesetztes internationales Schiedsgericht anzuordnen (Art. 8.29).

Der Gemischte Ausschuss ist zudem dazu berufen, das Verfahrensrecht der in CETA vorgesehenen Investitionsgerichtsbarkeit festzulegen (Art. 8.28.2. iVm. Art. 8.28.7). Er kann zudem über die Veränderung der Anzahl der Mitglieder des Investitionsgerichts entscheiden (Art. 8.27.3). Auch die Aufstellung der Liste der Schiedsrichter ist ihm nach Art. 29.8 überantwortet. Die Festlegung des Verhaltenskodex für Richter ist dem Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen übertragen (Art. 8.44.2; Art. 8.44.3 b). Der Gemischte CETA-Ausschuss beschließt ferner über die Abänderung einer dem Dialogforum übertragenen Aufgabe, übernimmt sie selbst oder löst ein Dialogforum auf (Art. 25.1.4).

b) Fortentwicklung der Kompetenzen und Veränderung der substanziellen Reichweite des Abkommens

Der Gemischte CETA-Ausschuss hat darüber hinaus die Befugnis, über die Änderung der Anhänge und Protokolle von CETA zu entscheiden (Art. 30.2.2). CETA enthält eine eher kryptische Klausel, wonach die Vertragsparteien den Beschluss „im Einklang mit ihren zum Inkrafttreten der Änderung erforderlichen internen Anforderungen und Verfahren billigen“ „können“.⁶ Die Bedeutung der Klausel ist umstritten und ungeklärt.⁷ Der Gemischte CETA-Ausschuss hat das Recht, Änderungen des Kapitels 23 (Handel und Arbeit) zu beschließen (Art 23.11.5). Der Beschluss ergeht auf Vorschlag des Ausschusses für Handel und nachhaltige Entwicklung und ergeht im Verfahren des Art. 30.2.

Zu den weitgehendsten „Governance“-Befugnissen des Gemischten CETA-Ausschusses gehört die in Art. 8.31.3 CETA und Art. 8.44.3 a) vorgesehene Befugnis, über die verbindliche Auslegung der CETA-Bestimmungen entscheiden zu können. Die Entscheidung beruht auf einem Vorschlag des Ausschusses für Dienstleistungen und Investitionen. Art. 8.31.3 S. 2 sagt ausdrücklich:

„Eine vom Gemischten CETA-Ausschuss angenommene Auslegung ist für das nach diesem Abschnitt errichtete Gericht bindend. Der Gemischte CETA-Ausschuss kann beschließen, dass eine Auslegung ab einem bestimmten Zeitpunkt bindende Wirkung hat.“

In dieser Befugnis liegt immer auch die Befugnis zur Rechtsfortbildung – gerade in den Fällen, in denen Unsicherheiten und Bedenken hinsichtlich des konkreten Gehalts von CETA bestehen. Wesentliche Entscheidungsmacht über den Gehalt von CETA ist damit den vertragsschließenden Gremien von EU (Art. 218 Abs. 2-6 AEUV) und Mitglied-

⁶ Art. 30.2. 2 CETA: „Die Vertragsparteien können den Beschluss des Gemischten CETA-Ausschusses im Einklang mit ihren zum Inkrafttreten der Änderung erforderlichen internen Anforderungen und Verfahren billigen.“

⁷ Vgl. nur Weiß, Verfassungsanforderungen und Integrationsverantwortung bei beschließenden Vertragsorganen in Freihandelsabkommen, EuZW 2016, 286.

staaten entzogen und in die Hände eines Vertragsgremiums gelegt worden. Unionsrechtlich ist unklar und umstritten, ob dies von Art. 218 Abs. 7 AEUV abgedeckt ist.⁸

Auch den anderen Vertragsgremien von CETA sind Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich der Vertragsgrundlagen von CETA überantwortet. Der Gemischte Verwaltungsausschuss für SPS-Maßnahmen hat die Befugnis, die Anhänge zum 5. Kapitel zu ändern (Art. 5.14.2 d)). Dieser Beschluss bedarf der Billigung durch die Parteien. Der Ausschuss für Finanzdienstleistungen hat über die Anwendbarkeit von Ausnahmen zu entscheiden (Art. 13.16.1. iVm. Art. 13.21.3 und Art. 13.21.4).

c) Fortentwicklung der materiell-rechtlichen Vorgaben

aa) Institutionelle Dimension

Den CETA-Vertragsgremien stehen zudem erhebliche Entscheidungsbefugnisse im Rahmen der Arbeitsprozesse von CETA zu. So hat der Gemischte CETA-Ausschuss beispielsweise die Befugnis, durch Beschluss über die Ernennung von Richtern zu entscheiden (Art. 8.28.2. iVm. Art. 8.28.7). Ihm ist die Entscheidung über die Festlegung des Gehalts der Richter des Investitionsgerichts überantwortet (Art. 8.27.15). Auch über den Ausschluss eines Richters von seiner Tätigkeit nach Art. 8.30.4 hat er zu befinden.

Entsprechende Regelungszuständigkeiten institutioneller Art stehen auch anderen Sonderausschüssen zu. So kann der Gemischte Verwaltungsausschuss Verfahren über Benachrichtigungen und Informationsaustausch beschließen, die von den Regeln nach Art 5.11.1 und 5.11.2 (SPS-Bereich) abweichen (Art. 5.11.3). Weitere Beispiele ließen sich anführen.

bb) Materiell-rechtliche Ausgestaltung

Die Hauptzuständigkeit der Vertragsgremien von CETA liegt in der Konkretisierung und Anwendung der materiellen Vertragsbestimmungen. Um auch hier einige Beispiele zu nennen:

Der Gemischte CETA-Ausschuss beschließt auf Vorschlag des Ausschusses für Warenhandel nach Art. 2.13.1. d) über beschleunigten Abbau oder die Beseitigung eines Warenzolls (Art. 2.4.4.). Dieser Beschluss bedarf, um wirksam zu werden, der Zustimmung der Vertragsparteien. Der Ausschuss für Warenhandel empfiehlt dem Gemischten Ausschuss Änderungen oder Ergänzungen von Bestimmungen dieses Abkommens, die das

⁸ Vgl. etwa Weiß, Verfassungsprobleme des Abschlusses und der vorläufigen Anwendung des CETA Freihandelsabkommens mit Kanada, Stellungnahme vom 31.8.2016 (Anhörung des Deutschen Bundestages, Ausschuss für Wirtschaft und Energie): „Die verbindliche Auslegung durch den Gemischten CETA Ausschuss nach Art. 8.31.3 iVm Art. 8.44.3 a) CETA ist nicht vereinbar mit Art. 218 Abs. 7 AEUV und überschreitet daher gleichfalls die EU-Zuständigkeit, zumal wenn dies bereits in der vorläufigen Anwendung erfolgen können soll (Art. 218 Abs. 7 gilt nur für Abschluss, nicht für die vorläufige Anwendung).“

Harmonisierte System betreffen (Art. 2.13.1. b)). Der Ausschuss für Warenhandel formuliert Empfehlungen für Änderungen des Kapitels 4 des CETA an den Gemischten Ausschuss (Art. 4.7.1. f)). Der Gemischte Verwaltungsausschuss kann von den Regeln nach Art 5.11.1. und 5.11.2. abweichende Verfahren über Benachrichtigungen und Informationsaustausch beschließen (Art. 5.11.3.). Der Ausschuss für Warenhandel entscheidet über Umsetzungsmaßnahmen zum Austausch gegenseitiger Produktwarnungen (Art. 21.7.5.); die Entscheidung hat offenkundige Implikationen für den Datenschutz und den Vertrauensschutz.

Der Gemischte CETA-Ausschuss beschließt über die Handhabung und Ausweitung des Begriffs des geistigen Eigentums (Art. 8.1.). Der Gemischte CETA-Ausschuss beschließt auf Vorschlag des Dienstleistungsausschusses über den Inhalt der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung kanadischer Investoren (Art. 8.10.3). Der Gemischte Ausschuss für geografische Angaben hat das Recht zur Beschlussfassung über Änderungen von Anhang 20-A (Aufnahme neuer oder Streichung geschützter geographischer Herkunftsangaben) (Art. 20.22.). Der MRA-Ausschuss beschließt die Abkommen über gegenseitige Anerkennung von beruflichen Qualifikationen (Art. 11.3.6.). Dieser Beschluss bedarf der Annahme durch die Parteien. Auch hier ist die Bedeutung der Klausel ungeklärt; insbesondere steht bislang dahin, ob es für das Zustimmungrecht auf europäischer Seite darauf ankommt, welcher Verband kompetenziell berührt wird.⁹

Der Sonderausschuss für Handel und nachhaltige Entwicklung ist damit befasst, die Durchführung der Kapitel 22, 23 und 24 zu überwachen (Art. 22.4.1). Er hat in diesem Kontext die Befugnis zur Überprüfung der Auswirkungen des Abkommens und Befassung mit allein einschlägigen Fragen.

Die Gemischte Sektorgruppe hat das Recht, Verwaltungsvereinbarungen über die Gute Herstellungspraxis anzunehmen, die u.a. das Informationsaustauschverfahren, das Verfahren zur Bewertung neuer Regulierungsbehörden und das Programm zur Aufrechterhaltung der Gleichwertigkeit regeln (Art. 15 des Protokolls über die gegenseitige Anerkennung des Programms für die Befolgung und Durchsetzung der Guten Herstellungspraxis für pharmazeutische Erzeugnisse (Anhang 7 zu CETA).

d) Lösung von Koordinationsfragen

Die Vertragsgremien von CETA haben zudem die Aufgabe und Befugnis, die Zusammenarbeit der Stellen der Vertragspartner zu begleiten und zu fördern. So ist der Gemischte Ausschuss für die Zusammenarbeit im Zollbereich mit der Problemlösung nach Art. 2.8. iVm. Art. 6.14.4. befasst. Er hat Schritte zur Bewältigung von Schwierigkeiten bei der Zollzusammenarbeit zu unternehmen.

⁹ Oben Fn. 7.

e) Erfordernis einer Zustimmung zu bilateraler Zusammenarbeit

Schließlich haben die CETA-Vertragsgremien auch eine Ermächtigungs- und Aufsichtsfunktion: Mit Zustimmung des Gemischten CETA-Ausschusses können die Vertragsparteien auch in anderen von diesem Abkommen erfassten Bereichen eine bilaterale Zusammenarbeit eingehen (Art. 25.1.5).

III. Vertragliche Schiedsgerichtsbarkeit

Aus institutioneller Sicht ist zudem die in CETA vorgesehene Schiedsgerichtsbarkeit von Bedeutung. Sie zielt auf Streitschlichtung ab, dient aber immer und unvermeidlich auch der Fortentwicklung des Vertragswerks. Die Bestimmungen von CETA verpflichten die Vertragsparteien zu gerechter und billiger Behandlung (*fair and equitable treatment*) der Investoren, die im Anwendungsbereich von CETA im Hoheitsbereich der jeweils anderen Vertragspartei eine sachlich erfasste Investition getätigt haben. Die Investitionsschiedsgerichte sind dazu berufen, in Anwendung der eher unspezifischen vertraglichen Vorgaben (Art. 10.9 CETA) im einzelnen festzustellen, welche Behandlung ungerecht oder unbillig ist. Im Konfliktfall kann eine Vertragspartei ein Schiedsgericht anrufen, um eine Entscheidung darüber herbeizuführen, ob eine andere Vertragspartei die vertraglichen Verpflichtungen verletzt hat. Darüber hinaus enthält CETA ein – obligatorisches und nicht abdingbares – Schiedsgerichtsverfahren für Investor-Staat-Konflikte. Verletzt eine Vertragspartei die ihr gegenüber einem Investor obliegenden Pflichten, steht dem Investor ein Anspruch auf Ersatz des dadurch verursachten Schadens zu (Art. 10.17. CETA). Insbesondere müssen die Vertragsparteien im Falle einer Enteignung eines Investors eine Entschädigung zubilligen (Art. 10.11. CETA). Der Enteignungsbegriff ist weit gefasst und erstreckt sich auch auf sogenannte indirekte Enteignungen, also nicht nur der Entzug, sondern auch die Wertminderung einer Vermögensposition durch beschränkende oder belastende Akte der Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz (Art. 10.11. mit Annex).

IV. Streit um die politische Bewertung des Abkommens

Das Abkommen hat in der Öffentlichkeit unterschiedliche Reaktionen ausgelöst. Während er teilweise als Meilenstein auf dem Weg der transnationalen Integration der Volkswirtschaften der EU und Kanadas und als Garant für Wachstum und Entwicklung angesehen wird, sehen andere in ihm einen Angriff auf die demokratisch verantwortete und selbstbestimmte Entscheidung über die zukünftige politische und wirtschaftliche Entwicklung.¹⁰ Die Befürworter verweisen auf die Vorteile, die sich mit Blick auf wirtschaftliche Freiheit, Effizienzgewinne und Wohlfahrtssteigerung ergeben. Von Seiten der Gegner betont man vor allem die nachteiligen Effekte, die von dem vermehrten Wettbewerbsdruck ausgehen, und bestreitet die Prognose einer erheblichen Wohlfahrts-

¹⁰ Zu den verschiedenen Einschätzungen etwa: Aichele/Felbermayr, CETA: Welche Effekte hat das EU-Kanada Freihandelsabkommen auf Deutschland? IFO Schnelldienst 24/2014, Jg. 67, 22. Dezember 2014, S. 20-30.

steigerung.¹¹ In Kreisen der Zivilgesellschaft wird der Entwurf aus einer Vielzahl von Richtungen kritisiert. In der rechtswissenschaftlichen Diskussion hat vor allem das Kapitel über die Schiedsgerichtsbarkeit Aufmerksamkeit erfahren.¹² Über die Frage, wie tiefgehend die mit CETA verbundenen Einschnitte für den Bundesgesetzgeber sind, wird gestritten.¹³

C. Verhandlungsprozess und Abschlussverfahren

I. Vorgeschichte

Das inzwischen abgeschlossene und – in weiten Teilen – für vorläufig anwendbar erklärte CETA¹⁴ hat eine lange Vorgeschichte. Die Idee des Abschlusses eines umfassenden Abkommens kam in der Zeit nach der Jahrtausendwende auf. Nach ersten Gesprächen ließen die kanadische Regierung und die EU-Kommission eine Studie über die Effekte und den Nutzen einer engeren wirtschaftlichen Zusammenarbeit zwischen den beiden Wirtschaftsräumen („EU-Canada Joint Study“¹⁵), erstellen. Deren Ergebnisse waren so positiv, dass man 2009 mit den förmlichen Verhandlungen begann.¹⁶ Nach mehrjährigen Verhandlungen konnten im Jahr 2013 die wesentlichen Punkte geklärt werden. Auf technischer Ebene kam es zu der Festlegung auf ein Verhandlungsergebnis am 1. August 2014. Der festgestellte Text umfasste ca. 1500 Seiten. Nachdem es Mitte August 2014 zu einer Verbreitung des Vertragstextes im Internet kam, veröffentlichte die Europäische Kommission am 26. September 2014 einen ersten konsolidierten Text-

¹¹ Sinclair/Trew/Mertins-Kirkwood, Making Sense of CETA, Canadian Center for Policy Alternatives, 2014; Fritz, Analyse und Bewertung des EU-Kanada Freihandelsabkommens CETA, Januar 2015. Zu TTIP etwa: Bund für Umwelt und Naturschutz, Das Gemeinwohl ist nicht ver(frei)handelbar, Positionen 62, 2015.

¹² Ausführlich: Hindelang/Sassenrath, The investment chapters of the EU's international trade and investment agreements in a comparative perspective, EP September 2015 - PE534.998; Hindelang/Wernicke (Hrsg.), Grundzüge eines modernen Investitionsschutzes, Harnack-House Reflections, 2015. Auch in der Anhörung des Deutschen Bundestages, Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages, am 15.12.2014 zum Thema Comprehensive Economic and Trade Agreement („CETA“) zwischen der EU und Kanada spielte die Schiedsgerichtsbarkeit eine zentrale Rolle. Allgemein etwa: Dugan et al. (Hrsg.), Investor-State Arbitration, 2008.

¹³ Einerseits: Schill, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers (Kurzgutachten), 2014; andererseits Krajewski, Anmerkungen zum Gutachten von Dr. Stephan Schill zu den Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des CETA auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers vom 22.9.2014, September 2014.

¹⁴ Zu diesen Fragen insbesondere: Weiß, Rechtliche Probleme der aktuellen Kommissionsplanung zu Abschluss und vorläufiger Anwendung des CETA, Gutachten, 11.8.2016.

¹⁵ <http://international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/study-etude.aspx?lang=eng>.

¹⁶ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-896_de.htm. Vgl. auch <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/can-eu-report-can-ue-rapport.aspx?lang=eng>.

sentwurf des Abkommens.¹⁷ Einwände der Öffentlichkeit insbesondere gegen die vorgesehenen Regelungen über das Investor-Staat-Schiedsgerichtsverfahrens (ISDS¹⁸ über nicht-ständige Schiedsgremien) führten zu einer Neuaufnahme der Verhandlungen, in deren Rahmen beschlossen wurde, Streitigkeiten und CETA einem (noch zu schaffenden) öffentlich-rechtlichen Schiedsgerichtshof zu unterstellen.¹⁹

II. Abschlussverfahren, Unterzeichnung und Vorläufige Anwendbarkeit

Die Vertreter der EU-Mitgliedstaaten im Rat der EU haben in der Nacht des 28. Oktober 2016 einstimmig in einem schriftlichen Abstimmungsverfahren beschlossen, der Unterzeichnung, der vorläufigen Anwendung und der Weiterleitung des Beschlusses über den Abschluss des CETA an das Europäische Parlament zuzustimmen.²⁰ Zugleich verständigte sich der Rat auf ein Protokoll, in dem verschiedene Vorbehalte zusammen gefasst sind.²¹ In dem Beschluss über die vorläufige Anwendbarkeit von CETA wird auf den Beschluss über die Unterzeichnung Bezug genommen; das Ratsprotokoll wird insofern in den Beschluss über die vorläufige Anwendung inkorporiert.

Die Erlangung der Zustimmung der Mitgliedstaaten war teilweise schwierig. Der belgische Außenminister *Didier Reynders* stimmte dem Vertrag erst nach zähen Verhandlungen und der Zustimmung des belgischen Parlaments zu. Am 30.10.2016 kam es zur Unterzeichnung des Abkommens beim EU-Kanada-Gipfel. Die vorläufige Anwendung²² sollte nach den Schlussfolgerungen des Rates vom 28. Oktober 2016 dadurch herbeigeführt werden, dass die Zustimmung des Europäischen Parlaments herbeigeführt wird und im Anschluss eine Notifikation an Kanada erfolgt.²³ Am 14. Januar 2017 veröffentlichte nun die Europäische Kommission das umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) im Amtsblatt.²⁴ Das Europäische Parlament hat dem Vertrag am 15. Februar 2017 zugestimmt, Kanada hat CETA am 17. Mai 2017 ratifiziert. Inzwischen wird von den EU-Organen über den genauen Termin des Beginns der vorläufigen Anwendung beraten. Als gemischtes Abkommen kann CETA endgültig erst mit Abschluss der Ratifizierungen in allen Mitgliedsstaaten in Kraft treten.²⁵ Sollte es in

¹⁷ http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_en.htm#outcome.

¹⁸ Investor-state dispute settlement.

¹⁹ Hierzu ausführlich: Schneiderhan, CETA-Schiedsgericht und die Europäische Rule of Law, Deutsche Richterzeitung 2016, 338; Nunnenkamp, Streitschlichtung im Rahmen internationaler Investitionsabkommen – viel Lärm um (fast) nichts? 2016.

²⁰ Council of the European Union, 10972/1/16 REV 1 vom 26. Oktober 2016 (Beschluss über die Unterzeichnung); Council of the European Union, 10974/16 vom 5. Oktober 2016 (Beschluss über die vorläufige Anwendung).

²¹ Council of the European Union, 13463/1/16 REV 1.

²² Hierzu Kleinlein, Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge, JZ 2017, S. 377.

²³ Council of the European Union, 13887/16 vom 28. Oktober 2016 (Schlussfolgerungen des Rates).

²⁴ Abl. (EU) 2017 Nr. L 11/1.

²⁵ Kumin/Bittner, Die „gemischten“ Abkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und dritten Völkerrechtssubjekten andererseits, EuR Beiheft 2/2012, S. 75 ff.; Vranes, Gemischte Abkommen und die Zuständigkeit des EuGH – Grundlagen und neuere Entwicklungen in den Außenbeziehungen, Europarecht (EuR) 2009, S. 44.

einem Mitgliedstaat zu einem endgültigen Scheitern des Ratifikationsprozesses kommen, wird die vorläufige Anwendung enden.²⁶

III. Der Streit um die Einordnung des Abkommens als „gemischtes Abkommen“

Schon früh bestanden in der Frage erhebliche Meinungsverschiedenheiten, ob das Abkommen nicht nur von der Europäischen Union, sondern auch von den EU-Mitgliedstaaten als „gemischtes Abkommen“ unterzeichnet werden muss.²⁷

1. Kompetenz zur Bestimmung der Rechtsnatur

a) Wer entscheidet?

Die EU-Kommission bezog zunächst die Position, dass das Abkommen als „EU-only“-Abkommen abgeschlossen werden sollte. Die EU-Kommission beanspruchte auch die alleinige Befugnis zur Entscheidung der Frage, ob ein Abkommen im Abschlussverfahren nach Art. 217 AEUV als „gemischtes Abkommen“ eingeordnet wird. Sie vertrat die Auffassung, dass sie das Recht und die Pflicht habe, die Einordnung des Abkommens durch Beschluss nach Art. 288 Abs. 4 AEUV vorzunehmen. Diese Sichtweise lässt sich dem Protokoll der Sitzung des Ministerrats vom 13.5.2016 entnehmen:

„At the request of LUX COM clarified the way forward. Accordingly, she would take the occasion of the decision of the College of Commissioners on CETA in mid-June to express its view on whether CETA is a mixed agreement or not. Subsequently the Council would have to vote on the decision. In the case of a

²⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 13. Oktober 2016 postuliert, dass die Bundesrepublik Deutschland einseitig die vorläufige Anwendbarkeit beenden können muss. Dies veranlasste zur Abgabe der Erklärungen 20 und 21 (Rats-Dok. 13463/1/16 REV 1; zur rechtlichen Wirkung der Protokollerklärungen vgl. Fachbereich PE 6 – Europa, Ausarbeitung vom 8.12.2016, PE 6 – 3000 – 156/16; Holterhus, Eilanträge in Sachen CETA, EuZW 2016, S. 896 (899)). Demgegenüber hat die EU-Kommission immer die Position bezogen, dass es eine einseitige Beendigung der vorläufigen Anwendung jener Teile, die die EU-Kompetenzen betreffen, durch einzelne Mitgliedsstaaten nicht geben kann (hierzu die Darstellung im Standard vom 23.12.16: „CETA: Österreich kann vorläufige Anwendung nicht allein beenden.“). Sie stützt sich auf ein Gutachten des Juristischen Dienstes des Europäischen Parlaments von November 2016 (Gutachten SJ-0728/16). Danach bedarf es einer Entscheidung nach Art. 218 Abs. 5 AEUV (hierzu auch Nettesheim, Das CETA-Urteil des BVerfG: eine verpasste Chance?, NJW 2016, S. 3567 (3569); Nowrot/Tietje, CETA an der Leine des Bundesverfassungsgerichts: Zum schmalen Grat zwischen Ultra-vires-Kontrolle und Ultra-vires-Handeln, EuR 2017, 137 (153)).

²⁷ Rathke, Fragen zur Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten sowie zur Ratifikation des Abkommens über eine Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP). Deutscher Bundestag, Fachbereich Europa, PE 6 – 3000 – 49/14, 19. März 2014; Mayer, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, August 2014; Fischer-Lescorno/Horst, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA), Oktober 2014; Kerkemeyer, Europarechtliche Bedenken gegen das CETA-Abkommen, KJ 48 (2015), 264.

joint agreement unanimity is required, in the presence of an ‚Eu-only‘ agreement a qualified majority is needed. In any case, the EP would have to agree before the entry into force.“²⁸

Danach habe sie einen Vorschlag vorzulegen, über den der Rat der Europäischen Union (Rat) zu entscheiden habe. Dieser Vorschlag könnte im Rat nur einstimmig geändert werden.²⁹

Diese Sichtweise lässt sich nicht mit EU-Recht vereinbaren.³⁰ Sie wird den Bestimmungen über den Vertragsschluss internationaler Abkommen (Art. 218 AEUV) nicht gerecht. Die Bestimmungen über den Abschluss internationaler Verträge (Art. 218 AEUV; Sonderregeln für die gemeinsame Handelspolitik in Art. 207 AEUV) legen das Vertragsschlussverfahren abschließend fest. Ein Rückgriff auf die Bestimmungen über das interne Rechtssetzungsverfahren (Art. 289 ff. AEUV, Art. 293 AEUV) ist nicht möglich. Diese Bestimmungen haben eine andere Frage zum Gegenstand und finden hier keine Anwendung. Vielmehr ist über das Verhältnis von Kommission und Rat nach Art. 218 AEUV zu entscheiden.

Art. 293 AEUV kann im Vertragsschlussverfahren auch inhaltlich keine Anwendung finden, weil der Rat hier nicht „auf Vorschlag der Kommission“ tätig wird. Vielmehr besagt Art. 218 Abs. 5 AEUV, dass der Rat auf der Basis des Vorschlags des Verhandlungsführers handelt. Der Rat kann, muss aber nicht die Kommission zum Verhandlungsführer bestimmen (Art. 218 Abs. 3 AEUV). Auch die Hohe Vertreterin für Außen- und Sicherheitspolitik und andere Personen können Verhandlungsführer sein. Würde man Art. 293 AEUV im Verfahren nach Art. 218 Abs. 5 AEUV zur Anwendung bringen, würde das Vertragsschlussverfahren je nach dem unterschiedlich ausfallen, wer zum Verhandlungsführer gemacht worden ist. Dafür gibt Art. 218 Abs. 5 AEUV nichts her.

Art. 218 Abs. 5 AEUV lässt erkennen, dass der Rat hier nicht mit einem formellen „Beschlussvorschlag“ (im Sinne von Art. 294 Abs. 2, Art. 293 Abs. 1 AEUV) befasst wird, sondern mit den Ergebnissen des Verhandlungsprozesses und einem politischen Verfahrensvorschlag. Diese Sichtweise ist aus teleologischen und systematischen Gründen unausweichlich. Die Entscheidung darüber, ob der vorgelegte Entwurf sich als „EU-only“-Abkommen darstellt oder auch die Kompetenzen der Mitgliedstaaten berührt, ist vom Rat daher nach den Entscheidungsregeln zu treffen, die für das Verfahren des Abschlusses völkerrechtlicher Verträge gelten. Die Rechtsauffassung des Verhandlungsführers (!) ist hier nicht bindend. Der Verhandlungsführer kann seine Rechtsauffassung dem Rat unterbreiten. Grundsätze der Intra-Organ-Loyalität zwingen den Rat dazu, sich mit dieser Rechtsauffassung auseinander zu setzen. Folgt er der Auffassung des Verhandlungsführers nicht, unterliegt er keinen besonderen Entscheidungsanforderungen.

²⁸ <http://subternews.blogspot.de/2016/06/leaked-document-eu-canada-comprehensive.html>.

²⁹ FAZ vom 10.6.2016: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ttip-und-freihandel/bundestag-darf-bei-freihandelsabkommen-ceta-nicht-mitreden-14279991.html>.

³⁰ Hierzu auch:

<https://www.bundestag.de/blob/437760/0938441de25878f7387df84eff788652/pe-6-106-16-pdf-data.pdf>

Die Vorschriften über das Rechtsetzungsverfahren, die der EU-Kommission als „Motor der Integration“ und „Hüterin der Verträge“ eine besondere Stellung einräumen, lassen sich nicht auf das Vertragsschlussverfahren nach Art. 218 AEUV übertragen, das von der Idee der Verfahrensherrschaft des Rats (deutlich: Art. 218 Abs. 1 AEUV) geprägt ist. Die Kommission hat die Möglichkeit, gegen die Entscheidung des Rats zu klagen (Art. 263 AEUV). Die Sichtweise der Kommission unternimmt damit den Versuch, sich eine Stellung anzueignen, die ihr nicht zukommt. Die Kommission ist Verhandlungsführerin im Auftrag des Rats (Art. 218 Abs. 3 AEUV); sie determiniert nicht das Verfahren und hat keine Entscheidungsgewalt darüber, wie die rechtliche Bewertung und Einordnung des erzielten Verhandlungsergebnisses auszufallen hat. Diese Entscheidung obliegt dem Rat. Kommt er zu dem Ergebnis, dass sich die Gehalte des Abkommenentwurfs nicht im Rahmen der EU-Kompetenzen bewegen, so kann die Kommission hiergegen nur durch Klage vor dem EuGH vorgehen.

b) Erforderlichkeit der Einstimmigkeit?

Legt der Verhandlungsführer (ggf. die Kommission) sein Verhandlungsergebnis und eine etwaige Empfehlung vor, so entscheidet der Rat nach Art. 218 Abs. 8 UAbs. 1 AEUV. Danach beschließt der Rat „während des gesamten Verfahrens mit qualifizierter Mehrheit“, wenn nicht eine Sonderregelung greift. Im Text des AEUV finden sich Regelungen, die das Erfordernis der Einstimmigkeit an den Inhalt der ausgehandelten Abkommens anknüpfen (insbesondere Art. 207 Abs. 4 UAbs. 2, UAbs. 3, Art. 218 Abs. 8 UAbs. 1 AEUV).³¹ Der AEUV enthält keine Aussage darüber, wie zu entscheiden ist, ob ein Abkommen als „EU-only“-Abkommen oder als gemischtes Abkommen zu behandeln ist.

Rechtsprechung gibt es zu dieser Frage schon deshalb nicht, weil man sich bislang immer einverständlich im politischen Raum über diese Frage verständigt hat. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 28. April 2015³² zu einer Situation Aussagen getroffen, in der feststand, dass es sich um ein gemischtes Abkommen handelt. In diesem Fall, so der EuGH, muss der Beschluss, der die EU zur Unterzeichnung derjenigen Teile des Abkommens ermächtigt, die in ihre Zuständigkeit fallen, im Verfahren nach Art. 218 AEUV erlassen werden, ohne dass im gleichen Beschluss die im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten die in ihren Kompetenzbereich fallenden Teile des Abkommens behandeln dürfen. Eine derartige „Hybridisierung“ der nach Art. 218 AEUV erforderlichen Zustimmung ist unzulässig. Der EuGH ruft in Erinnerung, dass EU-Organe und Mitgliedstaaten bei Vorliegen eines gemischten Abkommens koordiniert vorzugehen

³¹ Kempen und Schiffbauer legen dar, dass der Rat über CETA aufgrund einer Berührung von Art. 207 Abs. 4 UAbs. 2 (Einstimmigkeitserfordernis aufgrund einer Berührung von Art. 67 Abs. 3 AEUV; Einstimmigkeitserfordernis auf der Basis einer Gesamtanalogie aus Art. 18-25 AEUV) einstimmig zu entscheiden hat (Kempen/Schiffbauer, Rechtsgutachten über die Mehrheitserfordernisse im Rat der Europäischen Union bei der Abstimmung über CETA, 4. Oktober 2016; ähnlich schon: Schiffbauer, Mehrheitserfordernisse für Abstimmungen im Rat über TTIP, CETA & Co., EuZW 2016, 252.

³² EuGH, Urt. v. 28.4.2015, Rs. C-28/12, Kommission/Rat.

haben und sich loyal verhalten müssen.³³ Dies rechtfertigt aber nicht eine Vermischung der Zustimmungsverfahren. Die Entscheidung besagt allerdings nichts darüber, wie in einer Situation zu verfahren ist, in der die Qualität des Abkommens als solches in Frage steht. Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur hat diese Frage bislang keine vertiefte Aufmerksamkeit erfahren.

Für die Annahme, dass im Rat auch über die kompetenzielle Einordnung eines Abkommens mit der qualifizierten Mehrheit nach 218 Abs. 8 UAbs. 1 AEUV zu entscheiden hat, spricht zunächst der Wortlaut des Vertrags, der von der Maßgeblichkeit dieses Quorums „im gesamten Verfahren“ spricht. Jedenfalls der Wortlaut des AEUV gibt nicht zu erkennen, dass für die (Selbst-)Beurteilung der EU-Kompetenzen durch den Rat andere Regeln gelten sollen als für die politische Entscheidung darüber, ob das Abkommen inhaltlich gebilligt werden soll. Mit Blick auf Sinn und Zweck von Art. 218 Abs. 8 AEUV ließe sich zudem darauf verweisen, dass das Blockadepotential einzelner Mitgliedstaaten bei einstimmigem Vorgehen groß wäre. Zwingend sind diese Gründe aber nicht. Denn die Frage, wie weit die EU-Kompetenzen reichen, ist quasi-konstitutioneller Art. Sie lässt sich immer aus zwei Richtungen stellen – aus jener des EU-Primärrechts und aus jener der mitgliedstaatlichen Zustimmungsakte. Auf diesem Hintergrund lässt sich die Annahme, es bedürfe im Rat der Herbeiführung einer einstimmigen Beurteilung, nicht von vorne herein von der Hand weisen.

Angesichts der Unsicherheiten, die in diesem Punkt bestehen, bedürfte es einer Klärung durch den EuGH.

2. Die politische Einschätzung

Letztlich wurde zwischen EU-Kommission und Rat in der vorstehenden Frage kein Konflikt ausgetragen. Politischer Druck führte zu einem Einschwenken der EU-Kommission und dem Zugeständnis, das Abkommen als „gemischtes Abkommen“ zu behandeln.³⁴ Die EU-Kommission hatte sich allerdings vorbehalten, ihre Einschätzung im Lichte der Feststellungen des EuGH im Gutachtenverfahren „Freihandelsabkommen Singapur“ zu revidieren. Eine Anpassung des Vertragstextes erfolgte nach diesem Richtungsschwenk nur teilweise;³⁵ dies führt zu Inkohärenzen³⁶ und Auslegungsproble-

³³ EuGH, Urt. v. 28.4.2015, Rs. C-28/12, Kommission/Rat, Rdnr. 54 unter Verweis auf EuGH, Gutachten 1/94, WTO, EU:C:1994:384, Rn. 108; EuGH, Urt. v. 20.4.2010, Rs. C-246/07, Kommission/Schweden, Rn. 73).

³⁴ Vgl. Vorschlag der Kommission für einen Beschluss des Rates über den Abschluss des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, KOM(2016) 443 endg.; ähnlich BT-Drs. 18/9663; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 13.10.2016, 2 BvR 1368/16, Rn. 51.

³⁵ Bäuml, Vom Vertragstext zum Inkrafttreten: Das Vertragsschlussverfahren im Mehrebenensystem am Beispiel CETA, EuR 2016, S. 607.

³⁶ So hat die Notifikation über das Inkrafttreten von CETA nur zwischen den zuständigen Organen Kanadas und der EU erfolgen (Art. 30.7 Abs. 4 CETA). Der Vertrag ist lediglich in zwei Urschriften verbindlich (Art. 30.11 CETA).

men.³⁷ Für die nachfolgende Untersuchung ist der Umstand von Bedeutung, dass sich die politisch handelnden Institutionen dazu entschlossen haben, CETA abzuschließen, ohne dass ihnen klar ist oder sie sich um eine Klärung bemüht haben, wer welche Teile des Abkommens verantwortet und für die Erfüllung einzustehen hat. Sowohl die EU-Institutionen als auch die Mitgliedstaaten ließen die Frage offen, welche Abkommenselemente in die Zuständigkeit der EU und welche in jene der Mitgliedstaaten fallen.

3. Die Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht ist in seinen Eilentscheidungen zu CETA zu der - vorläufigen – Entscheidung gekommen, dass sich das Abkommen auch auf Kompetenzbereiche der Mitgliedstaaten erstrecke, behielt sich aber eine abschließende Prüfung – ggf. unter Vorlage an den EuGH – vor.³⁸ Das Bundesverfassungsgericht hatte in Eilverfahren über Beschwerden zu entscheiden, die von großen Gruppen gegen den Abschluss,³⁹ die Unterzeichnung durch die EU⁴⁰ und die Herbeiführung der vorläufigen Anwendbarkeit von CETA⁴¹ erhoben wurden. In seiner Entscheidung vom 13. Oktober 2016 stellte sich das Bundesverfassungsgericht dem Abschluss zwar nicht entgegen, machte aber interpretatorische Vorgaben für die Auslegung und Handhabung von CETA.⁴² Insbesondere erklärte es:

"Vor diesem Hintergrund geht der Senat davon aus, dass insbesondere Regelungen zum Investitionsschutz, einschließlich des Gerichtssystems (Kapitel 8 und Kapitel 13 CETA-E), zu Portfolioinvestitionen (Kapitel 8 und Kapitel 13 CETA-E), zum internationalen Seeverkehr (Kapitel 14 CETA-E), zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen (Kapitel 11 CETA-E) sowie zum Arbeitsschutz (Kapitel 23 CETA-E) nicht von der vorläufigen Anwendung erfasst werden."

Die Erklärung der Vertragspartner über die Reichweite der vorläufigen Anwendbarkeit fand die Billigung des Bundesverfassungsgerichts in einem Beschluss vom 7. Dezember

³⁷ Zur Frage einer einseitigen Kündigungsmöglichkeit jedes Mitgliedstaats etwa: GA Sharpston, Schlussanträge vom 21.12.2016, Gutachtenverfahren 2/15, Rn. 77; vgl. auch: <https://www.bundestag.de/blob/508270/9c33993bb86f15ca5a267bad93871f46/pe-6-011-17-pdf-data.pdf>

³⁸ BVerfG, Urt. vom 13. Oktober 2016, - 2 BvR 1368/16 -; BVerfG, Beschluss vom 7.12.2016, - 2 BvR 1368/16 -.

³⁹ Entwurf: COM(2016) 443 final; Ratsdok. 10974/16; Beschluss des Rats vom 28.10.2016.

⁴⁰ Entwurf: COM(2016) 444 final; Ratsdok. 10972/1/16 REV 1; Beschluss des Rats vom 28.10.2016.

⁴¹ Entwurf: COM(2016) 470 final; Änderung durch: Interinstitutional File 2016/0220 (NLE) 10974/16; Beschluss des Rates der EU vom 28.10.2016, 13463/16.

⁴² BVerfG mit Urteil vom 13.10.2016 - 2 BvR 1368/16 -. Das Gericht fordert, dass Deutschland das Abkommen von der vorläufigen Anwendung durch einseitige Erklärung wieder abrücken kann. Es müsse sichergestellt werden, dass die vorläufige Anwendung ausschließlich für die Teile des Abkommens gelte, die unstrittig in die Zuständigkeit der EU fallen. Schließlich verlangt das Bundesverfassungsgericht eine stärkere Rückbindung des CETA-Ausschusses an den Bundestag.

2016. Dort machte das Gericht zugleich deutlich, dass es die Kompetenzfrage noch nicht als geklärt ansieht. Inzwischen hat einer der Richter des Zweiten Senats öffentlich zu erkennen gegeben, dass er eine Vorlage an den EuGH erwartet.

IV. Kompetenzordnung und Vorbehalte zu CETA

Die Entscheidung darüber, ob CETA kompetenziell als „EU-only“-Abkommen oder als gemischtes Abkommen zu behandeln ist, hat nicht nur institutionelle und prozedurale Implikationen. Sie wirkt auch auf das Verständnis von CETA zurück. Wäre CETA ein „EU-only“-Abkommen, wären die Vorbehalte, die europäischer Seite in Anhang I und Anhang II von CETA⁴³ erklärt worden sind, Erklärungen der EU. Es wäre Ausdruck einer politischen Entscheidung der EU, ob diese Erklärungen abgegeben werden; die EU-Organe könnten sich dafür oder dagegen entscheiden. In der Sache wären jene Vorbehalte, die auf konkrete mitgliedstaatliche Regelungen Bezug nehmen, Einschränkungen der eigentlich von der EU bezweckten Rechtsbindung (Art. 216 Abs. 2 AEUV).

Wenn sich – um ein Beispiel zu nennen – in CETA Vorbehalte zum Schutz jener presserechtlichen Regelungen der Länder finden, die vorsehen, dass in jeder öffentlich verbreiteten oder gedruckten Zeitung und anderen periodischen Druckschrift der „verantwortliche Herausgeber“ angegeben sein muss,⁴⁴ wären die bei der Einordnung von CETA als „EU-only“-Abkommen Vorbehalte der EU, die ihre Existenz der politischen Überlegung verdanken, auf diese Weise den Zustimmungswillen des jeweiligen mitgliedstaatlichen Vertreters im Rat zu fördern. Die Vorbehalte wären keine Vorbehalte der Staaten.

Anders wäre die Einordnung, wenn CETA als gemischtes Abkommen einzuordnen wäre. In diesem Fall wären Vorbehalte, die sich in jenen Bereichen bewegen, die in der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit liegen, echte völkerrechtliche Erklärungen des jeweiligen Mitgliedstaats. Sie würden dessen Zuständigkeiten schützen; die EU hätte keine (Mit-)Entscheidungsmöglichkeit, ob der von einem Mitgliedstaat politisch gewünschte Vorbehalt auch tatsächlich in den Vertragstext aufzunehmen ist.

Den Formulierungen des CETA-Vertragstexts liegt die Vorstellung zugrunde, dass die EU alleine für den Abschluss zuständig ist; dementsprechend werden auch die Vorbehalte lediglich als Vorbehalte *der* Europäischen Union behandelt.⁴⁵ Mit der Einordnung von CETA als gemischtem Abkommen ist auch hier eine Neubewertung notwendig. Für das deutsche Außenverfassungsrecht ist dies nicht zuletzt deshalb von Bedeutung, weil es bei einigen der Vorbehalte um den Schutz der Gesetzgebungsprärogativen der Länder geht.

⁴³ ABl. 2017 L 11/592 ff. (Anhang I; dort: S. 722 ff. (allgemein); S. 728 (spezifisch)); ABl. 2017 L 11/867 ff. (Anhang II; dort: S. 920 ff. (allgemein); S. 936 ff. (spezifisch)).

⁴⁴ ABl. 2017 L 11/782 f.

⁴⁵ ABl. 2017/ L 11/593 („Liste der Europäischen Union“); 11/722 („Liste der EU-Vertragspartei“).

D. Die Herausforderung

Die Problematik umfassender Freihandelsabkommen, die weit in die Verhältnisse „hinter der Grenze“ eingreifen, liegt damit auf der Hand. Zu beobachten ist die Entstehung neuer Formen völkerrechtlicher Bindung, die sich im Schnittfeld der Geltungsansprüche von EU und Mitgliedstaaten bewegen. Zu beobachten sind neue Formen der „Steuerung“, die sich deutlich von den Formen politisch-parlamentarischer Regelsetzung unterscheiden. Wenn und soweit ein Freihandelsabkommen internationale Vertragsgremien einsetzt, geht es auch um neue institutionelle (und damit: legitimatorische) Zusammenhänge. Die rechtlichen Grenzen, die der Gestaltungsfreiheit einer dem Ziel und Anliegen der internationalen Zusammenarbeit verpflichteten Politik gezogen sind, bedürfen dringend einer näheren Klärung. Die nachfolgenden Überlegungen zielen darauf ab, hierzu einen Beitrag zu leisten.

§ 2. Kompetenzordnung und demokratische Legitimation

Umfassende Freihandelsabkommen enthalten durchweg Bestimmungen außenwirtschaftsrechtlicher Natur, beschränken sich aber nicht notwendig darauf. Sie enthalten damit durchgängig Regelungen, die in die Zuständigkeit der Europäischen Union fallen. Bekanntlich sind diese Zuständigkeiten durch den Vertrag von Lissabon erheblich ausgeweitet und auf neue Felder erstreckt worden (Art. 207 AEUV in der Fassung des Lissabon-Vertrags). Was die Reichweite der EU-Zuständigkeiten angeht, bestehen trotz des Zeitraums, der seit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags zwischenzeitlich vergangen ist, immer noch *erhebliche Unsicherheiten*. Der Europäische Gerichtshof hat in dem jüngst beendeten Gutachtenverfahren zum Freihandelsabkommen zwischen der EU und Singapur in wesentlichen Fragen Klarheit herbeiführt, zugleich aber neue Fragen aufgeworfen und Probleme geschaffen. Manche Probleme, die sich bei CETA stellen, konnten wegen des anderen Zuschnitts des Abkommens EU-Singapur gar nicht behandelt werden.⁴⁶

Im folgenden soll zunächst begründet werden, dass das Grundgesetz den Gesetzgeber des Zustimmungsgesetzes dazu zwingt, bei einem gemischten Abkommen den Verlauf der Kompetenzabgrenzung zu bestimmen. Der Integrationsverantwortung wird der Gesetzgeber nicht gerecht, wenn er diese Frage schlicht in der Schwebe lässt (nachfolgend A.). Anschließend soll eine (vorläufige) kompetenzielle Einordnung von CETA vorgenommen werden. Dabei muss zunächst dargestellt werden, welche Abkommenstypen es aus verbandskompetenzieller Perspektive überhaupt geben kann (nachfolgend B.). Im Anschluss sollen die Regeln dargestellt werden, nach denen sich bestimmt, welchem Typ ein Abkommen zuzuordnen ist. Konkret ist in diesem Zusammenhang zu klären, ob und inwieweit ein Abkommen in die Zuständigkeit der EU fällt, zudem, ob und wann diese Zuständigkeit dann ausschließlicher Natur ist. Andernfalls sind die Mitgliedstaaten zuständig (nachfolgend C.). Im letzten Abschnitt dieses Paragraphen sollen dann die Bestimmungen von CETA konkret untersucht werden (nachfolgend D.).

A. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Zuständigkeitsabgrenzung vor Abschluss des Abkommens

Die langjährige Praxis von EU und Mitgliedstaaten, gemischte Abkommen abzuschließen, ohne den Verlauf der Kompetenzgrenzen zu bestimmen und aufzudecken, wer für welche Abkommensteile einzustehen hat, ist mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbaren. Der Zustimmungsgesetzgeber löst seine *Integrationsverantwortung* nur dann ein, wenn er im Vorfeld der Entscheidung über die Zustimmung klärt, welche Teile des Abkommens er überhaupt verantworten will. Diese Klärung kann, so die nachfolgend zu begründende These, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht einfach offenbleiben. Sie kann auch nicht der nachfolgenden Klärung seitens des EuGH ad hoc überantwortet bleiben.

⁴⁶ Die Stellungnahme der Generalanwältin ist am 21.12.2016 ergangen, die Entscheidung des EuGH am 16.5.2017.

I. Komplementäre Zuständigkeiten von EuGH und mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten

Die Überwachung der jeweiligen Zuständigkeitsgrenzen auch bei Abschluss völkerrechtlicher Abkommen mit Dritten ist eine Aufgabe, die vom EuGH und den hierfür berufenen staatlichen Gerichten nur im kooperativen Zusammenwirken erfolgen kann. Der EuGH ist dazu berufen, die Kompetenzgrenzen der EU zu bestimmen; er kann aber nicht (abschließend) darüber befinden, ob ein Abkommen auch Kompetenzen der Mitgliedstaaten berührt.

Es ist eine Selbstverständlichkeit festzustellen, dass sich die Abschlusskompetenz der EU – auch bei einem gemischten Abkommen – nur auf jene Gegenstände beziehen kann, die von ihrer Verbandskompetenz umfasst werden.⁴⁷ Ebenfalls steht außer Frage, dass der EuGH zur Kontrolle und Durchsetzung der Pflicht zur Beachtung der Kompetenzgrenzen berufen ist (Art. 19 EUV). In seinem Gutachten 2/94 hat er diesbezüglich festgestellt:

„Nach Artikel 3b des Vertrages wird die Gemeinschaft innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig; sie verfügt demnach nur über begrenzte Ermächtigungen. Dieser Grundsatz der begrenzten Ermächtigung gilt sowohl für internes als auch für völkerrechtliches Gemeinschaftshandeln.“⁴⁸

Die grundsätzliche Anerkennung der Bindung an Kompetenzgrenzen bedeutet nicht, dass die EU-Organe nicht versuchten, die Kompetenzgrenzen der EU im Rahmen des juristisch irgendwie Möglichen auszudehnen. Die Mahnung der Vertragsgeber ist in Erklärung Nr. 24 der Schlussakte der Regierungskonferenz zum Vertrag von Lissabon verhallt.⁴⁹ EU-Kommission und EuGH begreifen sich auch auf diesem Feld als „Motoren der Integration“.

Außer Frage steht auch, dass sich die Zuständigkeit des EuGH zwar auf die Kompetenzausstattung der EU bezieht, er aber keine Befugnis zur Entscheidung darüber hat, welche Befugnisse die Mitgliedstaaten haben. Der EuGH kann daher auf gemischte Abkommen immer nur aus einer Seite schauen – und er kann nicht darüber entscheiden, wie die mitgliedstaatlichen (Verfassungs-)Gerichte das staatliche Zustimmungsgesetz zu einem gemischten Vertrag deuten. Die Gerichte beider Ebenen müssen es darauf anlegen, bei der Interpretation einheitliche Ergebnisse zu erzielen. In der Vergangenheit

⁴⁷ Vgl. etwa EuGH, Gutachten 1/03, Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Abschluss des neuen Übereinkommens von Lugano Über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Rn. 124; EuGH, Gutachten 2/13, Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechtskonvention, Rdnr. 164 f.; aus dem Schrifttum: Lenaerts/Gerard, E.L.Rev. 29 (2004), 289, 319.

⁴⁸ EuGH, Gutachten 2/94, EMRK-Beitritt, EU:C:1996:140, Rn. 23 f.

⁴⁹ „Die Konferenz bestätigt, dass der Umstand, dass die Europäische Union Rechtspersönlichkeit hat, die Union keinesfalls ermächtigt, über die ihr von den Mitgliedstaaten in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten hinaus gesetzgeberisch tätig zu sein oder über diese Zuständigkeiten hinaus zu handeln.“

gelang dies deshalb ohne Probleme, weil die mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte (unter Einschluss des Bundesverfassungsgerichts) die Rechtsprechung des EuGH zu den Außenkompetenzen der EU immer akzeptiert haben. Die mitgliedstaatlichen Vertragsgeber haben sie im Lissabon-Vertrag dann auch kodifiziert. Gegenüber Entscheidungen, in denen der EuGH selbst *ultra-vires* handelt, wäre ein derartiger Gleichmut aber unstatthaft. Die Entscheidung zum Freihandelsabkommen EU-Singapur bietet hierfür ein mögliches Beispiel.⁵⁰

II. Wahrnehmung der Integrationsverantwortung setzt Wissen um die Zuständigkeiten voraus

Das Europaverfassungsrecht des GG - und das in seinem Zentrum stehende „Recht auf Demokratie“ - hat sich seit der Maastricht-Entscheidung zu einem Rechtskorpus entwickelt, mit dem sich im Integrationsprozess grundlegende Grundsätze von demokratisch verantworteter „good governance“ durchsetzen lassen.⁵¹ Nur schwer verständlich ist, warum zu diesen Grundsätzen von „good governance“ nicht auch die klare, vorausschauende und vorsorgende Festlegung gehört, wer beim Abschluss eines gemischten Abkommens wofür zuständig ist. Denn diese Unklarheit schlägt auf das weitere Abschlussverfahren durch. Der Deutsche Bundestag wird im Verfahren nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG bzw. Art. 59 Abs. 2 GG mit einem Vertragswerk konfrontiert werden, das in der Schwebe lässt, wie die einzelnen Teilbestandteile kompetenziell einzustufen sind. Selbst wenn sich der Gesetzgeber des Zustimmungsgesetzes darum bemühen würde, hier eine Einordnung vorzunehmen (in der bisherigen Praxis war dies nicht immer der Fall), wäre eine derartige einseitige Einschätzung ohne Rechtswirkungen für die EU-Organe. Wird ein Vertragsschlussverfahren, das unter Verschleierung und Verwischung der Zuständigkeitsabgrenzungen betrieben wird und in ein Zustimmungsgesetz mündet, dessen Rechtsgehalt unklar ist, den Vorgaben aus Art. 23 Abs. 1 S. 1, Art. 20 Abs. 2 GG gerecht? Wenn die Rede von der „Integrationsverantwortung“ ernst zu nehmen ist, besteht für das BVerfG Anlass, mehr auf vorausschauende Kompetenzklarheit zu achten, als später im Rahmen einer „ultra-vires“-Kontrolle *ex post factum* den nie wirklich frei agierenden „Ausputzer“ zu spielen.

Das zwiespältige Bild, das die EU gegenwärtig abgibt, hat viele Ursachen. Eine gewiss nicht geringe Rolle spielt der Eindruck, dass vertragliche Zuständigkeitsregelungen von den EU-Institutionen mehr als politisch verhandelbare Wunschvorstellung denn als hartes Recht begriffen werden. Die schleichende Tätigkeitsausweitung („competence creep“) ist weder durch die Bemühungen um eine Auflistung der EU-Kompetenzen in

⁵⁰ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur.

⁵¹ In dem CETA-Urteil vom 13.10.2016 thematisiert das BVerfG etwa die Rückbindung und Steuerung des „Gemischten Ausschusses“, der zu einer begrenzten Weiterentwicklung des Vertragswerks befugt ist. In der Tat weist der CETA-E hier eine korrekturbedürftige Schwäche auf: Er legt nicht fest, dass in dem Ausschuss Vertreter der Mitgliedstaaten mitzuwirken haben. Ebenso wenig ist gesichert, dass jedem Mitgliedstaat ein bestimmender Einfluss zusteht, wenn sich Entscheidungen des Ausschusses in Bereichen bewegen, die in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen (Rat und Mitgliedstaaten haben erklärt, dass die Steuerung des Ausschusses „einvernehmlich“ erfolgen soll (Erklärung des Rates und der Mitgliedstaaten zu den Beschlüssen des Gemischten CETA-Ausschusses, Ratsdok. 13463/1/16 REV 1)).

Art. 2 ff. AEUV noch durch die Weiterentwicklung des Subsidiaritätsmechanismus aufgehalten worden. Kompetenzausweitungen waren nicht nur im Zuge der Bewältigung der Finanzkrise zu beobachten. Sie sind auch in der Außen(wirtschafts)politik zu beobachten. Die EU-Kommission hat sich in dem inzwischen abgeschlossenen Gutachtenverfahren zum Freihandelsabkommen EU-Singapur⁵² mit überaus zweifelhaften Argumenten darum bemüht, eine alleinige und ausschließliche Kompetenz der EU für ein Abkommen zu begründen, das offensichtlich mitgliedstaatliche Zuständigkeiten berührt. Auch das CETA-Abkommen wäre von der Kommission als „EU-only“-Abkommen behandelt worden, wenn es nicht in das Aufmerksamkeitsfeld von Wissenschaft und Zivilgesellschaft geraten wäre.

Den Mitgliedern des BVerfG sind diese Entwicklungen seit langem bewusst. Das Gericht betont seit der Maastricht-Entscheidung, dass die Einhaltung der Kompetenzgrenzen zu den unverhandelbaren Bedingungen der Mitgliedschaft Deutschlands in der EU gehört. Grundrechte und Art. 38 GG gewähren subjektive Ansprüche darauf, keinen strukturelevanten Maßnahmen der EU unterworfen zu werden, die in evidenter Weise *ultra vires* ergangen sind. Die Durchsetzung dieser Grundsätze erweist sich für das Gericht als schwierig, weil der Evidenzmaßstab in das EU-Recht zurückverweist und dort auf Unbestimmtheiten stößt,⁵³ zudem, weil eine Unanwendbarkeitserklärung einen integrationspolitisch schwerwiegenden Konflikt mit dem EuGH auslösen würde. Die Drohung mit einer nachträglichen Sanktionierung von EU-Akten wird – spieltheoretisch gesprochen – immer ein Glaubwürdigkeitsproblem aufweisen.

Umso mehr ist es zu bedauern, dass das Gericht sich in dem Urteil vom 13.10.2016 nicht darum bemüht, die politischen Akteure zu einer eindeutigen *Ex-ante-Festlegung* zu zwingen, welche Teile des CETA-E von wem politisch verantwortet werden. Eine an der Rechtsprechung des EuGH orientierte politische Verständigung darüber, wo der Verlauf der Kompetenzgrenzen ist, würde späteren „competence creep“ eindämmen. Das CETA-Verhandlungs- und Abschlussverfahren wurde und wird offenkundig in dem Wunsch betrieben, die politische Uneinigkeit über den genauen Verlauf der Kompetenzabgrenzung zu überspielen. Die Beteiligten betonen zwar in immer neuen Wendungen, dass das Abkommen die Kompetenzabgrenzung nicht verändere. Auch in den die Unterzeichnung begleitenden Beschlüssen wird dies gebetsmühlenartig wiederholt.⁵⁴ Die Entscheidung über den genauen Verlauf der Kompetenzgrenzen wird aber in die Zukunft geschoben. Die EU-Kommission hat in diesem Sinne auch ganz offen erklärt, dass ihre Entscheidung, CETA als gemischtes Abkommen einzuordnen, unter Vorbehalt stehe und vom Ausgang des EuGH-Gutachtenverfahrens abhängig sei. EU und Mitgliedstaaten schließen ein Abkommen, ohne dass klar ist, wer wofür zuständig ist. Das mag politisch bequem, auf Seiten der EU auch klug sein. Den Anforderungen des Europaverfassungsrechts des GG - insbesondere hinsichtlich der Wahrnehmung der Integrationsverantwortung – sollte dies aber nicht genügen können.

⁵² Hierzu Klamert, Die Kompetenzverteilung im Fokus: High Noon in Singapur, EuZW 2016, 561 mwN.

⁵³ Nettessheim, Kompetenzdenken als Legitimationsdenken. Zur Ultra-vires-Kontrolle im rechtspluralistischen Umfeld, JZ 2015, 585.

⁵⁴ Beschluss des Rates der EU vom 28.10.2016, 13463/16, Anlage 1, S. 9 f.

III. Verfassungskonformität des Zustimmungsgesetzes setzt Klarstellung der Zuständigkeiten voraus

Aus grundgesetzlicher Perspektive ist daher zu verlangen, dass das Zustimmungsgesetz zu einem gemischten Vertrag zu erkennen gibt, welche Bestandteile des Abkommens in die (ausschließliche oder geteilte) Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen. Auch wenn der zustimmende Mitgliedstaat nach außen (z.B. im völkerrechtlichen Raum) die Einstandsverantwortlichkeit für das Gesamtabkommen übernimmt, besteht die Durchführungsverantwortung nur für den in seinen Kompetenzbereich fallenden Bereich. Die am Gesetzgebungsprozess beteiligten Mandats- und Amtsträger müssen eine politisch begründete Entscheidung treffen, ob die Bundesrepublik Deutschland die in den mitgliedstaatlichen Kompetenzbereich fallenden Verpflichtungen eingehen soll. Gerade angesichts der Schwierigkeiten, den genauen Verlauf der Kompetenzgrenzen zwischen der EU und den Mitgliedstaaten abzustecken, sollte schon in der Begründung des Entwurfs des Zustimmungsgesetzes (Art. 76 Abs. 1 GG) eine entsprechende Klarstellung erfolgen.

Die Beurteilung des Verlaufs der Kompetenzgrenzen in einem gemischten Abkommen sollte zweckmäßigerweise in einem Prozess der Abstimmung von EU-Kommission und mitgliedstaatlichen Regierungen erfolgen. Es ist offenkundig, dass das Ergebnis dieser Abstimmung nicht den EuGH binden kann (Art. 19 EUV); ebenso wenig ist in Deutschland das Bundesverfassungsgericht an die Einschätzung der Regierung oder die Beurteilung seitens des Gesetzgebers gebunden. Bei handgreiflichen Unsicherheiten können die EU-Kommission und ein Mitgliedstaat ein Gutachten des EuGH über die Vereinbarkeit einer geplanten Übereinkunft mit dem EU-Recht (und damit auch über den Verlauf der Kompetenzgrenzen) einholen. Auf der Grundlage von Art. 38 GG kann sich jede Bürgerin und jeder Bürger gegen Ultra-vires-Akte der EU-Kommission wenden und so vor dem Bundesverfassungsgericht eine Überprüfung der Kompetenzbeurteilung herbeiführen. Diese Klärungsmöglichkeiten ergänzen die Pflicht zu einer Einordnung des Abkommens, ersetzen sie aber nicht.

IV. Fazit: Kompetenzklarheit als verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an das CETA-Zustimmungsgesetz

Wenn die Integrationsverantwortung den Gesetzgeber des Zustimmungsgesetzes dazu zwingt, sich über den Verlauf der Kompetenzgrenzen klar zu werden, muss in dem Zustimmungsgesetz dargelegt werden, welche Bestandteile in den Bereich der ausschließlichen oder geteilten Zuständigkeiten der Bundesrepublik Deutschland fallen.

Eine derartige Festlegung ist bislang nicht erfolgt. Weiterhin handelt es sich bei CETA um ein Abkommen „ohne Trennungsklausel“. Die nachfolgende Untersuchung wird den Versuch unternehmen, hier eine gewisse Klarheit zu schaffen (und dabei auch auf Streitfelder eingehen). Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Analyse wird sie das Hauptaugenmerk auf die Behandlung von Abkommen „ohne Trennungsklausel“ werfen.

B. Abkommenstypen im Schnittfeld von EU- und mitgliedstaatlichen Kompetenzen

Für die Einordnung von CETA ist es sinnvoll, sich in Erinnerung zu rufen, dass sich sechs Abkommenstypen unterscheiden lassen, die von der EU alleine, von den Mitgliedstaaten alleine oder von den Organen beider Ebenen zusammen abgeschlossen werden können. Die nachfolgende Betrachtung macht deutlich, dass sich hier weiterhin offene Fragen des EU-Rechts stellen.

1. Fallgruppe: Abkommen, die sich vollumfänglich im Bereich *ausschließlicher Kompetenzen* der EU bewegen. Sie werden allein durch die EU abgeschlossen („*EU-only*“-*Abkommen*), entfalten nach Art. 216 Abs. 2 AEUV Bindungswirkung nicht nur für die EU, sondern auch für die Mitgliedstaaten und nehmen am Vorrang des EU-Rechts teil.

2. Fallgruppe: Abkommen, die Regelungsgehalte aufweisen, die sich im Bereich *ausschließlicher Kompetenzen der EU* bewegen, und andere Regelungsgehalte, die sich im Bereich *ausschließlicher Kompetenzen der Mitgliedstaaten* bewegen. Hierzu zählen, um einige Beispiele zu nennen, etwa Abkommen, die zugleich den Beitritt der EU und der Mitgliedstaaten zu einer Internationalen Organisation vorsehen. Der Beitritt ist eine Entscheidung, die ausschließlich die jeweils beteiligten Rechtsträger (EU und Mitgliedstaaten) je für sich beschließen können.⁵⁵ Zu nennen sind auch Abkommen, die sich inhaltlich gleichzeitig auf EU-Zuständigkeiten und auf ausschließliche Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten erstrecken. Man denke an ein Abkommen, das Handelsregelungen, aber auch eine Kooperation in Militärfragen vorsieht. Einschlägig sind schließlich auch Abkommen, die sich zwar thematisch ganz oder vorrangig im Bereich der EU-Zuständigkeiten bewegen, aber zugleich Pflichten der Mitgliedstaaten begründen, deren Übernahme in der Sphäre ausschließlicher mitgliedstaatlicher Zuständigkeit liegt. Zu denken ist etwa an ein internationales Handelsabkommen, das eine Finanzierung durch die Mitgliedstaaten vorsieht.⁵⁶ In diesen Fällen muss das Abkommen als gemischtes Abkommen von der EU und den Mitgliedstaaten abgeschlossen werden (*obligatorisch gemischtes Abkommen*).⁵⁷

3. Fallgruppe: Abkommen, deren Regelungsgehalte sich teilweise im Bereich ausschließlicher Kompetenz der EU und teilweise im Bereich geteilter Zuständigkeiten von EU und Mitgliedstaaten bewegen. Zu denken ist etwa an ein Handelsabkommen, das auch Regelungen über den Binnenmarkt enthält. Die EU-Kommission und wichtige Stimmen in der Europarechtswissenschaft gehen davon aus, dass derartige Abkommen grundsätzlich alleine von der EU abgeschlossen werden können. Diejenigen Teile eines Abkommens, die sich im Bereich geteilter Zuständigkeit bewegen, können, müssen aber nicht in Form eines gemischten Abkommens gebilligt werden.⁵⁸ Denn die EU hat die Abschlusskompetenz auch für die Bereiche, in denen ihre Handlungsbefugnisse nach der vertraglichen Zuständigkeitsordnung mit jenen der Mitgliedstaaten „geteilt“ sind. Es kann in diesen Bereichen politische Gründe dafür geben, das Abkommen als gemischtes

⁵⁵ Beispiel: Mitgliedschaft in der European Bank for Reconstruction and Development.

⁵⁶ EuGH, Gutachten 1/78, Rohstoffabkommen (Natural Rubber).

⁵⁷ Zur Rechtsnatur gemischter Abkommen: Kadelbach, in: v. Arnould (Hrsg.), Europäische Außenbeziehungen, EnzEuR Bd. 10, § 4 Rn. 58.

⁵⁸ GA Wahl, Schlussanträge vom 8. September 2016, Gutachten 3/15, Rdnr. 119.

Abkommen abzuschließen.⁵⁹ Man spricht in diesen Fällen von einem *fakultativ gemischten Abkommen*. Der Abschluss eines Abkommens als gemischtes Abkommen kann die politische Folge- und Akzeptanzbereitschaft der Mitgliedstaaten (über Art. 216 Abs. 2 AEUV hinaus) steigern. Die Verpflichtung aus dem Abkommen kann die Mitgliedstaaten auch daran hindern, von ihrer Handlungsbefugnis in Bereichen Gebrauch zu machen, in denen ein EU-Abkommen keine Sperrwirkung entfaltet (z.B. Art. 191 Abs. 4 UAbs. 2 AEUV⁶⁰ etc.).

In dem Gutachten des EuGH zum Singapur-FTA⁶¹ findet die Unterscheidung zwischen fakultativ gemischten Abkommen und zwingend gemischten Abkommen allerdings keinen Niederschlag - obgleich die Gutachtenfrage eine Beschäftigung mit dieser Frage nahegelegt hat. Der EuGH scheint vielmehr davon auszugehen, dass Abkommen, die Bestandteile aufweisen, die in den Bereich geteilter Kompetenzen fallen, von der EU und den Mitgliedstaaten als „gemischtes Abkommen“ abgeschlossen werden *müssen*.⁶² Auffällig ist, dass der EuGH als geteilte Zuständigkeit nicht nur Bereiche ansieht, in denen dies im Vertrag vorgesehen ist.⁶³ Als geteilte Zuständigkeit soll auch die Entscheidung der Mitgliedstaaten anzusehen sein, sich im Bereich der Portfolio-Investitionen einer internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen (Art. 9.16 CETA).⁶⁴ Bei richtiger Einordnung muss diese Entscheidung als ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten angesehen werden; sie fällt nicht in einen der nach Art. 4 AEUV benannten Bereiche. Das EuGH-Gutachten weist insofern auf zwei Ebenen Unklarheiten und Schwächen auf. Erstens erscheint die konkrete Einordnung mancher Materien als fragwürdig; der EuGH beschäftigt sich an keiner Stelle des Gutachtens mit der Frage, ob nicht einzelne Teile von CETA in die ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten fallen. Zweitens legt er nicht dar, warum ein Abkommen, das neben Teilen, die in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen, auch Teile enthält, die dem Bereich der „geteilten Zuständigkeiten“ unterfallen, nicht alleine von der EU geschlossen werden kann.

⁵⁹ Vgl. Europäische Kommission, Vademecum on the External Action of the European Union, SEC(2011)881 (<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2011/EN/2-2011-881-EN-1-0.Pdf>): „This being said, in the case of international agreements concerning areas listed in Article 4(2) TFEU, only the Union is entitled to conclude such agreements if the EU has acquired exclusive external competence, in particular by having adopted common rules internally in the circumstances described in Article 3(2) TFEU. It is indeed important to note that the fact that the subject matter of an agreement falls within an area which, pursuant to Article 4(2) TFEU, is shared between the Union and the Member States does not necessarily mean that the agreement to be concluded must be a mixed agreement.“

⁶⁰ Vgl. aber EuGH, Urt. v. 6.12.2001, Gutachten 2/00, Protokoll von Cartagena, Rdnr. 45: mitgliedstaatlicher Kompetenzverlust, wenn ihr Vertragsschluss internes Gemeinschaftsrecht beeinträchtigen oder in der Tragweite verändern könnte (vgl. auch Erklärung Nr. 10 zum Maastricht-Vertrag).

⁶¹ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur.

⁶² EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, z.B. Rdnr. 244, 292 f.

⁶³ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 244: geteilte Zuständigkeit für die Regelung von Portfolio-Investitionen (Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 lit. a) AEUV (Binnenmarkt)).

⁶⁴ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 292 f.

Die vorstehenden Überlegungen legen es nahe, auch weiterhin zwischen Konstellationen, in denen ein gemischtes Abkommen geschlossen werden muss (obligatorisch gemischtes Abkommen), und Konstellationen, in denen es nur aus politischen Gründen zum Abschluss eines solchen Abkommen kommt (fakultativ gemischtes Abkommen), zu unterscheiden – auch wenn sich dies im EuGH-Gutachten zum Abkommen mit Singapur nicht niederschlägt.

4. Fallgruppe: Abkommen, die sich vollumfänglich im Bereich geteilter Zuständigkeiten bewegen. Für diese Abkommen gilt das vorstehend unter 3. Gesagte entsprechend. Die EU-Kommission und wichtige Stimmen in der Wissenschaft gehen davon aus, dass die EU ein derartiges Abkommen als „EU-only“-Abkommen abschließen kann, aber nicht muss. Sie kann es aus politischen Gründen für sinnvoll erachten, ein fakultativ gemischtes Abkommen abzuschließen. Auf die vorstehend beschriebenen Unsicherheiten, die das EuGH-Gutachten 2/15 in die Diskussion gebracht hat, sei verwiesen.

5. Fallgruppe: Abkommen, deren Regelungsgegenstand teilweise im Bereich geteilter Zuständigkeiten von EU und Mitgliedstaaten, teilweise aber auch im ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten bewegt. Wenn sich die EU an dem Abkommen beteiligen will oder beteiligen muss, weil die Bestimmungen andernfalls ihrem Recht zuwiderlaufen würden, ist ein Abschluss als *gemischtes Abkommen obligatorisch*.

6. Fallgruppe: Abkommen, deren Regelungsbereich sich vollumfänglich im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten bewegt. In diesem Fall liegt ein „*Member State-only*“-Abkommen vor. Eine Beteiligung der EU ist ausgeschlossen.

Eine ausschließliche Zuständigkeit der EU für den Abschluss eines Abkommens ist schon dann nicht gegeben, wenn eine einzige Bestimmung nicht unter die diesbezüglichen Kompetenzbestimmungen fällt. *Generalanwältin Kokott* hat dies mit einer inzwischen berühmt gewordenen Analogie beschrieben.⁶⁵ Die Argumentations- und Begründungslast dafür, dass die EU die Befugnis zum Abschluss eines Abkommens und aller darin enthaltenen Bestimmungen hat, liegt bei den EU-Organen.⁶⁶

In der Frage, inwieweit die *politische Entscheidung* der EU-Organe, ein (fakultatives) gemischtes Abkommen abzuschließen zu wollen, gerichtlich überprüfbar ist, besteht wenig Klarheit. *Generalanwalt Wahl* vertritt die Auffassung, dass die Entscheidung der EU-Organe, ein Abkommen als fakultatives gemischtes Abkommen zu behandeln, grundsätzlich justiziabel sei, allerdings dabei nur eine begrenzte Überprüfung in Be-

⁶⁵ „Schon einzelne Teilaspekte eines Abkommens, für die der Gemeinschaft intern die Zuständigkeit fehlt, ‚infizieren‘ das Abkommen als Ganzes und machen es insgesamt von der einvernehmlichen Zustimmung der Mitgliedstaaten abhängig.“ Ebenso, „wie ein kleiner Tropfen Pastis ein Glas Wasser trüben kann“, könnten auch einzelne „noch so untergeordnete“ Bestimmungen in einem internationalen Vertragswerk den Zwang zum Abschluss eines gemischten Abkommens auslösen. Schlussanträge von Generalanwältin Kokott, Rs. C-13/07, Kommission/Rat, Rn. 121.

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 4.9.2014, Rs. C-114/12, Kommission/Rat, Rn. 74 f.

tracht komme.⁶⁷ Das überzeugt allerdings nicht. Wenn es im freien politischen Belieben des Rates liegt, ob er dem Abschluss eines Abkommens überhaupt zustimmt, muss er auch die freie Entscheidung darüber haben, ob er das Abkommen nur dann abzuschließen bereit ist, wenn sich die Mitgliedstaaten beteiligen. Dieses Verlangen kann allerdings nur dann Bestand haben, wenn das Abkommen Bestandteile aufweist, die in die geteilte Zuständigkeit von EU und Mitgliedstaaten fallen. Das Bestehen darauf, ein Abkommen als gemischtes Abkommen abzuschließen, dessen Bestandteile sich vollumfänglich im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten der EU bewegen, wäre unzulässig, ist dann aber auch ohne Einschränkung der Prüfungsdichte zu verwerfen.

C. Zuständigkeiten der EU

Für die Einordnung umfassender Freihandelsabkommen wie CETA ist jedenfalls eine überblicksartige Beschäftigung mit der Kompetenzordnung der EU erforderlich. Zuständigkeiten, die der EU nicht ausschließlich, als geteilte oder als unterstützende Zuständigkeit zugewiesen sind, liegen bei den Mitgliedstaaten. Die EU ist nach dem Grundsatz der begrenzten Ermächtigung nur dort handlungsbefugt, wo ihr die Verträge ausdrücklich oder doch jedenfalls implizit eine Befugnis zugewiesen haben.

Die Entscheidung, auf welche unionale Rechtsgrundlage ein Abkommen zu stützen ist, hat nach der Rechtsprechung des EuGH „verfassungsrechtliche Bedeutung“.⁶⁸ Danach bestimmt sich nicht nur, welche Verfahrensvorschriften zur Anwendung kommen, sondern auch, inwieweit die Mitgliedstaaten noch zum Handeln befugt sind.⁶⁹ Die EU-Gerichtsbarkeit geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Wahl der Rechtsgrundlage eines Rechtsakts der EU – einschließlich eines Rechtsakts, der im Hinblick auf den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags erlassen wird – nicht im subjektiven Belieben der handelnden Organe liegt, sondern sich auf „objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände“ stützen muss. Entscheidend sind danach das Ziel und der Inhalt des Rechtsakts. Die EU-Gerichtsbarkeit hat allerdings nie klare Regeln dafür entwickelt, wie sich diese Parameter bestimmen lassen, vor allem aber, wie eine Gewichtung vorzunehmen ist. Der Umstand, dass die Handelsabkommen der EU immer auch andere Ziele verfolgen (dürfen) (Art. 207 AEUV iVm. Art. 21 EUV)⁷⁰, lässt den EU-Organen einen weiten – und von der EU-Gerichtsbarkeit kaum kontrollierten – Spielraum, Behauptungen zu dem relativen Gewicht von Zielen und Inhalten aufzustellen.⁷¹ Das Gut-

⁶⁷ GA Wahl, Schlussanträge vom 8. September 2016, Gutachten 3/15, Vertrag von Marrakesh, Rdnr. 120.

⁶⁸ EuGH, Urt. vom 6. Dezember 2001, Gutachten 2/00, Protokoll von Cartagena, Rn. 5.

⁶⁹ EuGH, Urt. vom 1. Oktober 2009, Rs. C-370/07, Kommission/Rat, Rn. 49.

⁷⁰ Diese Befugnis bestand im übrigen auch schon vor dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags. Siehe etwa EuGH, Urt. vom 4. Oktober 1979, Gutachten 1/78, Rn. 41 und 46) (wirtschaftliche Entwicklung); EuGH, Urteil vom 29. März 1990, Rs. C-62/88, Griechenland/Rat, Rn. 15 bis 19 (Umweltschutz); EuGH, Urt. vom 17. Oktober 1995, Rs. C-70/94, Werner, Rn. 9 bis 12 (Außenpolitik).

⁷¹ Vgl. De Baere, G., Van den Sanden, T., *Interinstitutional Gravity and Pirates of the Parliament on Stranger Tides: the Continued Constitutional Significance of the Choice of Legal Basis in Post-Lisbon External Action*, *E.C.L. Review*, 12(1), 2016, S. 85.

achtenverfahren 3/15 bietet für die geringe Rationalität des Vorgehens ein schönes Beispiel.⁷²

Dogmatisch gehen die EU-Organe davon aus, dass bei Rechtsakten, die mehrere Ziele verfolgen oder inhaltlich in unterschiedliche Kompetenzen fallen, zu differenzieren ist. Lässt sich darlegen, dass ein Ziel oder eine Sachregelung wesentliche oder überwiegende Bedeutung hat, so kann der Rechtsakt allein auf die Grundlage gestützt werden, die für die Verfolgung des wesentlichen Ziels oder der wesensbestimmenden Regelung einschlägig ist. Ergibt die Prüfung demgegenüber, dass der Normgeber mit dem Rechtsakt gleichzeitig mehrere Zielsetzungen verfolgt oder verschiedene Sachregelungen schaffen will, die untrennbar miteinander verbunden sind, ohne dass die eine gegenüber der anderen nur zweitrangig und mittelbar ist, so muss der Rechtsakt kumulativ auf die jeweils einschlägigen Rechtsgrundlagen gestützt werden.⁷³

Der Versuch, ein Abkommen abzuschließen, dessen Bestandteile nicht vollumfassend von den EU-Kompetenzen abgestützt werden, wäre im übrigen unionsrechtlich unzulässig. Auch verfassungsrechtlich wäre dies nicht hinnehmbar. Dies gilt es zu betonen, weil einzelne EU-Institutionen sich in der Vergangenheit dahingehend geäußert haben, dass die EU ein Abkommen auch dann schließen könne, wenn zwar einzelne Bestimmungen („Nebenaspekten“) nicht von ihren Kompetenzen getragen werden, gleichwohl aber ein hinreichender Bezug („Annex“) zu den anderen Bestimmungen des Abkommens bestünde.⁷⁴ Dieses eigenwillige Verständnis des Prinzips der begrenzten Ermächtigung, das auf eine schrittweise Aushöhlung hinausläuft, hat vor Art. 5 EUV keinen Bestand. Um einen „ultra-vires“-Akt, der ein verfassungsgerichtliches Einschreiten erzwingen würde, handelte es sich auch.

I. Explizite Außenbefugnisse der EU nach Art. 207 AEUV

1. Grundlagen

Vertragliche Regelungen zur Ermöglichung und Ordnung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs stehen seit Gründung der EWG im Zentrum der gemeinschaftlichen Handelspolitik. Der EuGH geht dabei in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass das Kompetenzverständnis sich im Laufe der Zeit wandeln könne. Im Gutachten 1/94 ist vom „offenen Charakter“ der Handelspolitik die Rede;⁷⁵ in anderen Entscheidungen betont der Gerichtshof, dass die Bestimmung jedenfalls nicht „restriktiv“ interpretiert

⁷² In diesem Verfahren ging es um die Frage, auf welche Kompetenzgrundlage das Abkommen von Marrakesh zu stützen ist. Das Abkommen sieht vor, Menschen mit Behinderung den Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken und Kopien zu erleichtern, u.a. auch durch Liberalisierung des Handels.

⁷³ EuGH, Urt. vom 14. Juni 2016, Rs. C-263/14, Parlament/Rat, Rn. 43 und 44; EuGH, Urt. vom 6. Dezember 2001, Gutachten 2/00, Rn. 22 und 23.

⁷⁴ Vgl. EuGH, Urt. vom 15. November 1994, Gutachten 1/94, WTO, Rn. 66 bis 68; EuGH, Urteil vom 3. Dezember 1996, Rs. C-268/94, Portugal/Rat, Rn. 75 bis 77.

⁷⁵ Vgl. EuGH, Urt. vom 15. November 1994, Gutachten 1/94, WTO, Rn. 41.

werden dürfe.⁷⁶ Zur Verhinderung einer Versteinerung der unionalen Handelspolitik müssten die jeweils herrschenden Vorstellungen der internationalen Handelspolitik darüber nachgezeichnet werden, welche Gegenstände zu einer effektiven Handlungspolitik gehören.⁷⁷ Der EuGH hat sein Verständnis von der Breite und Tiefe unionaler Kompetenzen im handelspolitischen Bereich beständig fortgeschrieben – auch wenn es gelegentlich Entscheidungen gab, die sich der Annahme entgegenstellten, dass jede Regelung, die Teil eines internationalen (Frei-)Handelsabkommens bildet, schon deshalb auch von der handelspolitischen Kompetenz abgedeckt sei. Hinter dem Streit um Worte⁷⁸ verbergen sich ernste und für die Entwicklung der Integration wesentliche Weichenstellungen, namentlich, inwieweit die gemeinsame Handlungspolitik nach Art. 207 AEUV ein Feld sein soll, auf dem sich die EU-Organe dadurch Befugnisse beschaffen können, dass sie darlegen, dass sich bestimmte Inhalte zum typischen Gehalt eines multilateralen oder bilateralen Abkommens entwickelt haben.⁷⁹

a) Dynamisches Verständnis von Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV

Der EuGH hat immer betont, dass die Kompetenzzuweisungen des Art. 207 AEUV (bzw. der Vorgängerbestimmungen) nicht im Lichte des Verständnisses interpretiert werden dürfen, das die internationalen Wirtschaftsbeziehungen im Jahr 1957 geprägt hat. Zeitweilig sprach er von der Notwendigkeit einer „dynamischen Interpretation“. In der Tat entspricht es allgemeinen Funktionsgrundsätzen und Interpretationsmaximen des Unionsrechts, die Bestimmungen im Lichte der Gegebenheiten und Herausforderungen der jeweiligen Zeit zu verstehen. Man würde das Prinzip der begrenzten Ermächtigung (Art. 5 EUV) allerdings aufgeben, wenn Art. 207 AEUV als Bestimmung begriffen würde, die im Rechtssinn eine dynamische Verweisung auf die Entwicklungen der internationalen Wirtschaftsbeziehungen enthielte. Die Bedeutung der Vertragsbestimmungen darf nicht allein oder wesentlich davon abhängen, wie die EU-Organe und ihre Vertragspartner eine bestimmte Herausforderung begreifen und welche Schritte sie ergreifen *wollen*. Art. 207 Abs. 6 AEUV bringt dies zum Ausdruck.

Die EU-Organe, insbesondere jene der EU-Gerichtsbarkeit, stützen sich mit Vorliebe auf eine Auslegungstechnik des Art. 207 AEUV, wonach sich der Sinngehalt von Art. 207 AEUV danach bestimmt, was bereits im internationalen Raum realisiert worden ist oder realisiert werden soll. Damit wird die Begrenzungswirkung von Kompetenzen überspielt.⁸⁰ Die EU-Kommission scheint inzwischen – unter Rückgriff auf Art. 21 Abs. 2 EUV, verschiedene Querschnittsklauseln (z.B. Art. 9 und Art. 11 AEUV) und den Versuch einer Einordnung von Art. 207 AEUV als „dynamischer Kompetenz“ – die

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-70/94, Werner, Rn. 9; EuGH, Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-83/94, Leifer, Rn. 9.

⁷⁷ EuGH, Gutachten 1/78, Naturkautschuk, Rdnr. 44; EuGH, Rs. 45/86, APS I, Rdnr. 19. Zu diesem Aspekt vgl. auch EuGH, Urt. vom 17.10.1995, Rs. C-70/94, Werner Rdnr. 9 ff., und Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache C-178/03, Kommission/Parlament und Rat, Rdnr. 32.

⁷⁸ Z.B. der Bezeichnung von Art. 207 AEUV als „dynamischer Bestimmung“.

⁷⁹ In den Schlussanträgen von GA Sharpston ist dies deutlich zu beobachten.

⁸⁰ Deutlich in diese Richtung: GA Sharpston, Schlussanträge Gutachten 2/15, Rdnr. 74 ff. (die Mehrheitsentscheidung des Rats soll eine ausschließliche Kompetenz begründen können).

Position zu vertreten, dass Art. 207 AEUV eine Generalbefugnis sei, die auch umfassende und tief in die mitgliedstaatliche Ordnung hineinstrahlende Freihandelsabkommen trage, die sich nicht allein auf Gegenstände des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs beschränken.⁸¹ In dem Gutachtenverfahren „Singapur“ hat sie die Auffassung vertreten, dass sich die auf Art. 207 AEUV gestützten Abkommen auf alle Gegenstände beziehen könnten, die sich auf den grenzüberschreitenden Handelsverkehr „in irgendeiner Weise“ auswirken. Damit würde Art. 207 AEUV in unzulässiger Weise entgrenzt.⁸² Der EuGH ist dem, wie sogleich zu zeigen sein wird, nur teilweise entgegengetreten.

Die in Art. 207 AEUV angelegte Zuständigkeit ist ausschließlich. Das Unionsrecht hindert die Mitgliedstaaten daran, in diesem Bereich internationale Verpflichtungen einzugehen.

b) Gemeinsame Handelspolitik und Regelungsfelder „hinter der Grenze“: Die Suche nach Maßstäben

Die Bedenken, die sich integrationspolitisch gegen den Ansatz des EuGH formulieren lassen, liegen auf der Hand: Die Reichweite der EU-Kompetenzen nach Art. 207 AEUV richtet sich nicht nach dem Willen des Vertragsgebers, sondern nach den politischen Gegebenheiten in internationalen Verhandlungsräumen. Auch wenn man im Grundsatz bereit ist, dem EuGH in der Annahme zu folgen, dass der Kompetenzgehalt von Art. 207 AEUV den Vorstellungen der internationalen Staatenwelt darüber folgt, was den Gegenstand internationaler Handelsabkommen bilden soll, bleiben doch offene Fragen.

Soll Art. 207 AEUV wirklich jede Bestimmung eines Handelsabkommens tragen, die den Vertrieb und Absatz eines eingeführten Produkts *in irgendeiner Weise* zum Gegenstand hat? Art. 207 AEUV wäre dann als umfassende Regulierungskompetenz zu verstehen, deren Gebrauch allein davon abhängt, dass die EU-Organe einen Vertragspartner finden. Bekanntlich bestand zeitweilig die Möglichkeit, dass sich die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) auf der Basis der „Dassonville“- bzw. „Cassis“-Rechtsprechung zu einer derartigen allgemeinen Regulierungskompetenz (des EuGH) entwickeln würde. Der Gerichtshof hat dort durch die „Keck“-Entscheidung eine Kehrtwende durchgeführt. Im handelspolitischen Bereich ist demgegenüber bislang offen, wie einer übermäßigen Ausdehnung der Außenhandelszuständigkeiten zu begegnen ist. Sicher ist jedenfalls, dass die Bestimmung überdehnt würde, wenn man sie als Kompetenz begreift, im Rahmen internationaler Handelsabkommen allgemeine Regulierungspolitik zu betreiben.

Der EuGH hat jüngst formuliert, dass ein völkerrechtlicher Vertrag nicht schon deshalb unter Art. 207 AEUV falle, „weil er bestimmte Auswirkungen auf den internationalen

⁸¹ Besonders der Umgang mit den Querschnittsklauseln stimmt nachdenklich: Der Vertragsgeber will damit sicherstellen, dass eine im Rahmen einer bestimmten Kompetenz verfolgte Politik teleologisch ausgerichtet wird. Die EU-Kommission will die Klauseln dagegen als Bestimmungen begreifen,

⁸² Die Position widerspricht auch der Auffassung des EuGH (EuGH, Urt. v. 22.10.2103, Rs. C-137/12, Kommission / Rat, Rn. 57. Vgl. EuGH, Urt. v. 6.12.2001, Gutachten 2/00, Protokoll von Cartagena, Rn. 40.

Handelsverkehr“ habe. Art. 207 AEUV finde aber Anwendung, wenn ein Vertrag „speziell den internationalen Warenaustausch betrifft, weil er im Wesentlichen den Handelsverkehr fördern, erleichtern oder regeln soll und sich direkt und sofort auf ihn auswirkt“.⁸³ Auch im Singapur-Gutachten findet sich diese Formulierung wieder:

„Insoweit ist nach ständiger Rechtsprechung ein Rechtsakt der Union, wie ein von dieser geschlossenes Abkommen, nicht schon deshalb zu der Kategorie von Rechtsakten, die unter die gemeinsame Handelspolitik fallen, zu zählen, weil er bestimmte Auswirkungen auf den Handelsverkehr mit einem oder mehreren Drittstaaten haben kann. Dagegen ist ein Rechtsakt der Union Teil der gemeinsamen Handelspolitik, wenn er speziell diesen Handelsverkehr betrifft, weil er ihn im Wesentlichen fördern, erleichtern oder regeln soll und sich direkt und sofort auf ihn auswirkt.“⁸⁴

Während Maßnahmen „an der Grenze“, z.B. Einfuhrverbote,⁸⁵ danach immer unter Art. 207 AEUV fallen, können Bestimmungen, die den Vertrieb und Absatz eines Produkts betreffen, nur dann auf Art. 207 AEUV gestützt werden, wenn sie sich „direkt“ und „sofort“ auf den Handelsverkehr auswirken. Andernfalls ist eine andere Kompetenzbestimmung zu wählen.

c) Testfrage: Erfordernis der „speziellen“ Regelung des Handelsverkehrs – Regelungswirkungen eines bilateralen Abkommens müssen einen spezifischen Effekt aufweisen

Der vom EuGH verwandte Maßstab, wonach der EU-Handelspolitik i.S.d. Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV ein vertraglicher Steuerungsakt nur dann zugerechnet werden kann, wenn „er speziell diesen Handelsverkehr betrifft, weil er ihn im Wesentlichen fördern, erleichtern oder regeln soll und sich direkt und sofort auf ihn auswirkt“⁸⁶, wird vom EuGH in der Entscheidung im Gutachtenverfahren 2/15 in großzügiger, ja beinahe beliebiger Weise angewandt. Es wird im folgenden zu zeigen sein, dass der EuGH selbst staatlichen Regelungen, die die Bewirtschaftungsbedingungen natürlicher Ressourcen zum Gegenstand haben, noch diese Eignung zuschreibt. Natürlich hängt alles irgendwie

⁸³ EuGH, Urt. v. 18.7.2013, Rs. C-414/11, Daiichi Sankyo und Sanofi-Aventis Deutschland, Rn. 51 f., unter Berufung auf EuGH, Urt. vom 6.12.2001, Gutachten 2/00, Rdnr. 40; EuGH, Urt. v. 12.5.2005, Rs. C-347/03, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia und ERSA, Rn. 75 und EuGH, Urt. v. 8.9.2009, Rs. C-411/06, Kommission/EP und Rat, Rn. 71.

⁸⁴ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 36 unter Verweis auf: EuGH, Urt. vom 18. Juli 2013, Rs. C-414/11, Daiichi Sankyo und Sanofi-Aventis Deutschland, Rn. 51; EuGH, Urt. vom 22. Oktober 2013, Rs. C-137/12, Kommission/Rat, Rn. 57; EuGH, Urt. vom 14. Februar 2017, Gutachten 3/15, Vertrag von Marrakesch über den Zugang zu veröffentlichten Werken, Rn. 61.

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 29.3.1990, Rs. C-62/88, Griechenland/Rat – Tschernobyl, Rn. 16; EuGH, Urt. v. 11.10.1973, Rs. 37–38/73, De Belder, Rn. 16; EuGH, Urt. v. 12.7.1973, Rs. 8/73, Hauptzollamt Bremerhaven/Massey-Ferguson, Rn. 4; EuGH, Urt. v. 15.12.1976, Rs. 41/76, Donckerwolcke/Procureur de la République, Rn. 32; EuGH, Urt. v. 18.2.1986, Rs. 174/84, Bulk Oil/Su International, Rn. 31; EuGH, Urt. v. 11.11.1975, Gutachten 1/75, OECD-Gutachten, Rdn. 16; EuGH, Urt. v. 4.10.1979, Gutachten 1/78, Internationales Naturkautschuk-Übereinkommen, Rn. 45.

⁸⁶ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 36.

mit allem zusammen, und insofern kann auch immer eine „direkte Auswirkung“ postuliert werden. Argumentativ unterläuft der EuGH aber seinen eigenen Ansatz.

Wenn es richtig ist, dass sich Maßnahmen der Handelspolitik in „spezieller Weise“ mit dem Handelsverkehr befassen müssen, erscheint eine einfache Testfrage zur Eingrenzung des damit bezeichneten Bereichs möglich: Eine Regelung, Festlegung oder Bestimmung, die sich in einem bilateralen Abkommen findet, kann nur dann als Maßnahme der gemeinsamen Handelspolitik angesehen werden, wenn sie sich spezifisch auf den Fluss der Handelsströme zwischen den beiden Vertragsparteien auswirkt. Eine Regelung, Festlegung oder Bestimmung, die eine allgemeine Harmonisierung der Verhältnisse in dem Vertragsstaat bewirkt, ist danach keine handelspolitische Regelung, sondern eben – im Wortsinne – eine Harmonisierungsmaßnahme. In anderen Worten: Bilaterale Handelspolitik soll den Warenfluss zwischen den Vertragsparteien ermöglichen und erleichtern; sie soll keine allgemeinen Festlegungen treffen, die die Vertragspartner in ihrer Stellung zu Dritten bindet. Eine vertragliche Regelung, die eine Differenzierung in den Beziehungen zwischen verschiedenen Handelspartnern nicht (mehr) zulässt, ist danach keine „spezifisch“ handelspolitische Maßnahme.

Mit diesem Test lässt sich eine definitive und randscharfe Abgrenzung des Regelungsbereichs, der über Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV für die handelspolitische Steuerung der Verhältnisse hinter der Grenze erschlossen wird, nicht alleine vornehmen. Er dient aber als „prima-facie“-Kriterium, mit dem sich potentielle Grenzüberschreitungen thematisieren und einer genaueren Prüfung unterziehen lassen.

2. *Warenverkehr*

Die Europäische Union verfügt im Bereich der „Handelspolitik“ über eine ausschließliche Vertragsschlussbefugnis (Art. 207 iVm. Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV). Der EuGH hat sich schon früh die Annahme zu eigen gemacht, dass sich die handelspolitische Kompetenz der EU auch auf Bestimmungen internationaler Handelsabkommen erstreckt, die die Regelung der Verhältnisse „hinter der Grenze“ zum Gegenstand haben. So geht er etwa davon aus, dass das SPS und das TBT Teil der unionalen Handelspolitik bildeten, obgleich es hier um die Liberalisierung von allgemeinen Produktzulassungsstandards geht. Der AEUV gibt allerdings in systematischer Hinsicht zu erkennen, dass er nicht alle mitgliedstaatlichen Regelungen, die sich irgendwie auf den grenzüberschreitenden Warenfluss auswirken können, unter den Begriff der Handelspolitik fallen lassen will. Offenkundig wirkt sich wettbewerbswidriges Verhalten auch auf den grenzüberschreitenden Handel aus – und doch ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV, dass die Wettbewerbspolitik gerade nicht Teil der Handelspolitik sein soll. Die gelegentlich zu lesende Feststellung, Art. 207 AEUV sei die spiegelbildliche Gegenseite der Binnenmarktkompetenz nach Art. 114 AEUV,⁸⁷ ist angesichts des Umstandes, dass sich beide Felder nicht decken, so nicht zutreffend.

⁸⁷ So etwa GA Wahl, Schlussanträge vom 8. September 2016, Gutachten 3/15, Rdnr. 71: „Letztlich ist die gemeinsame Handelspolitik im Wesentlichen die Außendimension des Binnenmarkts und der Zollunion.“

Der Vertrag definiert nicht abschließend, welche Regelungsgegenstände dem Bereich der „Handelspolitik“ zugewiesen sind, benennt aber exemplarisch einige Felder, die jedenfalls („insbesondere“) der handelspolitischen Zuständigkeit der EU zuzurechnen sein sollen. Diese Felder sind im Zuge der Vertragsänderungsrunden kontinuierlich ausgeweitet worden. Lässt sich die Bestimmung eines Freihandelsabkommens einem dieser Felder zurechnen, kommt es nicht darauf an, welche weitergehenden Ziele und Zwecke die Verhandlungspartner damit verfolgen. Insbesondere bedarf es keiner Darlegung, dass die Regelung eine spezifische Beeinflussung der handelspolitischen Ströme *bezweckt*.⁸⁸ Art. 207 AEUV liegt eine Präferenz für die sog. „instrumentale Sichtweise“ zugrunde, wonach sich auf Art. 207 EUV jede – einem der genannten Felder zuzurechnende - vertragliche Bestimmung stützen lässt, deren Bezugspunkt und Gegenstand die Regelung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs mit Drittstaaten ist. Die Kompetenz erstreckt sich dabei nicht nur auf das Recht zum Abschluss von verpflichtenden Vereinbarungen, sondern auch auf die rechtliche Koordination unterhalb der Schwelle formeller Pflichten.⁸⁹

Nicht zur gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 207 AEUV gehören Zollfragen. Art. 3 Abs. 1 AEUV differenziert zwischen der gemeinsamen Handelspolitik (lit. e)) und der Zollunion (lit. a)). Die Außenkompetenz ergibt sich hier nach Art. 216 Abs. 1 AEUV.

3. Dienstleistungsverkehr

Die handelspolitische Kompetenz der EU erstreckt sich auch auf den Handelsverkehr mit Dienstleistungen. Im ursprünglichen EWGV war dies so noch nicht geregelt. Der EuGH ging deshalb im Gutachten 1/94 zum WTO-Beitritt davon aus, dass nur Teilaspekte des Dienstleistungshandels mit Drittstaaten von der handelspolitischen Kompetenz erfasst werden. Die Vertragsgeber von Nizza und Lissabon haben die diesbezügliche Kompetenz schrittweise⁹⁰ ausgeweitet, allerdings mit prozeduralen Einschränkungen (Art. 207 Abs. 4 AEUV). Besonderheiten gelten weiterhin für den Verkehrssektor (Art. 207 Abs. 5 AEUV); hier finden die Vorschriften der Art. 90-100 AEUV und Art. 218 AEUV Anwendung.

a) Potentielle Reichweite der Auswirkungen der Dienstleistungsliberalisierung auf die Verhältnisse „hinter der Grenze“

Auch im Dienstleistungsbereich stellt sich die Frage, wie weit ein auf Art. 207 Abs. 1 AEUV gestütztes Abkommen in den Bereich der innergemeinschaftlichen bzw. mitgliedstaatlichen Regulierung der jeweiligen Dienstleistung hineinreichen kann.

Der Dienstleistungsbereich weist hier Besonderheiten auf, die so im Bereich des Warenverkehrs nicht bestehen. Die handelspolitische Liberalisierung im Dienstleistungsbe-

⁸⁸ EuGH, Urt. vom 9. März 2006, Rs. C-371/03, Aulinger, und EuGH, Urt. vom 15. November 1994, Gutachten 1/94, WTO, Rn. 51.

⁸⁹ EuGH, Urt. vom 28. Juli 2016, Rs. C-660/13, Rat/Kommission, Rdnr. 40.

⁹⁰ Vgl. Art. 133 Abs. 1, Abs. 6 EGV-Nizza: geteilte Zuständigkeit für bestimmte Typen.

reich beschränkt sich regelmäßig nicht nur auf den Modus grenzüberschreitender Dienstleistungserbringung, der dadurch gekennzeichnet ist, dass sich Erbringer und Empfänger in unterschiedlichen Staaten befinden (GATS Modus 1: „cross border supply“; „grenzüberschreitende Erbringung“). Jedenfalls das GATS erstreckt sich – bei entsprechendem Zugeständnis - auch auf Fälle, in denen sich der Empfänger in das Land des Dienstleistungserbringers begibt (GATS Modus 2: „consumption abroad“; „Auslandserbringung“). Zudem kennt das GATS den Erbringungsmodus der „commercial presence“: In diesem Fall errichtet der Dienstleistungserbringer im Zielstaat eine Niederlassung (GATS Modus 3; „gewerbliche Niederlassung“). Schließlich erfasst das GATS auch Fälle, in denen sich der Dienstleistungserbringer natürlicher Personen bedient, um im Zielstaat seine Dienstleistungen zu erbringen (GATS Modus 4: „presence of natural persons“; „Niederlassung natürlicher Personen“).

Allerdings begründet das GATS für diese Bereiche keine vertragliche Liberalisierungspflicht. Es typisiert nur jene Erbringungsweisen, die zum Gegenstand eines spezifischen Zugeständnisses eines Vertragsstaats gemacht werden können. Auch wenn es gelegentlich anders suggeriert wird: Das GATS stellt einen Verhandlungsrahmen dar, innerhalb dessen seine Mitgliedstaaten über Schritte der Liberalisierung in den vier Erbringungsformen verhandeln können. Es kann nicht als Beleg dafür angeführt werden, dass sich die multilaterale Liberalisierung des Dienstleistungshandels bereits *notwendig* auf alle vier Modi erstreckt.

b) Die umfassende Auslegung des Dienstleistungsbegriffs in Art. 207 Abs. 1 AEUV

Dieser Umstand muss betont werden, weil Art. 207 Abs. 1 AEUV nicht ausdrücklich thematisiert, welche Regelungsgegenstände „Zoll- und Handelsabkommen, die den Handel mit ... Dienstleistungen“ betreffen, aufweisen können. In seinem Gutachten 1/94 ging der EuGH davon aus, dass sich die damalige handelspolitische Kompetenz der EG zwar auf den Erbringungsmodus 1 erstrecke, nicht aber auf die Regelung der Auslandserbringung oder auf die Liberalisierung des Niederlassungsrechts der Dienstleistungserbringer oder der von diesen eingesetzten natürlichen Personen.⁹¹ Im Gutachten 1/08 erstreckte der Gerichtshof die Zuständigkeit der EU dann auch auf die Modi 2 und 4, ohne allerdings dazu Stellung zu nehmen, ob damit alle Schritte der Liberalisierung und Regulierung der Niederlassung von Dienstleistungserbringern und deren Beschäftigten unter Art. 207 Abs. 1 AEUV fallen sollten. Generalanwältin Sharpston vertrat im Gutachtenverfahren 2/15 die Auffassung, dass etwaige Begrenzungen der handelspolitischen Zuständigkeit der EU im Dienstleistungssektor mit dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags entfallen seien.⁹² Zur Begründung verweist sie darauf, dass „the distinction between trade in goods and in services has now been removed“.

Der Umstand, dass in Art. 207 AEUV der Waren- und der Dienstleistungshandel sprachlich gleich gestellt werden, zwingt allerdings keinesfalls zu dem Schluss, dass die EU nunmehr umfassend zuständig ist, die ganz andersartigen Gegebenheiten im Dienst-

⁹¹ EuGH, Urt. vom 15.11.1994, Gutachten 1/94, WTO, Rdnr. 44.

⁹² GA Sharpston, Schlussanträge vom 21.12.2016, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 197.

leistungssektor ausschließlich regeln zu können. Würde sich die ausschließliche Zuständigkeit der EU auf alle Modi der Dienstleistungserbringung erstrecken, verbliebe den Mitgliedstaaten keine Möglichkeit, völkerrechtliche Verpflichtungen einzugehen, die die Niederlassung von Dienstleistungserbringern (Modus 3) sowie den Aufenthaltsstatus von Empfängern (Modus 2) bzw. des Personals von Dienstleistungserbringern (Modus 4) zum Gegenstand haben. Die interne Regelungszuständigkeit bliebe allerdings grundsätzlich erhalten: Ausschließliche Außenkompetenzen treffen häufig mit geteilten Binnenzuständigkeiten zusammen. Auch wer Art. 207 AEUV extensiv interpretiert, verlangt daher nicht, dass sich der staatliche Regelungsgeber ganz zurückzieht.

aa) Das expansive Verständnis des EuGH

Der EuGH geht in seinem Gutachten 2/15 ebenfalls von einem enorm weiten Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Vertragskompetenz im Dienstleistungssektor aus. Er betont zunächst, dass

„alle vier Erbringungsarten im Sinne der Klassifizierung, die von der WTO verwendet wird, unter die gemeinsame Handelspolitik (fallen), nämlich die Erbringung einer Dienstleistung aus dem Gebiet eines Mitglieds der WTO in das Gebiet eines anderen Mitglieds (Erbringungsart 1), die Erbringung einer Dienstleistung im Gebiet eines Mitglieds an den Dienstleistungsnutzer eines anderen Mitglieds (Erbringungsart 2), die Erbringung einer Dienstleistung durch einen Dienstleistenden eines Mitglieds mittels kommerzieller Präsenz im Gebiet eines anderen Mitglieds (Erbringungsart 3) und die Erbringung einer Dienstleistung durch einen Dienstleistenden eines Mitglieds mittels Präsenz natürlicher Personen eines Mitglieds im Gebiet eines anderen Mitglieds (Erbringungsart 4), (Gutachten 1/08 [Abkommen zur Änderung der Listen spezifischer Verpflichtungen nach dem GATS] vom 30. November 2009, EU:C:2009:739, Rn. 4, 118 und 119). Diese Auslegung, die der Gerichtshof im Rahmen der Prüfung der Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Abschluss der in Art. 133 EG genannten Abkommen vorgenommen hat und die sich daher auf den darin enthaltenen Begriff des Handels mit Dienstleistungen bezog, ist auf den gleichlautenden Begriff in Art. 207 Abs. 1 AEUV übertragbar.“⁹³

Er betont dann nochmals ganz konkret, dass die EU auch zum Abschluss von Handelsverträgen befugt sein soll, die sich auf die Modi 3 und 4 erstrecken:

„Somit ist nicht zwischen den Bestimmungen von Kapitel 8 des geplanten Abkommens, in denen es um die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen (Dienstleistungen der „Erbringungsart 1“ und der „Erbringungsart 2“ im Sinne der von der WTO verwendeten Klassifizierung der Arten von Dienstleistungserbringung) geht, und denjenigen dieses Kapitels zu unterscheiden, die sich auf die Erbringung von Dienstleistungen mittels Niederlassung (Dienstleistun-

⁹³ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 54.

gen der „Erbringungsart 3“) oder mittels Präsenz natürlicher Personen (Dienstleistungen der „Erbringungsart 4“) beziehen.“⁹⁴

In der Subsumption beansprucht der EuGH, sämtliche Bestimmungen des Dienstleistungskapitels unter Art. 207 Abs. 1 AEUV fassen zu können:

„Die in diesem Kapitel vorgesehenen Verpflichtungen in Bezug auf den Marktzugang können sich auch direkt und sofort auf den Dienstleistungshandel zwischen der Union und der Republik Singapur auswirken. Wie die Generalanwältin in den Nrn. 204 und 205 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, gilt dies entgegen der Auffassung einiger Mitgliedstaaten, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, für sämtliche Artikel dieses Kapitels einschließlich derjenigen über Finanzdienstleistungen und über die gegenseitige Anerkennung beruflicher Qualifikationen.“⁹⁵

Angesichts des Umstandes, dass die Beschreibung der Rechtswirkungen des Kapitels durch den EuGH hochgradig vage bleibt,⁹⁶ bleibt allerdings letztlich unklar, ob die EU über Art. 207 Abs. 1 AEUV den Zugriff auf *alle Aspekte* der Modi 3 und 4 hat. Auch hier gilt, dass sich die EU-Handelspolitik zu einer allgemeinen Regulierungspolitik wandeln würde, wenn Abkommen nach Art. 207 Abs. 1 AEUV umfassend die Erbringung von Dienstleistungen durch Niederlassung regeln könnte. Empfiehlt sich ein Verständnis des Art. 207 Abs. 1 AEUV, wonach es Gegenstand der „Handelspolitik“ ist, die Niederlassung eines Dienstleistungserbringers bis in die letzten Einzelheiten zu regeln? Oder geht es hier nicht eher um Fragen der Harmonisierung im Binnenmarkt? Der EuGH schweigt.

bb) Umfassende Freihandelsabkommen gehen regelmäßig über den Bereich „spezifischer Handelsbeschränkungen“ hinaus

Umfassende Freihandelsabkommen weisen regelmäßig weit in den Bereich der Regulierung der Verhältnisse hinter der Grenze hinein. Dies gilt auch für CETA. Insbesondere Art. 9.3. hat die allgemeine Stellung des Dienstleistungserbringers zum Gegenstand. Allerdings geht es hier nur um die Bekämpfung von Diskriminierungen. Es hat sich allerdings eingebürgert, dies zum Gestand der handelspolitischen Kompetenz zu zählen.

⁹⁴ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 55.

⁹⁵ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 53.

⁹⁶ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 52: „Daraus ergibt sich, dass mit Kapitel 8 des geplanten Abkommens im Wesentlichen der jeweilige Markt einer Vertragspartei für die Dienstleistenden der anderen Vertragspartei bis zu einem gewissen Grad geöffnet werden soll.“

cc) Konkreter Konfliktbereich: Anerkennung beruflicher Qualifikationen

In der Annahme, die EU könnte über Art. 207 Abs. 1 AEUV eine umfassende Anerkennung beruflicher Qualifikationen versprechen, zeichnet sich ein Konflikt mit dem Bundesverfassungsgericht ab. In seinem Gutachten 2/15 geht der EuGH unproblematisch davon aus, dass auch dieser Zugriff noch von Art. 207 Abs. 1 AEUV abgedeckt werde; das Bundesverfassungsgericht sieht dies in der Entscheidung vom 13.10.2016 bekanntlich anders.

d) Ausnahme: Verkehrsbereich

Anerkannt hat der EuGH im Gutachten 2/15, dass auch der Lissabon-Vertrag den Verkehrsbereich nicht uneingeschränkt in den Anwendungsbereich von Art. 207 Abs. 1 AEUV gezogen hat. Er geht davon aus, dass im Verkehrsbereich nach Art. 90 ff. AEUV eine geteilte Kompetenz zwischen den Mitgliedstaaten und der EU besteht; diese kann dann nach Art. 3 Abs. 2 AEUV zu einer ausschließlichen Kompetenz werden.⁹⁷ In dem genannten Gutachten geht der EuGH allerdings von einem engen Begriff der unter Art. 90 ff. AEUV fallenden Verkehrspolitik aus, die sich nur auf die Dienstleistung der Beförderung von Personen oder Waren von einem Ort zum anderen erstreckt.⁹⁸ Andere Leistungen, die nur einen mittelbaren Bezug aufweisen, wie etwa die „Luftfahrzeugreparatur- und -wartungsdienstleistungen, bei denen ein Luftfahrzeug vom Betrieb ausgesetzt wird“, der „Verkauf und [die] Vermarktung von Luftverkehrsdienstleistungen“ und die „Dienstleistungen computergesteuerter Buchungssysteme“ fallen danach unter Art. 207 AEUV.

Angesichts der Regelungsbreite und -tiefe, die das sekundärrechtliche Verkehrsdienstleistungsliberalisierungs- und –regulierungsrecht inzwischen erlangt hat, geht der EuGH davon aus, dass auch die verkehrspolitischen Regelungen im Freihandelsabkommen der EU mit Singapur heute über Art. 3 Abs. 2 AEUV einer ausschließlichen Zuständigkeit der EU unterfielen.⁹⁹

4. Investitionen

Nach Art. 207 Abs. 1 AEUV verfügt die EU seit dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags über die ausschließliche Außenkompetenz im Bereich der „ausländischen Di-

⁹⁷ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 58-59.

⁹⁸ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 62; vgl. auch Rdnr. 61, wo der EuGH feststellt, dass „der Begriff der Dienstleistungen „im Bereich des Verkehrs“ nicht nur die Verkehrsdienstleistungen als solche umfasst, sondern auch andere Dienstleistungen, wenn sie naturgemäß mit einer körperlichen Handlung der Beförderung von Personen oder Waren von einem Ort zum anderen mittels eines Verkehrsmittels verbunden sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Oktober 2015, Grupo Itevelesa u. a., C-168/14, EU:C:2015:685, Rn. 45 und 46).“

⁹⁹ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 168-217.

rektionen“. Der Begriff wird im Vertrag nicht definiert. Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass sich nicht jede Investition von Kapital in einem Unternehmen des Zielstaats als „Direktinvestitionen“ darstellt. Die Richtlinie 88/361/EWG, die vom EuGH weiterhin für die Interpretation der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 AEUV herangezogen wird, definiert den Begriff der Direktinvestition wie folgt:

„Investitionen jeder Art durch natürliche Personen, Handels-, Industrie- oder Finanzunternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen denjenigen, die die Mittel bereitstellen, und den Unternehmen oder Unternehmen, für die die Mittel zum Zwecke einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt sind. Der Begriff der Direktinvestitionen ist also im weitesten Sinne gemeint.“

a) Begrenzung auf Direktinvestitionen

Kennzeichnend für die Direktinvestition ist, dass der Investor über Möglichkeiten einer längerfristigen und direkten Einflussnahme auf die unternehmerischen Entscheidungen des Zielunternehmens verfügt. Generalanwältin Sharpston versuchte in ihren Schlussanträgen, einem weiteren Begriffsverständnis das Wort zu reden. Sie schlug eine Lesart vor, wonach

„the term ‘foreign direct investment’ in Article 207(1) TFEU to mean investments made by natural or legal persons of a third State in the European Union and investments made by EU natural or legal persons in a third State which serve to establish or maintain lasting and direct links, in the form of effective participation in the company’s management and control, between the person providing the investment and the company to which that investment is made available in order to carry out an economic activity.“¹⁰⁰

Tragfähige Gründe, warum der Begriff der Direktinvestition in Art. 207 Abs. 1 AEUV anders und weiter zu verstehen sein soll als nach Art. 63 AEUV, sind nicht ersichtlich. Dem allgemeinen Sprachverständnis läuft es zuwider, jede Kapitalanlage und damit auch „Portfolioinvestition“ als internationalen „Handel“ zu bezeichnen, der über Art. 207 AEUV zum Gegenstand einer einheitlichen Politik gemacht werden soll. Die Erstreckung der in Art. 207 Abs. 1 AEUV begründeten Kompetenz auf Portfolioinvestitionen würde im übrigen auch deutlich über den Bereich hinausgehen, der in internationalen Handelsverträgen geregelt wird.¹⁰¹

Zu Recht ist der EuGH der Generalanwältin nicht gefolgt und beschränkt Art. 207 Abs. 1 AEUV auf Direktinvestitionen:

„Die Union verfügt daher nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. e AEUV über die ausschließliche Zuständigkeit für die Genehmigung jeder Verpflichtung gegenüber einem Drittstaat, die sich auf Investitionen natürlicher oder juristischer Personen dieses Drittstaats in der Union und umgekehrt bezieht, die die Möglichkeit bie-

¹⁰⁰ GA Sharpston, Schlussanträge vom 21.12.2016, Gutachtenverfahren 2/15, Rdnr. 322.

¹⁰¹ Zu denken ist an das TRIMS-Abkommen im WTO-Kontext.

tet, sich tatsächlich an der Verwaltung oder Kontrolle einer Gesellschaft zu beteiligen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.“¹⁰²

b) Reichweite der Regelungszuständigkeit hinsichtlich der Verhältnisse hinter der Grenze

Ungeklärt ist damit insbesondere, wie weit die EU auf der Grundlage ihrer außenhandelsrechtlichen Kompetenz auf den Marktzugang von Investoren und die Investitionsbedingungen Einfluss nehmen kann. Man ist sich allgemein einig, dass es der EU möglich sein muss, Regelungen über den Marktzugang des Investors zu treffen. Demgegenüber ist umstritten, inwieweit die EU über Art. 207 AEUV die Rahmenbedingungen unternehmerischer Tätigkeit des Investors *umfassend* festlegen kann.

aa) Investitionsschutz

Umstritten ist zunächst die Frage, ob der Schutz des Investors vor Beeinträchtigungen durch den Zielstaat noch Gegenstand der Handelspolitik im Sinne des Art. 207 AEUV sein kann. Regelungen über den Schutz von Investitionen lassen sich allerdings nicht treffen, wenn nicht zugleich auch Aussagen über das einzuhaltende Schutzniveau getroffen werden. Insofern handelt es sich bei den vorstehend beschriebenen Fallgruppen um zwei Seiten einer Medaille. Der Frage, wie weit die Befugnis der EU reicht, auf der Basis von Art. 207 AEUV Investitionsschutz betreiben zu können, lässt sich nur dadurch beantworten, dass zunächst geklärt wird, wie weit die Regelungskompetenz der EU reicht.

Der EuGH hat im Gutachten 2/15 postuliert, dass die Errichtung einer Schiedsgerichtsbarkeit zur Sicherung von Direktinvestitionen unter Art. 207 Abs. 1 AEUV falle.¹⁰³ Der EuGH meint, diesbezüglich einen „spezifischen Bezug“ zum Handelsverkehr mit Investitionen zu sehen, auch wenn untersuchte Freihandelsabkommen gerade keinen Anspruch auf Marktzugang begründeten.

Danach können auch Regelungen des Investitionsschutzes jedenfalls nur insoweit unter Art. 207 AEUV fallen, als sie dem Schutz vor mitgliedstaatlichen Beeinträchtigungen dienen, die durch Regelungen ausgelöst werden, die in unmittelbarem und direktem Zusammenhang mit der Investition stehen. Sieht ein Abkommen demgegenüber Investitionsschutz auch gegen staatliche Maßnahmen vor, die nicht einen derartigen sachlichen Konnex aufweisen, kann dieser Schutz nicht allein auf Art. 207 AEUV gestützt werden.

bb) Sonstige Anforderungen an Marktzugang und Betätigungsumfeld

Die in Art. 207 AEUV enthaltene Kompetenz, Investoren Zugang zu einem Markt zu ermöglichen, wäre wenig wert, wenn es die Mitgliedstaaten in der Hand hätten, die Rahmenbedingungen für die Operation einer einmal getätigten Investition so nachteilig

¹⁰² EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 82.

¹⁰³ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 87-96.

auszugestalten, dass sie sich nicht lohnt. Art. 207 AEUV muss sich daher grundsätzlich auch darauf erstrecken, Vorkehrungen zu treffen, dass das Interesse an einer einmal getätigten Investition nicht frustriert wird („post-establishment“). Dem lässt sich Art. 345 AEUV nicht entgegenhalten: Die Bestimmung ermöglicht es den Mitgliedstaaten, ihre Eigentumsordnung auszugestalten, ist aber kein Titel, auf Eigentumstitel, die unter dem Schutz des Unionsrechts begründet wurden, frei zugreifen zu können.¹⁰⁴

Die Frage, ob die EU unter Art. 207 AEUV ein umfassendes Zugriffsrecht hat, ist damit aber noch nicht beantwortet. Herausforderungen werfen etwa Regelungen eines Freihandelsabkommens auf, die bestimmen, welche umwelt- oder sozialpolitischen Anforderungen dem Investor entgegengehalten werden dürfen. Wenn man hier keine Grenzen vorsieht, könnte die EU über Art. 207 AEUV letztlich die gesamte Rechtsordnung eines Mitgliedstaats steuern. Man wird sich kaum eine mitgliedstaatliche Regelung vorstellen können, die nicht irgendwelche Rückwirkungen auf die Investitionsentscheidung eines Investors haben kann, vom Steuerrecht über das Umweltrecht, das Sozialversicherungsrecht bis zum Baurecht. Selbst die Bildungspolitik könnte für einen Investor, der Kinder hat, von Relevanz sein.

Im Ausgangspunkt besteht auf abstrakter Ebene Einigkeit darüber, dass sich die handelspolitische Kompetenz der EU aus Art. 207 AEUV nicht auf jeden Sachbereich des mitgliedstaatlichen Rechts bezieht, der irgendwie mittelbar für die Investitionsentscheidung relevant ist. Es sei in Erinnerung gerufen, dass der EuGH die Reichweite von Art. 207 AEUV im Waren- und Dienstleistungsbereich beschränkt. Die Kompetenz erstreckt sich auf einen Regelungsbereich danach nur, wenn er

„speziell den internationalen Warenaustausch betrifft, weil er im Wesentlichen den Handelsverkehr fördern, erleichtern oder regeln soll und sich direkt und sofort auf ihn auswirkt.“¹⁰⁵

Man wird diese Formel *ceteri paribus* auch auf die Regelung und den Schutz der Rahmenbedingungen einer Investition übertragen können.¹⁰⁶ Internationale Freihandelsabkommen fallen also nur insoweit unter Art. 207 AEUV, als ihre Bestimmungen das unmittelbare und direkte unternehmerische Umfeld einer Investition zum Gegenstand haben. Das setzt eine Prüfung der konkreten Bestimmungen eines Freihandelsabkommens voraus.

¹⁰⁴ EuGH, Urt. vom 22.10.2013, Rs. C-105/12 bis C-107/12, Essent, Rdnr. 36 mwN. Vgl. auch EuGH, Urt. vom 4.6.2002, Rs. C-367/98, Kommission/Portugal, Rdnr. 48.

¹⁰⁵ EuGH, Urt. vom 18.7.2013, Rs. C-414/11, Daiichi Sankyo und Sanofi-Aventis Deutschland, Rdnr. 51. Der EuGH verweist dort auf EuGH, Urt. vom 6. 12. 2001, Gutachten 2/00, Protokoll von Cartagena, Rdnr. 40; EuGH, Urt. vom 12.5.2005, Rs. C-347/03, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia und ERSA, Rdnr. 75; EuGH, Urt. vom 8.9.2009, Rs. C-411/06, Kommission/Parlament und Rat, Rdnr. 71.

¹⁰⁶ So auch GA Sharpston, Schlussanträge vom 21.12.2016, Gutachtenverfahren 2/15, Rdnr. 328.

cc) CETA erstreckt sich über die Regelung spezifischer Beeinträchtigungen des Investitionsvorgangs hinaus

In der konkreten Handhabung des Art. 207 AEUV geraten diese Grundsätze dann aber in Vergessenheit. Wenn der EuGH konsequent wäre, müsste er etwa eingestehen, dass sich die Regelungen des Investitionskapitels von CETA über den Bereich der spezifischen Handelsbeschränkungen hinaus auf alle mitgliedstaatlichen Regelungen erstrecken, die den Niederlassungsvorgang betreffen. Art. 8.9. und Art. 8.10. sind insofern eindeutig Regelungen, die die allgemeine Stellung der Investoren im Aufnahmestaat zum Gegenstand haben. Interessanterweise verzichtet der EuGH bei der Interpretation der Grundfreiheiten des Art. 49 AEUV längst darauf, ihnen allgemeine Beschränkungsverbote zu entnehmen, die jede Aspekte der Niederlassung hinter der Grenze zum Gegenstand haben. Die handelspolitische Kompetenz nach Art. 207 Abs. 1 AEUV soll die Vereinbarung derartiger Regelungen aber umfassen.

Bislang ist nicht klar, ob der EuGH bei einer Prüfung von Bestimmungen wie Art. 8.9. und Art. 8.10. einräumen würde, dass sie auch allgemeine mitgliedstaatliche Regelungen umfassen, die keinen spezifischen Bezug um internationalen Dienstleistungshandel mehr aufweisen. Das Gutachten 2/15 lässt erwarten, dass er diese Bestimmungen umfassend unter Art. 207 Abs. 1 AEUV fassen würde. Damit würden alle Bereiche der mitgliedstaatlichen Behandlung eines Investors zum Gegenstand der ausschließlichen (!) Kompetenz der EU gemacht werden. Es bedürfte einer genaueren (verfassungsgerichtlichen) Überprüfung, ob dieses Kompetenzverständnis haltbar ist.

dd) Fazit: Keine abschließende Sicherheit in der Reichweite der EU-Kompetenz

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass sich die Kompetenz der EU nach Art. 207 AEUV auf die Regelung des Investitionsumfelds jenseits des Marktzugangs nur insoweit erstrecken kann, wie es um die unmittelbaren und direkten Betätigungsvoraussetzungen geht. Jenseits der Kompetenz liegen Regelungsfelder, die sich nur mittelbar und indirekt auf die Tätigkeit des Investors auswirken. Entsprechend kann sich auch die Befugnis zur Gewährleistung des Investitionsschutzes nach Art. 207 AEUV nur auf Beeinträchtigungen beziehen, die in jenem Sachbereich erfolgen, auf den sich die Sachkompetenz aus Art. 207 AEUV erstreckt. Ein weitergehender Investitionsschutz kann nicht unter Art. 207 AEUV fallen. Dieser Sichtweise zufolge würden Art. 8.9. und Art. 8.10. (auch) in den Bereich geteilter Zuständigkeiten fallen. Es ist absehbar, dass der EuGH diesem Verständnis nicht folgen wird und eine umfassende ausschließliche Zuständigkeit der EU beanspruchen wird.

c) Ultra-vires-Rechtsprechung zur ausschließlichen Befugnis der EU zur Kündigung völkerrechtlicher Abkommen der Mitgliedstaaten

Zu den umstrittensten Fragen im Verfahren des Abschlusses von CETA gehört, ob die (ausschließliche oder geteilte) Zuständigkeit der EU das Recht umfasst, die von den Mitgliedstaaten eingegangenen völkerrechtlichen Investitionsschutzverträge zu kündi-

gen. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird diese Frage durchgehend verneint.¹⁰⁷ Auch Generalanwältin Sharpston verneinte die Frage in ihren Schlussanträgen im Gutachtenverfahren 2/15.¹⁰⁸

Der EuGH hat die Frage in seinem Gutachten 2/15 anders beantwortet. Er vertritt die Auffassung, dass die EU in den ihr zustehenden Kompetenzbereichen (Regelung der Direktinvestitionen) in einem Abkommen mit Drittstaaten auch vorsehen könne, dass Abkommen der Mitgliedstaaten mit diesem Drittstaat außer Kraft treten:

„Der Umstand, dass die Union und die Republik Singapur eine Bestimmung in das geplante Abkommen aufgenommen haben, aus der ausdrücklich hervorgeht, dass die bilateralen Investitionsabkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Union und diesem Drittstaat unwirksam werden und daher mit Inkrafttreten dieses Abkommens, das mit diesem Drittstaat auf Unionsebene geschlossen wurde, keine Rechte und Pflichten mehr erzeugen, kann nicht als Eingriff in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten angesehen werden, sofern diese Bestimmung einen Bereich betrifft, für den die Union über eine ausschließliche Zuständigkeit verfügt. ...

Aus dem Vorstehenden folgt, dass Art. 9.10 des geplanten Abkommens wie auch die anderen Bestimmungen von Kapitel 9 Abschnitt A dieses Abkommens in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fällt, soweit er die Verpflichtungen in Bezug auf ausländische Direktinvestitionen betrifft, die in den zwischen Mitgliedstaaten und der Republik Singapur geschlossenen bilateralen Investitionsabkommen enthalten sind.“¹⁰⁹

Eine tragfähige Begründung für diese – völkerrechtlich kaum haltbare – Sichtweise liefert der EuGH nicht. Statt dessen findet sich ein Argument, mit dem er seine Position selbst in Frage stellt:

„Wenn nämlich die Union mit einem Drittstaat ein Abkommen aushandelt und abschließt, das einen Bereich betrifft, für den ihr eine ausschließliche Zuständigkeit verliehen wurde, tritt sie an die Stelle ihrer Mitgliedstaaten. Seit dem Urteil vom 12. Dezember 1972, *International Fruit Company u. a.* (21/72 bis 24/72, EU:C:1972:115, Rn. 10 bis 18), steht fest, dass die Union in die internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten eintreten kann, wenn die Mitgliedstaaten ihre Befugnisse hinsichtlich dieser Verpflichtungen durch einen der Gründungs-

¹⁰⁷ Vgl. Mayer, *Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar?*, August 2014, S. 13.

¹⁰⁸ GA Sharpston, *Schlussanträge, Gutachtenverfahren 2/15*, Rdnr. 570: „Die Union hat keine externe Zuständigkeit, ihrer Verpflichtung durch Art. 9.10 Abs. 1 des EUSFTA zuzustimmen (Kapitel Neun Abschnitt A), wonach bilaterale Übereinkünfte zwischen bestimmten Mitgliedstaaten und Singapur beendet werden. Diese Zuständigkeit haben ausschließlich diese Mitgliedstaaten.“

¹⁰⁹ EuGH, *Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur*, Rdnr. 247 und 252.

verträge der Union auf die Union übertragen haben und die Union diese Befugnisse ausübt.“¹¹⁰

Kenner der Geschichte des EG- bzw. EU-Rechts wissen, dass die damalige EG zwar in dem Zeitpunkt, in dem die Handelspolitik zur ausschließlichen Zuständigkeit wurde, funktional die Befugnisse der Mitgliedstaaten im GATT übernommen hat. Zu einem völkerrechtlichen Eintritt der EG in das GATT kam es aber gerade nicht. Schon gar nicht kam es zu einem Erlöschen der Mitgliedschaft der Mitgliedstaaten im GATT. Wäre es zum Erlöschen gekommen, hätte auch die EG nicht mehr im GATT auftreten können. Der Verweis des EuGH auf „International Fruit“ belegt genau das Gegenteil dessen, was der EuGH zu begründen versucht.

Der EuGH kommt damit zu dem Ergebnis, dass der EU die Befugnis zur Beendigung der von den Mitgliedstaaten geschlossenen Schutzabkommen zustehe, wenn und soweit sich diese auf Direktinvestitionen im Sinne von Art. 207 AEUV beziehen. Die Zuständigkeit sei zwischen der EU und den Mitgliedstaaten geteilt, soweit es um den Schutz von Portfolio-Investitionen gehe. Es sei in Erinnerung gerufen, dass die EU-Organe beanspruchen, auch im Bereich der geteilten Zuständigkeiten alleine handeln zu können.¹¹¹ Letztlich bedeutet dies, dass die EU zur umfassenden Beendigung der von den Mitgliedstaaten geschlossenen Schutzabkommen befugt sein soll.

Das EuGH-Gutachten 2/15 beansprucht in diesem Punkt zweifellos eine Ultra-vires-Befugnis der EU. Richtig ist die Feststellung von Generalanwältin Sharpston, dass nur die Mitgliedstaaten die von ihnen geschlossenen Abkommen auch kündigen können. Natürlich kann dieser Schritt auch in einem gemischten Abkommen geschehen. Es ist aber eine ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Das Bundesverfassungsgericht sollte dem „ultra-vires“-Anspruch des EuGH entgegen treten.

5. Handelsaspekte des geistigen Eigentums

Der Vertrag weist der EU die (ausschließliche) Zuständigkeit zu, handelspolitische Abkommen zur Ordnung der „Handelsaspekte des geistigen Eigentums“ zu schließen. Der Begriff wird im Vertrag nicht definiert. Art. 113 EGV (Nizza) enthielt noch eine Sondervorschrift, die der EG eine Befugnis für „internationale Verhandlungen und Abkommen über geistiges Eigentum“ zuwies. Der Vertragsgeber von Lissabon hat diese Befugnis gestrichen. Man wird davon ausgehen müssen, dass diese Korrektur nicht durch eine ausweitende Interpretation des Begriffs der „Handelsaspekte des geistigen Eigentums“ unterlaufen werden darf.

Der EuGH hat inzwischen festgestellt, dass unter die Handelsaspekte des geistigen Eigentums nur solche Maßnahmen fallen, die „einen spezifischen Bezug zum internationalen Handelsverkehr haben“.¹¹² Die Vertragsschlussbefugnis der EU erstreckt sich

¹¹⁰ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 248.

¹¹¹ § 2 B. mit Nachweisen.

¹¹² EuGH, Urt. v. 18.7.2013, Rs. C-414/11, Daiichi Sankyo und Sanofi-Aventis Deutschland, Rn. 52.

damit nur auf Fragen, die einen objektiv erkennbaren Zusammenhang zu dem Austausch mit Waren oder Dienstleistungen aufweisen. Nach der – vom EuGH gebilligten – WTO-Praxis kann sich die Kompetenz aus Art. 207 AEUV auch auf die Regelung substantieller Standards des Schutzes geistiger Eigentumsrechte erstrecken, wenn und soweit dies im Hinblick auf die Ordnung des Handelsverkehrs geschieht. Diese Rechtsprechung findet auf das WTO-Abkommen, aber auch auf andere internationale Abkommen mit einem spezifischen Handelsbezug Anwendung.¹¹³

In dem Gutachtenverfahren 2/15 hat der EuGH ein umfassendes Verständnis des Konzepts einer völkervertraglichen Vereinbarung über Handelsaspekte des geistigen Eigentums verwendet.¹¹⁴ Den Ausführungen lässt sich entnehmen, dass jede Form einer (immer auch liberalisierenden) Harmonisierung von Schutzrechten eine direkte und unmittelbare Auswirkung auf den Handelsverkehr haben soll:

„In Anbetracht der wesentlichen Bedeutung, die dem Schutz von Rechten des geistigen Eigentums im Waren- und Dienstleistungshandel allgemein und bei der Bekämpfung des unerlaubten Handels speziell zukommt, (zeige sich), dass sich die Bestimmungen von Kapitel 11 des geplanten Abkommens direkt und sofort auf den Handelsverkehr zwischen der Union und der Republik Singapur auswirken können.“

6. Akzessorische institutionelle und prozedurale Regelungen

Der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die institutionellen und prozeduralen Regelungen eines Abkommens, dessen materielle Bestimmungen in den Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten der EU fallen, ebenfalls in diesen Bereich fallen. In dem Gutachten 2/15 stellt er diesbezüglich fest:

„Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass die Zuständigkeit der Union für die Eingehung internationaler Verpflichtungen die Zuständigkeit einschließt, diese Verpflichtungen mit organisatorischen Bestimmungen zu flankieren. Dass sie im Abkommen enthalten sind, wirkt sich nicht auf die Art der Zuständigkeit für dessen Abschluss aus. Diese Bestimmungen haben nämlich Hilfscharakter und fallen damit in die gleiche Zuständigkeit wie die materiell-rechtlichen Bestimmungen, denen sie zur Seite gestellt sind ...“¹¹⁵

Entsprechendes gilt auch für Transparenzregeln:

¹¹³ EuGH, Urt. vom 12.5.2005, Rs. C-347/03, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia and ERSA.

¹¹⁴ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 111-130.

¹¹⁵ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 276 unter Verweis auf EuGH, Urt. vom 26.4.1977, Gutachten 1/76, Übereinkommen über die Errichtung eines Europäischen Stilllegungsfonds für die Binnenschifffahrt, Rn. 5; EuGH, Urt. vom 4.10.1979, Gutachten 1/78, Internationales Naturkautschukübereinkommen, Rn. 56; EuGH, Urteil vom 22.10.2013, Rs. C-137/12, Kommission/Rat, Rn. 70 und 71.

„Diese Verpflichtungen beziehen sich auf die Maßnahmen, die die Vertragsparteien in den Bereichen der Kapitel ... des geplanten Abkommens ergreifen. Die dazugehörigen Transparenzregeln sollen die Wirksamkeit der materiell-rechtlichen Bestimmungen dieser Kapitel sicherstellen. Die Regeln haben somit Hilfscharakter und fallen in die gleiche Zuständigkeit wie die materiell-rechtlichen Bestimmungen.“¹¹⁶

Dieser Sichtweise auf einen völkerrechtlichen Vertrag ist zuzustimmen.

7. Bereiche möglicher „Ultra-vires“-Rechtsprechung des EuGH

In den vorstehend behandelten Bereichen bewegt sich die EU jedenfalls grundsätzlich auf einer eindeutigen und gefestigten vertraglichen Grundlage. Auf einzelne Fragwürdigkeiten ist hingewiesen worden. Inzwischen zeichnen sich darüber hinaus aber ganze Felder ab, auf denen sich die Frage stellt, ob die EU nicht „ultra vires“ handelt.

a) Harmonisierungszuständigkeit für das Wettbewerbsrecht unter Art. 207 AEUV

In diesem Zusammenhang ist zunächst auf die problematische Behauptung des EuGH hinzuweisen, wonach sich die ausschließliche Außenhandelskompetenz (!) nach Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV auf die Regelungen erstreckt, die die Einrichtung eines Wettbewerbsrechts vorsehen.¹¹⁷ In dem Freihandelsabkommen EU-Singapur finden sich inhaltlich recht weit gehende Bestimmungen darüber, dass die Vertragsparteien nicht nur ein Wettbewerbsrecht einzurichten haben, sondern auch, dass sich jede Vertragspartei dazu verpflichtet, Behörden mit der Durchsetzung ihrer jeweiligen Rechtsvorschriften zu betrauen und diese Rechtsvorschriften transparent, diskriminierungsfrei und unter Einhaltung der Grundsätze des fairen Verfahrens und des Rechts auf Verteidigung anzuwenden. Der EuGH meint in diesem Zusammenhang knapp, dass die Bestimmungen

„zweifelsfrei die Liberalisierung des Handelsverkehrs zwischen der Union und der Republik Singapur (dienten). In ihnen geht es nämlich speziell um die Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen und von Zusammenschlüssen, die verhindern oder verhindern sollen, dass der Handelsverkehr zwischen der Union und diesem Drittstaat unter gesunden Wettbewerbsbedingungen stattfindet.“¹¹⁸

Der Begriff der „Liberalisierung“ wird hier also so weit gefasst, dass er auch eine Steuerung des Verhaltens Privater erfasst, das sich negativ auf die Marktchancen der Unternehmen des anderen Vertragspartners erstreckt. Diese Begriffsverwendung ist nicht nur ungewöhnlich, sondern eröffnet letztlich einen umfassenden Zugriff auf das mitglied-

¹¹⁶ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 282.

¹¹⁷ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 131-138.

¹¹⁸ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 134.

staatliche Privatrecht. Eine vertiefende Auseinandersetzung mit diesen Fragen findet sich in dem Gutachten (mangels guter Gründe?) nicht.

Eine ausführliche Prüfung dieser Frage ist hier aus Platzgründen nicht möglich. Gute Gründe sprechen für die Annahme, dass hier ein „ultra-vires“-Verständnis der außenhandelspolitischen Kompetenzen des EuGH zu beobachten ist. Dem Bundesverfassungsgericht ist zu empfehlen, dieser Frage die notwendige Aufmerksamkeit zu schenken.

b) „Ultra-vires“-Rechtsprechung zu den Regelungen über Sicherung der nachhaltigen Entwicklung „hinter der Grenze“

Gewichtige Fragen stellen sich auch mit Blick auf Regelungen eines „umfassenden Freihandelsabkommens“, die sich der Sicherung einer nachhaltigen Entwicklung „hinter der Grenze“ widmen. In dem Freihandelsabkommen EU-Singapur finden sich diesbezüglich zwei Regelungsansätze. Einerseits werden die Vertragsparteien dazu verpflichtet, die multilateralen Umweltübereinkünfte, deren Vertragsparteien sie sind, wirksam umzusetzen (Art. 13.6 Abs. 2 des Abkommens). Das Abkommen will insofern die Vertragsbindung aus anderen Abkommen absichern. Andererseits finden sich materiellrechtliche Anforderungen hinsichtlich des Verhaltens der Vertragsparteien „hinter der Grenze“, so etwa die Verpflichtung, die Fischbestände im Einklang mit den von den Vertragsparteien ratifizierten internationalen Instrumenten nachhaltig zu bewirtschaften (Art. 13.8 Buchst. a) oder die illegale, nicht gemeldete und unregulierte Fischerei zu bekämpfen (Art. 13.8 Buchst. b).

Der EuGH ist im Gutachten 2/15 davon ausgegangen, dass diese Regelungen in die ausschließliche Außenhandelskompetenz der EU (Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV) fallen. Zur Begründung macht er zunächst geltend, dass die EU-Handelspolitik heute auf das *Ziel der Nachhaltigkeit* verpflichtet sei, und verweist diesbezüglich auf Art. 21 Abs. 3 EUV iVm. Art. 9 und 11 AEUV.¹¹⁹ Diesbezüglich findet sich die schon häufig beobachtete und vom Bundesverfassungsgericht gerügte Tendenz, vom Ziel auf das Mittel zu schließen:

„Im Übrigen wäre es inkonsequent, anzunehmen, dass die Bestimmungen, die den Handel zwischen der Union und einem Drittstaat liberalisieren, unter die gemeinsame Handelspolitik fallen, die Bestimmungen, die gewährleisten sollen, dass diese Liberalisierung unter Wahrung einer nachhaltigen Entwicklung stattfindet, aber nicht. Die Durchführung des Handelsverkehrs im Einklang mit dem Ziel einer nachhaltigen Entwicklung ist nämlich, wie in Rn. 147 des vorliegenden Gutachtens ausgeführt, fester Bestandteil dieser Politik.“¹²⁰

¹¹⁹ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 141-147: „Demnach ist das Ziel der nachhaltigen Entwicklung nunmehr fester Bestandteil der gemeinsamen Handelspolitik.“

¹²⁰ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 163.

In der Sache greift der EuGH auf verschiedene Argumente zurück, um zu begründen, warum jene Bestimmungen, die die Vertragsparteien zur Einhaltung der Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Umweltabkommen zwingen, Gegenstand der Handelspolitik seien. Er verweist darauf, dass die Verpflichtung

„die Gefahr unverhältnismäßiger Unterschiede in den Produktionskosten für Waren und Dienstleistungen in der Union auf der einen Seite und in Singapur auf der anderen Seite verringern und damit dazu beitragen, dass sich die Unternehmer der Union und die singapurischen Unternehmer chancengleich am Freihandel beteiligen.“¹²¹

Er weist auf die Gefahr eines „Öko-Dumpings“ hin: Der Bezug zum Handelsverkehr ergebe sich

„aus der Verpflichtung der Vertragsparteien aus Art. 13.1 Abs. 3 des geplanten Abkommens, den Handel nicht dadurch zu fördern, dass der soziale Schutz und der Umweltschutz in ihrem jeweiligen Gebiet auf ein Niveau abgesenkt werden, das unter den Standards der internationalen Übereinkünfte liegt, und zum anderen diese Standards nicht in protektionistischer Weise umzusetzen.“¹²²

Ein Bezug zur Handelspolitik ergebe sich schließlich auch daraus, dass die Nichteinhaltung der Bestimmungen über die Nachhaltigkeit der jeweils anderen Partei das Recht zur Aussetzung eigener Verpflichtungen gebe:

„(D)ie Spezifität des Bezugs, den die Bestimmungen von Kapitel 13 des geplanten Abkommens zum Handelsverkehr zwischen der Union und der Republik Singapur aufweisen, (folge) auch daraus, dass ein Verstoß gegen die Bestimmungen dieses Kapitels im Bereich des sozialen Schutzes von Arbeitnehmern und des Umweltschutzes es der anderen Vertragspartei gestattet, die in den übrigen Bestimmungen dieses Abkommens vorgesehene Liberalisierung dieses Handelsverkehrs zu beenden oder auszusetzen.“¹²³

Keines dieser Argumente hat ein Gewicht, das es rechtfertigen könnte, den Bereich einer Steuerung der nachhaltigen Entwicklung „hinter der Grenze“ nunmehr zur ausschließlichen handelspolitischen Kompetenz der EU nach Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV zu zählen. Das letztgenannte Argument erweist sich als so defizitär, dass es verwundert, es in einer Entscheidung des EuGH zu lesen: Wenn diese Erwägung maßgeblich wäre, könnte die EU jede beliebige Regelung als Maßnahme der gemeinsamen Handelspolitik ausweisen, wenn sie die Nichteinhaltung zum Gegenstand eines Repressalienmechanismus macht („Münchhausen“-Strategie). Die beiden erstgenannten Argumente machen den Anspruch der EU deutlich, über Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV handelspolitische Maßnahmen zu treffen, die die Kostenstruktur der in einem Markt tätigen Unternehmen

¹²¹ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 159.

¹²² EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 158.

¹²³ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 161.

betreffen. Auch wenn sich Kosten natürlich auf die faktische Marktstellung und den Fluss der Handelsströme auswirken, ist der Anspruch, über die gemeinsame Handelspolitik auf die jeweiligen Kostenstrukturen einwirken zu können, eine eindeutige Überdehnung.

Auch die Argumente, mit denen der EuGH zu begründen versucht, dass eine ökologische Regulierung der unmittelbaren Bewirtschaftungs- und Produktionsbedingungen Gegenstand der Handelspolitik sei, überzeugen nicht. Der EuGH meint, dass sich Regelungen, die den Umgang mit natürlichen Ressourcen regeln, und die darauf bezogenen Kooperations- und Informationspflichten „sich direkt auf den Handel mit den betreffenden Produkten auswirken“ könnten.¹²⁴ Auffällig ist, dass der EuGH hier seinen eigenen Maßstab nicht richtig anwendet.¹²⁵ Eine Darlegung, warum die Sicherung einer nachhaltigen Bewirtschaftung des natürlichen Lebensumfelds den Handel „im wesentlichen fördert, erleichtert oder regelt“, findet sich nicht. Sie dürfte auch nicht möglich sein.

Auch hier ist aus Platzgründen nur eine vorläufige Einschätzung möglich: Mehr noch als im Bereich der Feststellungen zum Wettbewerbsrecht ist hier davon auszugehen, dass der EuGH der EU Kompetenzen nach Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV zuschreibt, die sich (selbst auf der Grundlage der vom EuGH verwandten Maßstäbe) so im Vertrag nicht finden. Eine Ultra-vires-Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts, ggf. auch ein Einschreiten, erscheinen deshalb angezeigt, weil der Begründungsansatz der EU eine umfassende ökologische Regelungskompetenz (über Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV) quasi durch die Hintertüre zuschreiben würde. Besondere Aufmerksamkeit ist deshalb erforderlich, weil es sich um Regelungsbereiche handelt, in denen die Regelungen eines Freihandelsabkommens den Mitgliedstaaten alle Freiheit nehmen – die nachhaltige Bewirtschaftung von Ressourcen lässt sich nicht differenzierend je nach Handelspartner vornehmen.

c) „Ultra-vires“-Rechtsprechung: Gemeinsame Handelspolitik in Form von Maßnahmen zur sozialen Sicherung der Arbeitnehmer

Entsprechende Bedenken ergeben sich auch mit Blick auf die Behauptung des EuGH, einen Bestandteil der Gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV bildeten Vertragsregelungen über die soziale Sicherheit der Arbeitnehmer. In dem Freihandelsabkommen EU-Singapur findet sich die Verpflichtung, die Prinzipien bezüglich der Grundrechte am Arbeitsplatz, die in Art. 13.3 Abs. 3 des Abkommens aufgeführt werden, umzusetzen und anzuwenden. Inhaltlich lehnen sich die Vorgaben an die im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) angenommenen Instrumente über die „Vereinigungsfreiheit und effektive Anerkennung des Rechts auf Kollektivverhandlungen“, die „Beseitigung aller Formen von Zwangs- oder Pflichtarbeit“, die „effektive Abschaffung der Kinderarbeit“ und die „Beseitigung der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf“ an. Der EuGH beruft sich auch hier auf die vorstehend geschilderten Argumente.

¹²⁴ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 160 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2002, Rs. C-281/01, Kommission/Rat, Rn. 40.

¹²⁵ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 36.

Aus der Sicht eines Beobachters der Rechtsprechung des EuGH sind diese Ausführungen genau so fragwürdig wie jene zur Befugnis, Nachhaltigkeitspolitik unter dem Titel „Gemeinsame Handelspolitik“ betreiben zu können. Keines der Argumente des EuGH weist einen spezifischen Bezug der getroffenen Vorgaben zur Steuerung des Handels auf; und dass der Hinweis auf deren Kostenrelevanz und deren Eignung, eine Absenkung von Standards in den Mitgliedstaaten zu verhindern, nicht ausreicht, um das Vorliegen von Handelspolitik aufzuweisen, ist bereits ausgeführt worden.

Auch hier sprechen gute Gründe für die Annahme, dass der EuGH den sich aus Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV ergebenden Zuständigkeitsbereich manifest überdehnt hat. Ein Einschreiten des Bundesverfassungsgerichts erscheint gegebenenfalls angezeigt.

II. Implizite Außenbefugnisse der EU

Nach Art. 216 Abs. 1 AEUV verfügt die EU auch über implizite Außenbefugnisse. Die Bestimmung unterscheidet drei Fallgruppen.

1. Erforderlichkeit für die Verwirklichung der Unionsziele (Art. 216 Abs. 1 2. Alt. AEUV)

Die erste Fallgruppe von Art. 216 Abs. 1 2. Alt. AEUV sieht vor, dass die EU über eine implizite Außenkompetenz verfügt, wenn der Abschluss der Übereinkunft im Rahmen der Politik der Union zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich ist. Der Vertragsgeber des Lissabon-Vertrags lehnt sich hier an die Entscheidungen des EuGH in den Verfahren „Kramer“ und „Stilllegungsfonds“ an. In diesen Entscheidungen war der EuGH davon ausgegangen, dass der EWG eine Außenkompetenz erwachsen würde, wenn sie über interne Rechtsprechungsbefugnisse verfügt und diese vor oder anlässlich des internationalen Vertragsschlusses ausübt. In Art. 216 Abs. 1 2. Art. AEUV scheint der Vertragsgeber zu implizieren, dass schon die Existenz eines Ziels zur Entstehung einer Außenkompetenz führen könne. In dem Gutachten 1/13 hat der EuGH allerdings klargestellt, dass die Außenbefugnis nur dort bestehen kann, wo auch interne Zuständigkeiten der EU vorhanden sind.¹²⁶

Die Begründung einer Außenzuständigkeit nach Art. 216 Abs. 1 Alt. 2 AEUV führt grundsätzlich zu einer Kompetenzteilung von EU und Mitgliedstaaten. Nach Art. 3 Abs. 2 AEUV liegt eine *ausschließliche* Zuständigkeit der EU nur vor, wenn die Inanspruchnahme der Außenkompetenz notwendig ist, um die interne Rechtsetzungszuständigkeit überhaupt ausüben zu können. Diesbezüglich formuliert der EuGH nicht unerhebliche Anforderungen. Zwischen der Innenkompetenz der EU und dem Gebrauch der Außenkompetenz muss eine „untrennbare Verbindung“ bestehen.¹²⁷ Die EU-Organe müssen auch darlegen, dass die praktische Wirksamkeit der Innenkompetenz davon abhängt, dass von der Außenbefugnis ohne weitere Interferenz seitens der Mitgliedstaaten (und damit eben „ausschließlich“) Gebrauch gemacht wird. Würde man diese Anforder-

¹²⁶ EuGH, Urt. v. 14.10.2014, Gutachten 1/13, Haager Übereinkommen, Rdnr. 67

¹²⁷ EuGH, Urt. v. 15.11.1994, Gutachten 1/94, WTO, Rdnr. 86.

rungen nicht so strikt formulieren, wäre eine weitgehende (und vom Vertrag so nicht vorgesehen) Verdrängung der Mitgliedstaaten aus dem internationalen Raum zu beobachten.

Liegt eine ausschließliche Zuständigkeit nach Art. 216 Abs. 1 2. Alt. AEUV, Art. 3 Abs. 2 AEUV vor, so dürfen die Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht mehr internationale Verpflichtungen eingehen. Ausnahmsweise erhalten sie ihre Freiheit nach Art. 4 Abs. 3, Abs. 4 AEUV.

2. Ermächtigung zum Vertragsabschluss (Art. 216 Abs. 1 3. Alt. AEUV)

Nach Art. 216 Abs. 1 3. Alt. AEUV verfügt die EU über eine implizite Außenkompetenz, wenn ein verbindlicher Rechtsakt der EU den Abschluss eines Vertrages vorsieht. Der EuGH hat in seinem WTO-Gutachten ausgeführt, dass die EU-Organe dadurch eine Außenbefugnis begründen können, dass sie die EU-Kommission zur Aufnahme von Vertragsschlussverhandlungen mit Drittstaaten ermächtigen. Die Reichweite der (impliziten) Außenkompetenzen der EU unterliegt insoweit politischer Verfügung. Eine besondere Absicherung durch Mitwirkung mitgliedstaatlicher Institutionen ist nicht vorgesehen.

Die nach Art. 216 Abs. 1 3. Alt. AEUV begründete Außenkompetenz ist immer ausschließlich (Art. 3 Abs. 2 AEUV). Damit ist auswärtiges Handeln der Mitgliedstaaten in den Bereichen, in denen die Ermächtigung greift, unzulässig, wenn nicht die Ausnahme nach Art. 4 Abs. 3, Abs. 4 AEUV greift.

3. Gefahr der Beeinträchtigung des Unionsrechts durch mitgliedstaatliche Abschlüsse (Art. 216 Abs. 1 4. Alt. AEUV)

Nach Art. 216 Abs. 1 4. Alt. AEUV erwächst der EU eine (ausschließliche) Außenzuständigkeit in Fällen, in denen mitgliedstaatliche Vertragsabschlüsse zu einer Beeinträchtigung der Wirkung des Unionsrechts oder zu einer Änderung seines Anwendungsbereichs führen würden. Die Klausel hat eine doppelte Funktion: Sie nimmt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Geltung und Effektivität des inner-unional wirkenden Rechts dadurch zu unterlaufen, dass sie internationale Verpflichtungen eingehen (Art. 4 Abs. 3 EUV). Zugleich wird die EU so in die Lage versetzt, ihre innere Politik um eine Außendimension zu ergänzen. Art. 216 Abs. 1 4. Alt. AEUV beruht auf einer langjährigen Rechtsprechung des EuGH, die in der Entscheidung AETR ihren Ausgangspunkt hatte.

In der Frage, unter welchen Voraussetzungen mitgliedstaatliches Handeln ausgeschlossen werden muss, um die Wirksamkeit unionaler Maßnahmen zu schützen, bestehen weiterhin Unsicherheiten. Naturgemäß versucht der EuGH, die Außenkompetenzen möglichst weit auszuweiten.¹²⁸ Die Gefahr einer Beeinträchtigung will er nicht erst

¹²⁸ Hierzu etwa Fassbender, Die Völkerrechtssubjektivität der Europäischen Union nach dem Entwurf des Verfassungsvertrages, AVR 2004, 26 (35); Thym, Freiheit der Lüfte, EuR 2003, 277 (278 f.).

dann erkennen, wenn zwischen der von einem Mitgliedstaat avisierten Verpflichtung und einem konkreten EU-Akt eine Kollision entstehen würde. Ein konkret feststellbarer Widerspruch muss daher nicht dargelegt werden.¹²⁹ Es reicht nach Auffassung des EuGH bereits aus, dass sich ein von einem Mitgliedstaat avisierter Vertragsschluss im Anwendungsbereich einer Bestimmung des EU-Rechts bewegt. Dieser Anwendungsbereich wiederum soll bereits dann eröffnet sein, wenn ein Bezug zum Inhalt und zu der Entwicklungsperspektive des jeweiligen EU-Aktes besteht.¹³⁰ Danach liegt ein Kompetenzübergang im Sinne von Art. 216 Abs. 1 4. Alt. AEUV immer dann vor, wenn eine bestimmte Angelegenheit von der EU vollständig harmonisiert worden ist. Notwendig ist dies aber nicht. Schon wenn sich im EU-Recht einzelne Harmonisierungsregelungen (etwa über die Behandlung von Angehörigen eines Drittstaats) finden,¹³¹ soll dies zu einer Verdrängung der Mitgliedstaaten führen. Der Gerichtshof geht davon aus, dass ein Abkommen, das zwischen der Union und einem Drittstaat die Anwendung von Regeln vorsieht, die sich weitgehend mit den für innergemeinschaftliche Sachverhalte geltenden gemeinsamen Regeln der Union überschneiden, geeignet ist, die Tragweite dieser gemeinsamen Regeln zu beeinträchtigen oder zu ändern.¹³²

In diesem Sinne hat der EuGH auch in dem Gutachten 1/15 eine implizite ausschließliche Außenkompetenz der EU in den vom Freihandelsabkommen erfassten Verkehrssektoren angenommen. Er stellte fest, dass die Verpflichtungen des geplanten Abkommens, die Dienstleistungen im Seeverkehr zwischen der Union und der Republik Singapur betreffen, die in der Verordnung Nr. 4055/86 festgelegten gemeinsamen Regeln, die sich auf die Erbringung dieser Dienstleistungen beziehen, beeinträchtigen oder verändern könnten.¹³³ Im Bereich des Eisenbahnverkehrs leitet der EuGH die implizite ausschließliche Außenkompetenz aus dem Umstand ab, dass den singapurischen Eisenbahnunternehmen von singapurischen Dienstleistenden erbrachten Dienstleistungen eine Zugangs- und Niederlassungsfreiheit gewährt wird, die sich auf die gleichen Gesichtspunkte erstrecken wird wie die mit der Richtlinie 2012/34 geschaffene Regelung und die nicht weniger günstig sein darf als diese.¹³⁴ Gleiches gilt für den Bereich des Straßenverkehrs.¹³⁵

Sieht das EU-Recht nur eine Mindestharmonisierung vor und enthält auch die von dem Mitgliedstaat avisierte Verpflichtung nur Mindestregelungen, greift die Sperre aus Art.

¹²⁹ EuGH, Urt. v. 19.3.1993, Gutachten 2/91, IAO, Rdnr. 25 f.

¹³⁰ EuGH, Urt. v. 7.2.2006, Gutachten 1/03, Übereinkommen von Lugano, Rdnr. 126.

¹³¹ EuGH, Urt. v. 7.2.2006, Gutachten 1/03, Übereinkommen von Lugano, Rdnr. 122.

¹³² EuGH, Urt. vom 7.2.2006, Gutachten 1/03, Übereinkommen von Lugano, Rdnr. 143 und 151 bis 153; EuGH, Urt. vom 14.10.2014, Gutachten 1/13, Beitritt von Drittstaaten zum Haager Übereinkommen, Rdnr. 84 bis 90; EuGH, Urteil vom 26.11.2014, Rs. C-66/13, Green Network, Rdnr. 48 und 49. Der Gerichtshof betont, dass der Sinn, die Tragweite und die Wirksamkeit der innergemeinschaftlichen Regeln beeinflusst werden könnten, auch wenn kein Widerspruch vorliegt.

¹³³ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 192.

¹³⁴ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 200.

¹³⁵ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 209.

216 Abs. 1 4. Alt. AEUV nicht.¹³⁶ Die Sperre lässt sich von einem Mitgliedstaat nicht dadurch umgehen, dass in den von ihm abgeschlossenen Vertrag eine sog. „Trennungsklausel“ eingefügt wird, derzufolge die Inhalte des Vertrags die Wirkung des Unionsrechts nicht berühren. Ein rein mittelbarer Bezug zwischen dem Unionsrecht und dem von einem Mitgliedstaat avisierten Abkommen reicht nicht aus, um eine Beeinträchtigung im Sinne von Art. 216 Abs. 1 4. Alt. AEUV zu begründen.

4. Verfassungswidrigkeit der Annahme, die EU könnte Verpflichtungen von „äußerst begrenzter Tragweite“ auch ohne Kompetenz eingehen

Die Handhabung von Art. 207 iVm. Art. 3 Abs. 1 lit. e), Art. 3 Abs. 2 AEUV weist neben gelungenen Momenten auch bedenkliche Seiten auf – hierauf ist vorstehend schon hingewiesen worden. Zu den wirklich problematischen Annahmen des EuGH gehört, dass die EU über Art. 3 Abs. 2 AEUV auch Verpflichtungen in Bereichen eingehen könne, in denen die Voraussetzungen dieser Bestimmung nicht vorliegen, wenn diese Verpflichtungen von „äußerst begrenzter Tragweite“ seien. Auch im Gutachten 2/15 macht der EuGH von dieser Figur Gebrauch, um eine implizite ausschließliche Außenzuständigkeit der EU für den Bereich der Binnenschifffahrt zu behaupten:

„Nach ständiger Rechtsprechung sind bei der Prüfung der Art der Zuständigkeit für den Abschluss einer internationalen Übereinkunft keine Bestimmungen dieser Übereinkunft zu berücksichtigen, die von äußerst begrenzter Tragweite sind Daher ist im vorliegenden Fall die Art der Zuständigkeit der Union für die in Kapitel 8 des geplanten Abkommens enthaltenen Verpflichtungen im Verkehrsbereich unter Berücksichtigung der Verpflichtungen in Bezug auf den See-, Eisenbahn- und Straßenverkehr zu bestimmen. Da die Union aus den in den Rn. 175 bis 212 des vorliegenden Gutachtens angeführten Gründen nach Art. 3 Abs. 2 AEUV für die Genehmigung dieser Verpflichtungen ausschließlich zuständig ist, ist sie gemäß dieser Schlussfolgerung ... für das gesamte Kapitel 8 ausschließlich zuständig.“¹³⁷

In dieser Schrift geht es nicht um die Frage, ob dieses Vorgehen mit den unionsrechtlichen Vorschriften über die Begrenztheit der EU-Kompetenzen vereinbar ist. Der EuGH, der nach Art. 19 EUV hierüber zu entscheiden hätte, würde seiner Rechtsprechung sicherlich nicht die Vertragskonformität absprechen. Hier ist maßgeblich die verfassungsrechtliche Frage, ob dieses Kompetenzverständnis des EuGH mit den Vorgaben und Grenzziehungen, die sich aus Art. 23 GG ergeben, vereinbar ist.

Die Frage ist zu verneinen. Ein verfassungsrechtlich anzuerkennender legitimer Grund, warum es einer derartigen Kompetenzerweiterung bedarf, ist nicht zu erkennen. Man kann dies gut am Beispiel des Freihandelsabkommens EU-Singapur deutlich machen: Die handelspolitische Öffnung der Verkehrssektoren Seeverkehr, Eisenbahn- und Stra-

¹³⁶ EuGH, Urt. v. 19.3.1993, Gutachten 2/91, IAO, Rdnr. 18; Dashwood, in Hillion/Koutrakos (Hrsg.), *Mixed Agreements Revisited*, 2010, S. 351, 361; Geiger, *Vertragsschlusskompetenzen der EU*, JZ 1995, 973 (979).

¹³⁷ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 217.

ßenverkehr ist nicht davon abhängig, dass die EU sich zugleich auch der Binnenschiffahrt annimmt. Es mag ein politischer Wunsch sein, den Unternehmen im Bereich der Binnenschiffahrt zu helfen – dies rechtfertigt aber nicht eine Kompetenzüberdehnung.

Offensichtlich ist der in dem Anspruch des EuGH liegende ultra-vires-Akt schon nach dem Selbstverständnis des EuGH eine nicht unproblematische Kompetenzausdehnung. Eine Begründung für seine gewagte These liefert der EuGH nicht. Strukturelevant ist das Vorgehen des EuGH, weil es auch dann, wenn es sich um Vorgaben von „äußerst begrenzter Tragweite“ mit untergeordneter Bedeutung handelt, in wichtigen Bereichen zu einer Verdrängung der Mitgliedstaaten führt, die so im Vertrag nicht vorgesehen ist. Der zu beobachtende „competence creep“ ist im übrigen selbstverstärkend. Das Gutachten 2/15 macht deutlich, dass der EuGH schon von einer „ständigen Rechtsprechung“ auszugehen scheint.

III. Geteilte Zuständigkeiten

1. Handwerkliche Defizite des EuGH-Gutachtens 2/15

Die oben entfaltete Typologie von Abkommen macht deutlich, dass Bestimmungen eines Handelsabkommens, die nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen, nicht notwendig als Bestimmungen begriffen werden müssen, die in die geteilte Zuständigkeit (Art. 4 AEUV) fallen. Es ist auch denkbar, dass sie in den Bereich ausschließlicher Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten fallen.

In dem Gutachten 2/15 war der EuGH danach gefragt worden, welche der Bestimmungen in den Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten der EU, welche in den Bereich der geteilten und welche in den Bereich ausschließlicher Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten fallen. Zum Erstaunen vieler Beobachter hat sich der EuGH mit der Frage nicht befasst, wie die Bestimmungen, die nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen, in die beiden anderen Kategorien einzuordnen sind. Er hat pauschal alle diese Bestimmungen der geteilten Zuständigkeit von EU und Mitgliedstaaten zugeordnet. Er ist damit nicht nur dem Gutachtauftrag nicht gerecht geworden, sondern hat auch eine rechtlich fragwürdige Einordnung vorgenommen. Die Annahme, dass alle Bestimmungen eines Abkommens, die nicht in die exklusive Zuständigkeit der EU fallen, immer und automatisch in die geteilte fallen müssten, ist falsch.

2. Bereiche geteilter Zuständigkeit

Das Gutachten 2/15 kann damit bei der Suche nach Bereichen, in denen die EU und die Mitgliedstaaten tatsächlich nach Art. 4 Abs. 2 AEUV gemeinsam auftreten müssen, nicht weiterhelfen.¹³⁸

¹³⁸ Im Protokoll Nr. 25 über die Ausübung der geteilten Zuständigkeit wird im übrigen betont, dass die geteilte Zuständigkeit immer nur relativ und bereichsspezifisch festgestellt werden kann: „Ist die Union in einem bestimmten Bereich im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union betreffend die geteilte Zuständigkeit tätig

Mustert man die typischen Inhalte umfassender Freihandelsabkommen und misst sie an Art. 2-4 AEUV, so wird man geteilte Zuständigkeiten in der Tat im Bereich der Regelung von Angelegenheiten der nachhaltigen Bewirtschaftung von Ressourcen (Art. 4 Abs. 2 lit. e) AEUV) und im Bereich sozialpolitischer Absicherung (Art. 4 Abs. 2 lit. b) AEUV) annehmen können.

Demgegenüber lässt sich eine Regelung, die den Investoren eines Drittstaats Investitionsschutz im Bereich von Portfolioinvestitionen verspricht, nicht in eine der in Art. 4 Abs. 2 AEUV aufgezählten Kategorien einordnen. Insbesondere berührt der Schutz der Investoren aus Drittstaaten nicht das Funktionieren des Binnenmarktes (Art. 4 Abs. 2 lit. a) AEUV); er bewegt sich auch nicht im Bereich des Verbraucherschutzes (Art. 4 Abs. 2 lit. f) AEUV). Dass die EU für Investoren im Binnenmarkt ggf. eigene unionale Schutzinstrumente schaffen könnte, rückt die Regelungen eines Vertrags mit einem Drittstaat nicht in den Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 AEUV.

Schon im Bereich der umfassenden Freihandelsabkommen gibt es daher Vereinbarungen, die deshalb als gemischte Abkommen abgeschlossen werden müssen, weil sie Bestimmungen enthalten, die in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen, zugleich aber auch solche, die in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen.¹³⁹

IV. Rechtsprechung des EuGH muss kritisch hinterfragt werden

Die vorstehenden Überlegungen münden in die Feststellung, dass die jüngere Rechtsprechung des EuGH zwar bei der Abgrenzung der Außenkompetenzen der EU von jenen der Mitgliedstaaten nicht unerhebliche Klarheit geschaffen hat, dass aber einzelne Behauptungen des EuGH ohne kritische Überprüfung seitens des Bundesverfassungsgerichts nicht einfach zugrunde gelegt werden dürfen.

D. Umfassende Freihandelsabkommen: Zuständigkeitsverteilung am Beispiel von CETA

Die vorstehende Beschreibung der Kompetenzlage gibt das Rüstzeug an die Hand, die Bestimmungen von CETA in die Zuständigkeitsordnung des AEUV einzuordnen. Im folgenden soll CETA analysiert werden.

geworden, so erstreckt sich die Ausübung der Zuständigkeit nur auf die durch den entsprechenden Rechtsakt der Union geregelten Elemente und nicht auf den gesamten Bereich.“

¹³⁹ Vgl. etwa Handelsabkommen mit den Andenstaaten Peru und Kolumbien (ABl. L 354 vom 21.12.2012, S. 3); als gemischte Abkommen geschlossen wegen der darin enthaltenen Regelungen zur Abrüstung und Nichtverbreitung von Massenvernichtungswaffen) oder die Abkommen mit den zentralamerikanischen Staaten Honduras, Nicaragua, Panama, Costa Rica, El Salvador und Guatemala, vgl. die jeweils genannten Vertragspartner (ABl. L 346 vom 15.12.2012, S. 3).

I. Warenverkehr

Die Regelungen von CETA hinsichtlich des Zollabbaus (Art. 2.4.) und der zollrechtlichen Behandlung von Waren (Art. 2.5. ff.) fallen grds. ohne weiteres in die ausschließlichen externen Zuständigkeiten der EU (Art. 3 Abs. 1 lit. a) AEUV). Ein wichtiges Ziel von CETA bildet der Abbau von Zöllen über das im Rahmen der WTO vereinbarte Maß hinaus. Zu diesem Zweck finden sich in Art. 2.4-2.10. CETA Regelungen über den Abbau und die Beseitigung von Zöllen. Weitere Regelungen über Zoll- und Handelserleichterungen finden sich dann in Kapitel 6. Sie sind eher organisatorischer und prozeduraler Natur. Für diese Regelungen hat die EU nach Art. 216 Abs. 1, Art. 30-32, Art. 3 Abs. 1 lit. a) AEUV die ausschließliche Kompetenz. Gleiches gilt auch für die institutionellen Regelungen der Art. 6.10.1. (Pflicht zur Gewährleistung einer gerichtlichen Überprüfung) und Art. 6.10.2. und 6.10.3. (Pflichten hinsichtlich der Organisation des Rechtsschutzverfahrens). Auch die zollrechtliche Behandlung des elektronischen Geschäftsverkehrs ist EU-Kompetenz (Art. 16.3.).

Keine ausschließliche Kompetenz aus Art. 3 Abs. 1 lit. a) AEUV hat die EU hinsichtlich der Regelung über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden (Art. 6.13). Von der ausschließlichen Kompetenz für die Zollunion wird dieser Bereich nicht erfasst, wie sich daraus ergibt, dass sich Art. 3 Abs. 1 a) AEUV („Zollunion“) nur auf Teil II, Kapitel 1 des AEUV („Die Zollunion“) bezieht, nicht aber auf Art. 33 AEUV („Die Zusammenarbeit im Zollwesen“). Die grundsätzlich geteilte Zuständigkeit im Bereich von Art. 33 AEUV ist aber zu einer ausschließlichen Kompetenz geworden (Art. 3 Abs. 2 AEUV).

Eine ausschließliche Zuständigkeit nach Art. 207 AEUV hat die EU auch, soweit sie Marktzugang und Inländerbehandlung bei der Behandlung von Waren absichert (Art. 2.3.; Art. 2.11.). Die Schutzinstrumente der Handelspolitik (Art. 3.1.-3.7.) sind klassische Instrumente der gemeinsamen Handelspolitik. Keine Bedenken gegen die Annahme einer ausschließlichen Zuständigkeit der EU nach Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV besteht zudem im Hinblick auf die Regelungen über die technischen Handelshemmnisse (Art. 4.1.-Art. 4.7.), wenngleich in diesem Bereich deutlich wird, wie weit die handelsvertragliche Politik heute die Regulierung von Sachverhalten hinter der Grenze erfasst. Dieser Weg ist durch das WTO-Übereinkommen (1994) vorgezeichnet worden und spiegelt sich in Art. 207 AEUV in der Fassung des Lissabon-Vertrags wider. Gleiches gilt dann auch für die handelspolitische Begründung von Verpflichtungen im Bereich von SPS (Art. 5.1.-5.14.).

Wenig Aufmerksamkeit hat bislang die Frage gefunden, ob die Bestimmungen der Art. 7.1.-7.9. in den Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit der EU fallen. Das in diesen Bestimmungen errichtete Regime zur Regelung der Subventionsvergabe erfasst nicht lediglich die Subventionen, die eine spezifische Förderung der Warenausfuhr bezwecken, sondern alle Subventionen, die von den Vertragspartnern vergeben werden (Art. 7.2. ff.). Der Verweis in Art. 7.1. auf Art. 1.1. des WTO-Subventionsübereinkommens schränkt die Reichweite nicht auf spezifische Subventionen zur Förderung des Warenhandels ein. Besondere Beschränkungen ergeben sich hinsichtlich der Agrarausfuhranktionen. Angesichts des Umstandes, dass das interne EU-Recht (nicht zuletzt in Art. 107 f. AEUV) den Mitgliedstaaten die Möglichkeit nicht nimmt, vertragskonforme

Subventionsregime zu unterhalten, und dass sich hierein eine genuine Zuständigkeit der Mitgliedstaaten ausdrückt, dürfte es sich insbesondere bei Art. 7.2.-7.4. um Vorschriften handeln, die in den Bereich der geteilten Zuständigkeiten fallen. Denn beide Ebenen (EU und Mitgliedstaaten) gehen hier Transparenz- und Konsultationspflichten ein. Die Außenzuständigkeit der EU umfasst nicht das Recht, die Mitgliedstaaten in einem von der EU geschlossenen Abkommen zu Konsultationen mit einem Drittstaat zu zwingen, wenn und soweit es sich um Subventionen handelt, die unionsrechtlich unbedenklich sind.

In die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen nicht nur (in dem beschriebenen Umfang) die Regelungen materieller Art, sondern auch diejenigen institutionell-organisatorischen Regelungen, die der Absicherung, Ausgestaltung und auch Fortentwicklung dieser Regeln dienen. Die EU ist danach auch befugt, Vertragsgremien einzusetzen, die in dem ihr zugewiesenen Bereich Entscheidungen treffen. Sie kann sich auch Transparenzanforderungen unterwerfen.

II. Dienstleistungsverkehr

Den vorstehenden Ausführungen ließ sich entnehmen, dass der EuGH der EU heute eine ausschließliche handelspolitische Kompetenz zur Begründung von Verpflichtungen im Dienstleistungsbereich einräumt, wenn und soweit es sich nicht um Verkehrsdienstleistungen handelt (Art. 207 Abs. 1 AEUV). Der EuGH geht von einem weiten Kompetenzverständnis aus. Die Kompetenz umfasst danach nicht nur Vereinbarungen über den Marktzugang des Dienstleistungserbringers, sondern auch über die Rechtsstellung bei der Erbringung. Diese Sichtweise ist zuletzt in dem Gutachten 2/15 zum Ausdruck gebracht worden. Danach unterfallen die Art. 9.1.-10.10 grundsätzlich umfassend der Kompetenz des Art. 207 Abs. 1 AEUV. Dies gilt nicht nur für Fälle der grenzüberschreitenden Erbringung, sondern auch für Fälle einer Errichtung einer kommerziellen Präsenz (Modus 3) oder der Erbringung einer Dienstleistung durch einen Dienstleistenden eines Mitglieds mittels Präsenz natürlicher Personen eines Mitglieds im Gebiet eines anderen Mitglieds (Modus 4). Auch die Regelungen der Art. 10.1.-10.10. fallen danach unter Art. 207 AEUV. Oben ist dargelegt worden, dass dieses Verständnis weit in die mitgliedstaatlichen Regelungszuständigkeiten „hinter der Grenze“ eingreift. Es besteht allerdings keine Erwartung, dass der EuGH hiervon abrücken könnte.

Die Regelungen der Art. 9.1.-10.10. erstrecken sich nicht unmittelbar auf internationale Luftverkehrsdienstleistungen (vgl. Art. 9.2 Abs. 1 2. e)). Die über die Rückausnahme doch in den Anwendungsbereich einbezogenen akzessorischen Dienstleistungen im Bereich des Luftverkehrs fallen nach Auffassung des EuGH im Gutachten 2/15 in den Anwendungsbereich von Art. 207 Abs. 1 AEUV. Soweit das Abkommen auf andere Verkehrssektoren Anwendung findet, käme allenfalls eine implizite ausschließliche EU-Kompetenz nach Art. 3 Abs. 2 AEUV in Betracht. Sie wäre auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung zu bejahen.

Die Bestimmungen über die Erbringung von Dienstleistungen im Seeverkehr fallen nach den Aussagen des EuGH-Gutachtens zum Freihandelsabkommen EU-Singapur nicht unter Art. 207 Abs. 1 AEUV, werden aber angesichts der weitreichenden internen

Regelungen der EU von einer impliziten Außenkompetenz der EU nach Art. 3 Abs. 2 AEUV getragen.¹⁴⁰ CETA gibt zu erkennen, dass auch der Binnenschiffsverkehr erfasst sein soll.¹⁴¹ Nach Auffassung des EuGH besteht hier eine Kompetenz nach Art. 3 Abs. 2 AEUV; in dieser Schrift ist dargelegt worden, dass darin eine nach deutschem Verfassungsrecht verfassungswidrige Kompetenzzanmaßung liegt.¹⁴²

Entsprechendes gilt für die vertraglichen Regelungen über die Telekommunikationsmärkte in den Mitgliedstaaten (Art. 15.1.-15.15.). Hier hat die EU internes Recht von einer Dichte geschaffen, dass jeder mitgliedstaatliche Vertragsschluss eine Gefährdung von dessen Wirksamkeit herbeiführen würde (Art. 3 Abs. 2 letzte Alt. AEUV).

Es ist davon auszugehen, dass Art. 207 AEUV auch den Handel mit Finanzdienstleistungen erfasst (Art. 13.2. Abs. 1 lit. c)). Die Regelungen der Art. 13.1.-13.21. fallen damit insoweit, wie sie sich auf diese Form des Handels erstrecken, unter Art. 207 AEUV.

Auch hier gilt – in dem oben beschriebenen Sinn –, dass in die ausschließliche Zuständigkeit der EU nicht nur die Regelungen materieller Art fallen, sondern auch diejenigen institutionell-organisatorischen Regelungen, die der Absicherung, Ausgestaltung und auch Fortentwicklung dieser Regeln dienen.

III. Investitionen

Die Einordnung des Investitionsschutzkapitels von CETA (Art. 8.1.-8.45) ist durch das Gutachten 2/15 des EuGH mit erheblicher Sicherheit geklärt: Während die Bestimmungen insoweit in den Bereich der ausschließlichen EU-Zuständigkeit nach Art. 207 AEUV fallen, wie sie sich auf Direktinvestitionen erstrecken, fällt die Begründung vertraglicher Bindungen im Bereich der Portfolioinvestitionen in den Bereich der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit. Die EU-Kompetenz erstreckt sich nicht nur auf die Begründung materieller Marktzugangsregeln und Vorschriften über die materielle Behandlung von Investitionen (Leistungsanforderungen), sondern auch auf die Einrichtung einer Schiedsgerichtsbarkeit. Einzelne Bestimmungen von CETA reichen nicht nur sehr weit „hinter die Grenze“ hinein, sondern begründen letztlich ein umfassendes Regulierungsregime (so z.B. Art. 8.9; weniger weitreichend: Art. 8.8). Oben ist darauf hingewiesen worden, dass weiterhin zweifelhaft ist, ob Art. 207 AEUV wirklich so verstanden werden muss, dass die EU (unter dem Stichwort „Handelspolitik“ (!)) zur vertraglichen Aushandlung ganzer Niederlassungsregime berechtigt ist. Das Gutachten 2/15 hat allerdings kein Zweifel daran gelassen, dass der EuGH dieses Verständnis von Art. 207 Abs. 1 AEUV nicht zur mitzutragen bereit ist, sondern es sogar energisch befürwortet.

Mit Blick auf Direktinvestitionen fallen damit Art. 8.1.-8.45 in die ausschließliche Zuständigkeit der EU, mit Blick auf Portfolioinvestitionen liegt ein Fall einer geteilten Zuständigkeit (Art. 4 Abs. 2 lit. a) AEUV) vor. Dass es sich um einen Bereich handelt,

¹⁴⁰ Vgl. EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 175-194.

¹⁴¹ Vgl. Vorbehalt der EU zum Binnenschiffsverkehr, Abl. 2017 L 11/726.

¹⁴² Oben § 2.

in dem die Mitgliedstaaten weiterhin zuständig sind, macht insbesondere der Umstand deutlich, dass es ihnen möglich ist, hier Vorbehalte zu erklären (Art. 8.15. iVm. Anhang I, Anhang II). Es wäre schlechterdings widersprüchlich, den Mitgliedstaaten die Einlegung eines Vorbehalts in Bereichen zu ermöglichen, die in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen. Die Regelungen in Art. 8.1.-8.45 können damit nur in Form eines gemischten Abkommens abgeschlossen werden.

Es ist davon auszugehen, dass Art. 207 AEUV auch die Investition in Finanzinstitute erfasst (Art. 13.2. Abs. 1 lit. b)). Die Regelungen der Art. 13.1.-13.21. fallen damit insoweit, wie sie sich auf diese Investitionstätigkeit erstrecken, unter Art. 207 AEUV. Einige der Regelungen schränken die Freiheit der Mitgliedstaaten, ausländische Finanzdienstleister hinter der Grenze zu regulieren, erheblich ein. Nach der nicht unproblematischen Rechtsprechung des EuGH wird man auch sie in den Bereich des Art. 207 Abs. 1 AEUV fallen lassen.

Die Zuständigkeit erstreckt sich auch auf jene Bestimmungen in Kapitel 8 bzw. Kapitel 13, die institutionell-organisatorische und prozedurale Vorkehrungen treffen. Oben ist festgestellt worden, dass die Regelung in Art. 30.8 (entgegen der Ausführungen des EuGH im Gutachten 2/15) nicht in die ausschließliche oder geteilte Zuständigkeit der EU fallen, sondern ausschließliche Befugnis der Mitgliedstaaten berührt.

IV. Weitere Vorgaben für die Regelung der Verhältnisse „hinter der Grenze“

CETA enthält eine Reihe von Regelungskomplexen, die mit teilweise geringer Regeldichte Vorgaben für die Verhältnisse hinter der Grenze machen. Zu nennen sind etwa Art. 17.1.-17.4. (Wettbewerb), Art. 18.1.-19.1. (Rechtstellung von bestimmten öffentlichen Unternehmen) oder Art. 19.1.-19.19. (Vergaberecht)). Regelmäßig geht es hier darum, dass die Marktchancen der Investoren oder Dienstleistungserbringer aus einer anderen Vertragspartei nicht durch diskriminierende oder sonst unverhältnismäßige Regelungen beeinträchtigt werden. Man kann diese Regelungen als Maßnahmen zur Sicherung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit einordnen. Sie fallen dann nach der Rechtsprechung des EuGH unter Art. 207 Abs. 1 AEUV.

Einzelne Felder sind einer näheren Betrachtung wert:

1. Anerkennung der Berufsqualifikationen

Man ist sich allgemein einig, dass die Regelungen der Art. 11.1.-11.7. nicht unter Art. 207 AEUV fallen – hier geht es auch unter Zugrundelegung des weiten Verständnisses des EuGH nicht um „Handelspolitik“. Nicht zu erkennen ist, dass es sich um Festlegungen handelte, die die innergemeinschaftliche Binnenmarktharmonisierung im Sinne von Art. 3 Abs. 2 AEUV absichert. Denn die Wirksamkeit der Binnenmarkt-Anerkennungsregelungen hängt von der Frage, wie der Zutritt von Drittstaatsangehöri-

gen geregelt wird, nicht ab.¹⁴³ Es ist ein Bereich, der aufgrund seiner Binnenmarktrelevanz in die geteilte Zuständigkeit von EU und Mitgliedstaaten fällt (Art. 4 Abs. 2 lit. a) AEUV). Dem Gutachten 2/15 lässt sich allerdings entnehmen, dass der EuGH dies anders sehen würde.

2. Innerstaatliche Regulierung

Entsprechendes gilt für die Bestimmungen der Art. 12.1.-12.3., die ebenfalls keinen spezifisch handelspolitischen Bezug aufweisen. Sie sind ebenfalls Regelungen, die in die gemischte Zuständigkeit fallen.

3. Schutz geistigen Eigentums

Es ist oben dargestellt worden, dass die Frage, inwieweit die EU die Befugnis hat, über den Abschluss internationaler Handelsabkommen die Mitgliedstaaten zu einem Verhalten zu verpflichten, das nicht in dem Abkommen selbst, sondern in anderen Abkommen vorgesehen ist, nicht ganz eindeutig zu beantworten ist. Man könnte ein restriktives Verständnis der EU-Kompetenzen an CETA herantragen: Wenn ein Freihandelsabkommen (wie etwa CETA) sich nicht mit dem Inhalt der Schutzrechte befasst, sondern nur auf die einschlägigen multilateralen Verträge verweist (Art. 20.7. CETA), können danach die Regelungen über die Durchsetzung nur in dem Umfang, wie die materiellen Schutzrechte von der EU begründet worden sind, auf Art. 207 AEUV gestützt werden. Im übrigen wären die Mitgliedstaaten zuständig.¹⁴⁴ Zur Begründung könnte darauf hingewiesen werden, dass die EU die Mitgliedstaaten nicht im Wege eines Handelsabkommens zur Beachtung eines internationalen Abkommens verpflichten kann, das sie selbst (mit Verbindlichkeit für die Mitgliedstaaten nach Art. 216 Abs. 2 AEUV) nicht abschließen könnte. Vorstehend ist aber auch bereits darauf hingewiesen worden, dass der EuGH im Gutachten 2/15 ein weites Verständnis von Art. 207 Abs. 1 AEUV bevorzugt. Auf dieser Basis fallen die Art. 20.1.-20.50. unter Art. 207 Abs. 1 AEUV.

4. Handel und nachhaltige Entwicklung/Handel und Arbeit/Handel und Umwelt

CETA enthält ausführliche Kapitel, die sich mit der Regulierung der Bereiche Arbeit und Umwelt befassen (Art. 23.1-23.11. (Arbeit); Art. 24.1.-24.16. (Umwelt)). Sie werden unter einen „chapeau“ gestellt (Kapitel 22), in dem der Hintergrund und die Ziele formuliert werden.

Art. 22.1. Abs. 3 lässt sich mit Eindeutigkeit entnehmen, dass es sich nur teilweise um Maßnahmen handelt, die den internationalen Handel (auch nur mittelbar) berühren. Zu den Zielen, die einen Handelsbezug haben, gehört etwa Art. 21.1. Abs. 3 lit. b): Dort ist die Förderung des Dialogs und der Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien im

¹⁴³ So auch Mayer, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar? Gutachten, August 2014, S. 23 f.

¹⁴⁴ Beispiel: Artikel 20.12 regelt das illegale Aufzeichnen von Kinofilmen.

Hinblick auf die Entwicklung ihrer Handels- und Wirtschaftsbeziehungen vorgesehen, und zwar in einer Art und Weise, die ihre jeweiligen Arbeitsschutz- und Umweltschutzmaßnahmen und -Normen untermauert.

Andere Zielsetzungen weisen demgegenüber weit über den Bereich der internationalen Handelspolitik hinaus und haben Fragen der allgemeinen Arbeits- und Umweltpolitik zum Gegenstand. Zu nennen sind etwa:

- die „Förderung einer nachhaltigen Entwicklung durch eine verbesserte Koordinierung und Integration ihrer jeweiligen arbeits-, umwelt- und handelspolitischen Strategien und Maßnahmen“ (Art. 22.1. Abs. 3 lit. a))
- die „Verbesserung der Durchsetzung ihres jeweiligen Arbeits- und Umweltrechts und der Einhaltung internationaler Übereinkünfte in den Bereichen Arbeit und Umwelt“ (Art. 22.1. Abs. 3 lit. c))
- die „Förderung der vollen Nutzung von Instrumenten wie Folgenabschätzungen und Konsultationen der Interessenträger bei der Regelung von Handels-, Arbeits- und Umweltfragen und Ermutigung von Unternehmen, Organisationen der Zivilgesellschaft sowie Bürgerinnen und Bürgern zur Entwicklung und Umsetzung praktischer Vorgehensweisen, die zur Verwirklichung der Ziele einer nachhaltigen Entwicklung beitragen“ (Art. 22.1. Abs. 3 lit. d).

Dementsprechend enthalten die Kapitel 22-24 eine Vielzahl von Bestimmungen, die sich der Sicherung des allgemeinen (und gerade nicht spezifisch handelsbezogenen) Schutzniveaus im Bereich von Arbeit und Umwelt in den Vertragsparteien widmen (z.B. Art. 23.3., Art. 23.6., Art. 23.7., Art. 24.4., Art. 24.6. etc.).

Wer das Gutachten des EuGH 2/15 gelesen hat, wird keinen Zweifel daran haben, dass der EuGH in einem Verfahren über die Einordnung von CETA den Versuch unternehmen würde, diese Bestimmungen der gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 207 Abs. 1 AEUV zuzuordnen. Er würde darauf verweisen, dass das interne Arbeits- und Umweltschutzniveau für die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen in einem Markt Relevanz hat und deshalb (die zu erwartende Formulierung wäre: „direkt“) den internationalen Handel beeinflusst. Er würde darauf verweisen, dass es in dem Kapitel auch handelsrelevante Regelungen gibt (z.B. Art. 23.4. und Art. 24.5.) und deshalb der allgemeine Bezug zur Handelspolitik gegeben sei. Er würde schließlich darauf hinweisen, dass der Bruch der in den Kapitel 22-24 enthaltenen Verpflichtungen zu handelsrelevanten Repressalien führen könnte.

Es ist oben bereits dargestellt worden, dass dieser argumentative Ansatz schon inhaltlich nicht tragfähig ist: Natürlich haben Kosten Handelsrelevanz; das bedeutet aber nicht, dass deshalb alle mitgliedstaatlichen Regelungen, die sich auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen auswirken, über Instrumente der Handelspolitik harmonisiert werden könnten. Natürlich kann die Nichteinhaltung von Bestimmungen, die in einem Handelsvertrag sind, zu handelsbezogenen Repressalien führen; das bedeutet aber nicht, dass deshalb auch allgemeine Regulierung im Handelsvertrag nach Art. 207 Abs. 1 AEUV möglich wäre.

Die notwendige Schlussfolgerung ist, dass die Bestimmungen in den Kapiteln 22-24 nur insoweit unter Art. 207 Abs. 1 AEUV fallen, wie sie wirklich einen spezifischen Handelsbezug aufweisen (so z.B. Art. 23.4. und Art. 24.5.). Im übrigen bewegen sie sich im Bereich der geteilten Zuständigkeiten nach Art. 4 Abs. 2 AEUV.

Dem Bundesverfassungsgericht sei empfohlen, auf der Begrenztheit dieser Kompetenzen eindeutig zu bestehen: Wenn sich der EuGH mit seinem Anspruch durchsetzt, Art. 207 Abs. 1 AEUV in den Bereich der internen Regelung von Arbeit und Umwelt zu erstrecken, wird letztlich jede wirtschaftsrelevante Regelung hinter der Grenze in den Bereich der ausschließlichen Kompetenz der EU fallen.

5. Konsequenz: Geteilte Zuständigkeit auch für die Regelungen organisatorisch-institutioneller und prozeduraler Natur

Es folgt aus den oben getroffenen Feststellungen, dass auch die Bestimmungen, die institutionell-organisatorische und prozedurale Vorkehrungen treffen, in den Bereich der geteilten Zuständigkeiten eingeordnet werden müssen.

V. Regulierungszusammenarbeit

Die Regulierungszusammenarbeit sieht eine institutionalisierte Kooperation auf den Feldern vor, die CETA umfasst (Art. 21.1.-21.9.). Die vertraglichen Regelungen sind insoweit, wie sie die Kooperation im Bereich ausschließlicher EU-Kompetenzen etabliert, ihrerseits dem Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit der EU zuzuordnen. Soweit sie Kooperation im Bereich geteilter Zuständigkeiten von EU und Mitgliedstaaten vorsehen, sind auch die Bestimmungen der Art. 21.1.-21.9. dem Bereich des Art. 4 Abs. 2 AEUV zuzuordnen. Der Regelung über den Geltungsbereich (Art. 21.1.) lässt sich entnehmen, dass sich die Zusammenarbeit auch auf die Kapitel 22-24 erstrecken soll. Vorstehend ist festgestellt worden, dass es sich hierbei um Kapitel handelt, die in den Bereich geteilter Kompetenzen fallen.

E. Fazit: Der „competence creep“ im Bereich der Außenbeziehungen

Die vorstehenden Überlegungen haben deutlich gemacht, dass weiterhin wesentliche Unsicherheiten in der Frage fortbestehen, wie weit die außen(wirtschafts)rechtlichen Zuständigkeiten der EU zur Regulierung der internen Verhältnisse in den Mitgliedstaaten im Rahmen von Handelsabkommen reichen. Das Gutachten des EuGH 2/15 hat den Willen des EuGH deutlich gemacht, jedenfalls im Bereich der Regelung von Umwelt, Arbeit, Soziales etc. der EU auf der Basis von Art. 207 AEUV einen potentiell unbegrenzten Zugriff zu verschaffen. Das mag sich im konkreten Fall nicht spürbar auswirken, weil die in dem Freihandelsabkommen EU-Singapur getroffenen Regelungen nur von begrenzter Reichweite und Spürbarkeit waren. Dabei müssen Verhandlungspartner aber nicht stehen bleiben. Schon CETA begründet in mancherlei Hinsicht bedeutsamere, tiefergehende und spürbare Verpflichtungen in Bereichen, die nur über die Kostenrelevanz eine Rückwirkung auf den internationalen Handel haben.

I. Bemühungen um (immer) weitere Kompetenzausweitung in den Bereich der Regulierung „hinter der Grenze“

Der EuGH geht den Weg einer Ausweitung der EU-Kompetenzen auf dünner und wenig überzeugender argumentativer Basis (hierauf ist hingewiesen worden). Er lässt nicht erkennen, ob er einen Sinn für die primärrechtlichen, föderalen, politischen und sozialen Implikationen der damit einhergehenden Verschiebung von Zuständigkeiten hat. CETA ist ein gutes Beispiel dafür, dass die Verhandlungsteams der EU-Kommission schlicht überfordert sind, hier Lösungen zu entwickeln, die der Bedeutung ihrer Entscheidung *in* den Mitgliedstaaten gerecht wird. Die lange Liste von Erklärungen, mit denen man unzureichende vertragliche Regelungen einzufangen versucht, bietet hierfür beredtes Anschauungsmaterial.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive besteht die Notwendigkeit, dem beschriebenen „competence creep“ Grenzen zu setzen. Auch wenn der EuGH beanspruchen mag, die EU-Verträge abschließend interpretieren zu können (Art. 19 EUV), verfügt er doch über keine Interpretationskompetenz darüber, welche Zuständigkeiten der EU durch das *deutsche Zustimmungsgesetz* eingeräumt worden sind. Es besteht Anlass, herauszuarbeiten, wo hier die Grenzen einer handelspolitischen Steuerung der Verhältnisse „hinter der Grenze“ liegen. Vorstehend ist aufgezeigt worden, dass der EU jedenfalls keine ausschließliche Kompetenz zur allgemeinen handelsvertraglichen Regulierung der mitgliedstaatlichen Umwelt-, Arbeits- und Sozialpolitik ermöglicht werden sollte. Nicht zu erwarten ist, dass der EuGH in einem Verfahren nach Art. 267 AEUV seine expansive Sichtweise einschränken würde. Umso wichtiger ist es, dass aus mitgliedstaatlicher Seite Grenzen gezogen werden. Sollte ein mitgliedstaatliches Gericht in der Endentscheidung auf der Basis einer Interpretation des Zustimmungsgesetzes ein abweichendes Verständnis über die Kompetenzverteilung im Bereich des Äußeren entwickeln, würde dies dem Integrationsprozess keinen wesentlichen Schaden zufügen.

II. Demokratietheoretische Problematik: Handelspolitischer Zugriff auf Bereiche, die die EU intern nicht regeln könnte

Der Anspruch des EuGH, die ausschließlichen Zuständigkeiten der EU im Außenbereich über den Bereich der unmittelbaren Regelung des wirtschaftlichen Austausches hinaus auf Fragen der inneren Regulierung zu erstrecken, erweist sich demokratietheoretisch als folgenreich und problematisch. Der EuGH zielt darauf ab, den für die Gestaltung der Außen(handels)politik der EU zuständigen Organen den Zugriff auf Regelungsgebiete zu ermöglichen, die dem internen Normgeber der EU nicht zugänglich sind. Damit findet quasi durch die Hintertüre eine Kompetenzverschiebung statt, die vom politischen Willen des Zustimmungsgesetzgebers des deutschen Zustimmungsgesetzes so (schon mangels Vorstellung von der potentiellen Reichweite moderner Freihandelsabkommen) nicht getragen wird.

Die Problematik gewinnt dadurch an Gewicht, dass sich die institutionellen Entscheidungszusammenhänge und prozeduralen Vorkehrungen verschieben, wenn im Modus des völkerrechtlichen Vertragsschlusses (statt im Modus interner Normgebung) entschieden wird. Es kommt zu einer (weiteren) Gubernalisierung der Entscheidungsrou-

nen; die Rolle des Europäischen Parlaments ist reduziert (Art. 218 Abs. 6, Abs. 10 AEUV). Das Entscheidungsverfahren ermöglicht mitgliedstaatliche Einflussnahme und Steuerung in geringerem Umfang, als es dies im Bereich der internen Rechtsetzung nach Art. 293 ff. AEUV der Fall ist: Der Rat wird mit einem ausgehandelten Text konfrontiert, der immer schon ein Element des Unveränderlichen enthält. In typischen Konstellationen wird es nur um Annahme oder Ablehnung gehen, vor dem Hintergrund einer politischen Dynamik, die auf Annahme drängt.

Die beschriebene Ausweitung der EU-Außenkompetenzen hat zur Folge, dass die EU-Mitgliedstaaten das Recht zum internationalen Auftreten ganz verlieren; sie werden in diesen immer weiteren Bereichen durch die EU mediatisiert. Über die staatsrechtlichen Implikationen dieser Beobachtung ist bislang wenig nachgedacht worden. Jedenfalls hat der freizügige Gebrauch der angeblichen ausschließlichen Kompetenzen der EU zur vertraglichen Vereinbarung von Vorgaben für die Verhältnisse in den Mitgliedstaaten hinter der Grenze eine material-politische Verdünnung mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten zur Folge, die irgendwann einen Grad erreichen kann, der mit Art. 79 Abs. 3 GG nicht mehr vereinbar ist. Noch stehen keine Freihandelsabkommen zur Verhandlung an, denen tatsächlich ein derartiger umfassender Zugriff eingeschrieben ist. Der EuGH hat aber dem aber den kompetenziellen Boden bereitet, insbesondere dadurch, dass über die Handelspolitik auch eine Ordnung der mitgliedstaatlichen Umwelt-, Sozial- und Arbeitsmarktpolitik möglich sein soll. Wohlgemerkt: Die dogmatischen Ausführungen des EuGH scheinen deshalb (noch) nicht besonders bedeutsam, weil ihr gegenwärtiges Bezugsobjekt (CETA) sich einer Regelung noch weitgehend enthält. Wer die Rechtsprechungspraxis des EuGH kennt, würde er die von ihm entwickelte Dogmatik dann ohne weiteres auch auf Freihandelsabkommen mit weitergehendem Zugriff anwenden. In der Behandlung von CETA werden zugleich wesentliche Weichen für die Zukunft gestellt.

§ 3. Demokratische Errichtung und Kontrolle von umfassenden Freihandelsabkommen

A. Die Herausforderung: verfassungsrechtliche Rückbindung „umfassender Freihandelsabkommen“ neuen Typs

Die vorstehende Analyse hat aufgezeigt, wie weit die Einwirkungen reichen, die von einem „umfassenden Freihandelsabkommen“ neueren Typs wie CETA auf die Regelungsbefugnisse der Mitgliedstaaten der EU „hinter der Grenze“ ausgehen. Das weite (und teilweise unzulässige) Verständnis, das der EuGH Art. 207 Abs. 1 AEUV und Art. 3 Abs. 2 AEUV zugrunde legt, hat zur Folge, dass die Mitgliedstaaten die diesbezügliche Gestaltungsmöglichkeit jedenfalls insoweit verlieren, wie es um den Abschluss völkerrechtlicher Abkommen geht. Hat die EU in einem bestimmten Bereich (regelmäßig mit Mehrheitsentscheidung im Rat) ein Abkommen geschlossen, können die Mitgliedstaaten intern aus unionsrechtlichen Gründen nicht mehr handeln (Art. 216 Abs. 2 AEUV).

Auch dort, wo die EU und die Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeiten wahrnehmen, führen „umfassende Freihandelsabkommen“ neuen Typs zu einem erheblichem Verlust an Gestaltungsmacht. Dies gilt insbesondere, wenn Vertragsgremien eingesetzt werden, die zu „Auslegung“ oder gar zur Weiterentwicklung des Abkommens in organisatorisch-institutioneller oder auch materieller Hinsicht befugt sind. Die mitgliedstaatlichen Möglichkeiten einer Einwirkung sind hier begrenzt, die institutionelle Dynamik wird sich nur mit Abstrichen steuern und kontrollieren lassen.

Es besteht also hinreichender Bedarf, sich der Frage danach, wie „umfassende Freihandelsabkommen“ neuen Typs verfassungsrechtlich so rückgebunden werden, aufmerksam zu widmen. Bislang fehlt es in diesem Punkt noch an verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung; auch die rechtswissenschaftliche Debatte ist noch am Anfang. Verwundern kann dies nicht. Zwar sind „gemischte Abkommen“ eigentlich ein altes Phänomen. Dass ihre verfassungsrechtliche Rückbindung bislang so wenig geklärt ist, hat vor allem zwei Gründe:

Ein Erklärungsfaktor liegt in den Strukturgegebenheiten des internationalen Wirtschaftsrechts. Die internationale Handels- und Wirtschaftspolitik beschäftigte sich bis in jüngere Zeit vor allem mit der Liberalisierung von Maßnahmen „an der Grenze“. Die Staaten waren in der Gestaltung ihrer Wirtschafts-, Umwelt- und Sozialpolitiken „hinter der Grenze“ frei, solange sie dabei nicht diskriminierten (Art. III GATT). Eine deutliche, bislang verfassungsrechtlich noch nicht verarbeitete Weiterung erfolgte erst in den 1990er Jahren, im Warenverkehr mit den Abkommen über technische Handelshemmnisse (TBT) und über sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen (SPS), im Dienstleistungsbereich mit der Liberalisierung der Erbringungsmodi 2 und 3 im GATT sowie mit dem TRIPs. In Assoziationsabkommen kam es teilweise auch zur Liberalisierung des Marktzugangs von Arbeitskräften.¹⁴⁵ Auch hier erfolgte jedenfalls kein wesentlicher Eingriff in die politische Gestaltungsautonomie der Vertragsstaaten, der über die Pflicht zur Nichtdiskriminierung hinausging.

¹⁴⁵ Zu denken ist an das Abkommen EG-Türkei (Assoziationsratsbeschluss 1/80).

Von Bedeutung ist aber auch der Umstand, dass das deutsche Europa- und Außenverfassungsrecht in den letzten Jahren neue Konturen erlangte. Sie sind vom Bundesverfassungsgericht in einer Vielzahl von Entscheidungen seit „Lissabon“ entwickelt worden, beschäftigen sich teilweise mit der Konkretisierung von Art. 23 GG, laufen teilweise aber auch auf die Entwicklung von Tiefenstrukturen hinaus, die in Art. 79 Abs. 3 GG verankert werden. Sicher ist jedenfalls, dass diese Strukturen bislang keine abschließende Struktur gewonnen haben. Sicher ist auch, dass ihre konkrete Bedeutung im Bereich gemischter Abkommen bislang nicht entfaltet worden ist. Im Kontext der Diskussion um die Ratifizierung von CETA hat die Diskussion Fahrt aufgenommen.

Die nachfolgende Untersuchung unternimmt den Versuch, die beiden Entwicklungslinien (am Beispiel von CETA) zusammenzuführen und danach zu fragen, wie eine Absicherung eines „umfassenden Freihandelsabkommens“ im Lichte der Dogmatik des Grundgesetzes auszusehen hat, die das Bundesverfassungsgericht zur Rückbindung überstaatlicher Formen von „governance“ entwickelt hat. Dies erfordert eine Extrapolation der Entwicklungslinien, die das Bundesverfassungsgericht im letzten Jahr entwickelt hat. Die europaverfassungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist von einer Teleologie getragen, die sich an einer Reihe von Zielen orientiert. Einerseits geht es um eine hinreichende Legitimation der Entscheidung über die Herbeiführung vertraglicher Bindungen und (gegebenenfalls) die Einsetzung einer überstaatlichen öffentlichen Gewalt. Andererseits geht es aber auch um eine hinreichende (parlamentarische) Steuerung des Entscheidungsverhaltens im Rahmen einer überstaatlichen Einrichtung. Ungeachtet einer größeren Zahl verfassungsgerichtlicher Entscheidungen besteht hier aber weiterhin keine hinreichende Klarheit über die Maßstäbe und normativen Standards; man ist in all den Jahren nicht wirklich vorangekommen, nicht zuletzt deshalb, weil man es beim Blick auf die EU mit einem sich bewegenden Ziel zu tun hatte. Gleichwohl lassen sich gewisse Grundaussagen heute auch für vertragliche „governance“ jenseits der EU treffen.

Die nachfolgende Analyse beschäftigt sich mit drei Fragekreisen. Im ersten Abschnitt soll es um die Frage gehen, wie das Zustimmungsgesetz zu einem „umfassenden Freihandelsabkommen“ verfassungsrechtlich ergehen muss (nachfolgend B.). Im Folgenden geht es dann um die Strukturvorgaben, die ein derartiges Abkommen aufweisen muss (nachfolgend C.). Schließlich geht es um die Frage, wie die Entscheidungstätigkeit der Vertragsgremien, die in „umfassenden Freihandelsabkommen“ wirken, in den Verfassungsraum des Grundgesetzes rückgebunden werden muss (nachfolgend D.).

B. Die Zustimmung zu einem gemischten Freihandelsabkommen neuen Typs

Der Abschluss eines gemischten Freihandelsabkommens neuen Typs bedarf – per definitionem – der Zustimmung der Mitgliedstaaten. Die Frage, auf welcher Basis diese Zustimmung zu erfolgen hat, ist in der Bundesrepublik Deutschland umstritten und vom Bundesverfassungsgericht noch nicht abschließend geklärt.

I. Perspektivische Grundlagen: Trennungsansatz oder Einheitsbetrachtung?

Schon die Formulierung der verfassungsrechtlichen Ausgangsfrage bereitet bei gemischten Abkommen Schwierigkeiten. Sie haben ihre Ursache in dem Umstand, dass ein gemischtes Abkommen unter Kompetenzgesichtspunkten in zwei Teilbereiche zerfällt, unter dem Gesichtspunkt der Bindung aber eine Einheit darstellt.

Bislang hat sich das Bundesverfassungsgericht zur Einordnung von gemischten Abkommen und zu den damit verbundenen Konstruktionsfragen nicht geäußert. In der Lisabon-Entscheidung spricht das Bundesverfassungsgericht zwar über das WTO-Übereinkommen als gemischtem Abkommen, nimmt aber keine verfassungsrechtliche Einordnung vor.¹⁴⁶ Auch in den Beschlüssen des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Oktober 2016¹⁴⁷ und vom 7. Dezember 2016¹⁴⁸ findet sich keine Einordnung gemischter Abkommen in das System der Außenkompetenzen des Grundgesetzes. In der verfassungsrechtlichen Literatur scheint der „Trennungsansatz“ auch bei der Betrachtung von gemischten Abkommen ohne Trennungsklausel vorherrschend zu sein. Der Umstand, dass derartige Abkommen eine „gesamthänderische“ völkerrechtliche Bindung von EU und Mitgliedstaaten bewirken, wird dabei allerdings nicht explizit thematisiert. Dass der EuGH die Befugnis in Anspruch nimmt, auch in jenen Bereichen eines gemischten Abkommens zu judizieren, die in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallen, ist wenig bekannt.¹⁴⁹

1. Trennungsansatz

Gemischte Abkommen werden geschlossen, wenn sich der Inhalt eines geplanten Abkommens über den der EU eingeräumten Kompetenzbereich hinaus erstreckt. Aus dieser Warte lassen sich die Zustimmung, die die EU für den Bereich ihrer Zuständigkeit erteilen muss, und die Zustimmung, die ein Mitgliedstaat für die ihm zugeordneten Teile ausspricht, klar unterscheiden. Wer so an gemischte Abkommen herangeht, wird einen „Trennungsansatz“ bevorzugen. Er wird einerseits fragen, ob sich die EU bei der Erteilung *ihrer* Zustimmung in dem verfassungsrechtlichen Rahmen bewegt, die ihr mit Blick auf Art. 23, Art. 79 GG gezogen ist. Andererseits wird er sich um die verfassungsrechtliche Rückbindung der Zustimmung zu den Teilen bemühen, die in die mitgliedstaatliche Kompetenz fallen. In Deutschland wird hier Art. 24 GG, Art. 59 Abs. 2 GG einschlägig sein.

2. Gesamtbetrachtung

Dieser „Trennungsansatz“ erfasst die Rechtsrealität gemischter Abkommen aber nur unvollkommen. Gemischte Abkommen binden die Vertragspartner EU und Mitgliedstaaten völkerrechtlich umfassend, wenn sie *keine Trennungsklausel* aufweisen. Die EU übernimmt danach auch für jene Bereiche die Erfüllungsverantwortung, die in den Be-

¹⁴⁶ BVerfGE 123, 267 (Rdnr. 372).

¹⁴⁷ BVerfG, Beschluss vom 13. Oktober 2016, - 2 BvR 1368/16 -.

¹⁴⁸ BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2016, - 2 BvR 1444/16 -.

¹⁴⁹ Hierzu sogleich unter B. II.

reich der mitgliedstaatlichen Kompetenzen fallen. Das Abkommen wird auch unionsrechtlich nach Art. 216 Abs. 2 AEUV in vollem Umfang verpflichtend. Andererseits trifft auch die Mitgliedstaaten bei Fehlen einer Trennungsklausel die volle Erfüllungsverantwortung. Der im „Trennungsansatz“ angelegte Versuch einer strikt zweispurigen Rekonstruktion von Zuständigkeit, Verantwortung und verfassungsrechtlicher Rückbindung verkürzt diese Zusammenhänge in wenig plausibler Weise. Gerade wenn sich die Notwendigkeit des Abschlusses eines gemischten Abkommens daraus ergibt, dass sich (nur) einzelne Residualbereiche der geplanten Übereinkunft jenseits der EU-Kompetenzen bewegen, handelt es sich um einen Vorgang, der bei wertender Betrachtung ganz als „Angelegenheit der Europäischen Union“ anzusehen ist.

Davon muss insbesondere ausgegangen werden, wenn das Abkommen ganz von der EU-Kommission – auf der Grundlage eines Mandats des Rats - ausgehandelt wurde. Erteilt der Rat der EU-Kommission das Mandat, Abkommensinhalte auszuhandeln, die sich auf mitgliedstaatliche Zuständigkeiten beziehen, kann die hierfür notwendige Legitimation nur über Art. 23 GG begründet werden. Es erscheint jedenfalls zweifelhaft, warum die so ausgehandelten Ergebnisse dann (allein) über Art. 24, Art. 59 Abs. 2 GG gebilligt werden sollen. In einem solchen Fall so zu tun, als ob sich das Abkommen in zwei nebeneinander stehende Teile aufspalten lasse, ist irreführend – auch wenn zuzugeben ist, dass juristische Konstruktionsfreude dies möglich macht. Diese Überlegungen sprechen dafür, bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung eine „Einheitsbetrachtung“ anzulegen.

3. Fazit: Gemischte Abkommen sollten aus der Perspektive des Grundgesetzes nicht in verschiedene Teile zerlegt werden

Die vorstehenden Überlegungen legen es nahe, gemischte Abkommen aus verfassungsrechtlicher Perspektive als Einheit zu betrachten. Die Beantwortung von Fragen, die sich mit Blick auf die Zustimmungsgesetzgebung sowie die parlamentarische Begleitung ergeben, sollte nicht von der Fiktion zweier klar zu trennender Abkommensbestandteile ausgehen – auch wenn aus kompetenzieller Hinsicht eine Zuordnung der verschiedenen Materien nicht nur möglich ist, sondern auch als geboten erscheint.

II. Verfassungsrechtliche Legitimation von gemischten Abkommen ohne Begründung von Hoheitsgewalt

Der verfassungsrechtliche Umgang mit gemischten Abkommen bereitet deshalb Schwierigkeiten, weil das Grundgesetz dieser Handlungsform keine spezifische Aufmerksamkeit schenkt. Derartige Abkommen bewegen sich in einer Grenzzone zwischen Art. 23 GG („Angelegenheiten der Europäischen Union“) und Art. 24 GG, Art. 59 Abs. 2 GG (völkerrechtliche Verträge).

1. Meinungsstand in der politischen und rechtswissenschaftlichen Diskussion

Die politisch handelnden Verfassungsorgane haben sich bislang nur vereinzelt dazu geäußert, ob sich der Abschluss eines gemischten Abkommens unter Art. 23 GG zu

vollziehen hat. Die Bundesregierung hat die Auffassung vertreten, dass sich die Mitwirkung der Länder beim Abschluss eines gemischten Abkommens nach Art. 23 Abs. 2 GG vollziehe.¹⁵⁰ In der Äußerung wird nicht danach unterschieden, ob das Abkommen die Einrichtung von Vertragsgremien mit Hoheitsgewalt vorsieht. Die Feststellung der Bundesregierung impliziert jedenfalls, dass es sich um eine „Angelegenheit der Europäischen Union“ handelt. Wenn und soweit ein gemischtes Abkommen zu Kompetenzverschiebungen führt, impliziert dies dann aber auch die Anwendbarkeit von Art. 23 Abs. 1 GG. Es wäre nicht einsichtig, in diesem Fall die Beteiligung an dem Abkommen nicht auf Art. 23 Abs. 1 GG, sondern auf Art. 59 GG zu stützen.

Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts liegt bislang – wie schon gesagt – nicht vor.

Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur ist die Frage jedenfalls mit Blick auf Freihandelsabkommen des neuen Typs ebenfalls noch nicht wirklich vertieft behandelt worden. Vereinzelt Stellungnahmen tendieren – wie ebenfalls schon gesagt – zu einer getrennten Betrachtung der Abkommensteile, die in die Zuständigkeit der EU fallen, und jener, die Gegenstand der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten sind.

2. Absicherung des unionalen Teils

Schließen die EU und ihre Mitgliedstaaten ein Gemischtes Abkommen ab, das vertragliche Bindungen begründet, ohne Hoheitsgewalt auf ein internationales Vertragsgremium zu übertragen, scheint der Zustimmungsakt der EU über ihre Vertragsschlussbefugnis *nach dem EU-Primärrecht* legitimiert zu werden.¹⁵¹ Eine erneute Absicherung durch den mitgliedstaatlichen Zustimmungsgesetzgeber wäre – jedenfalls soweit sich die EU im Rahmen ihrer Kompetenzen bewegt und keine Verpflichtungen ultra-vires eingeht – danach nicht erforderlich.

Bei genauerem Hinsehen ist aber davon auszugehen, dass zwischen den verschiedenen Typen gemischter Abkommen zu differenzieren ist. Abkommen, die eine umfassende Verantwortlichkeit von EU und Mitgliedstaaten aufweisen (Fehlen einer Trennungsklausel), müssen aus verfassungsrechtlicher Sicht einer anderen Einordnung und Behandlung unterzogen werden als Abkommen, die eine Trennungsklausel aufweisen und damit nach Innen (im Verhältnis von EU und Mitgliedstaaten) und nach Außen (im Verhältnis zu den Vertragsparteien) die jeweiligen Zuständigkeiten aufdecken.

¹⁵⁰ Schilderung bei Frenz, Die Verdrängung des Lindauer Abkommens durch Art. 23 GG, DVBl. 1999, 945.

¹⁵¹ Aus unionsrechtlicher Sicht betont der EuGH daher auch zu Recht, dass es einer begleitenden Mitwirkung der Mitgliedstaaten (etwa in Form eines Aktes der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten) in dem Verfahren nach Art. 218 AEUV nicht bedarf (EuGH, Urt. v. 18.4.2015, Rs. C-28/12, Kommission/Rat).

a) Gemischte Abkommen ohne Trennungsklausel: Kompetenzerweiterung der EU

Wenn die EU und Mitgliedstaaten ein gemischtes Abkommen schließen, das nicht ausweist, welche (Teil-)Regelungen von welchem der jeweiligen Vertragsparteien auf europäischer Seite zu verantworten ist, haften die Vertragspartner jeweils für die Erfüllung des Gesamtabkommens. Der Vertragspartner kann nicht darauf verwiesen werden, sich über die interne Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten Gedanken zu machen; seine Beurteilung hätte im übrigen keine rechtliche Bedeutung im Innenverhältnis von EU und Mitgliedstaaten. Gemischte Abkommen ohne Trennungsklausel bringen es daher mit sich, dass die Bundesrepublik Deutschland Verpflichtungen übernimmt, die sich im Kompetenzbereich der EU bewegen. Ebenfalls übernimmt die EU Bindungen in Bereichen, in denen ihr durch die Gründungsverträge keine Handlungsbefugnisse eingeräumt worden sind.

Konkrete Zuständigkeits- und Kompetenzverschiebungen ergeben sich zunächst nach außen in den völkerrechtlichen Raum hinein. Die EU rückt bei einem gemischten Abkommen ohne Trennungsklausel in die Position ein, alle Rechte des Abkommens gegenüber dem Vertragspartner einzufordern – gleichgültig, ob sich diese im Kompetenzbereich der EU oder in jenem der Mitgliedstaaten bewegen. Völkerrechtlich ist damit nichts dagegen einzuwenden, wenn die EU als Akteur in Bereichen auftritt, in denen sie intern keine Kompetenz hat, und wenn sie sich dabei auf Bestimmungen des Freihandelsabkommens stützt, die außerhalb ihrer Befugnisse liegen. Schon während des Verhandlungsprozesses war es im übrigen die EU-Delegation, die Vertragsbestimmungen ausgehandelt hat, die sich – wie die spätere Prüfung ergab – im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten bewegten. Dementsprechend wird sich die EU dann auch in der Durchführungsphase in Bereichen völkerrechtlich betätigen, die ihr nach der primärrechtlichen Zuständigkeitsverteilung nicht überantwortet sind. Wohlgemerkt: Dies ist nicht Ausdruck einer Kompetenzerweiterung, sondern naheliegende Folge des Umstands, dass bei einem gemischten Abkommen ohne Trennungsklausel EU und Mitgliedstaaten im völkerrechtlichen Raum im vollen Vertragsumfang verpflichtet und berechtigt sind. Die Mahnung, sich an der internen Kompetenzverteilung zu orientieren, wird schon deshalb ins Leere gehen, weil in den vertraglich eingerichteten Gremien überwiegend nur EU-Vertreter vertreten sind: Den Mitgliedstaaten bleibt lediglich die Möglichkeit, im Rat auf ein bestimmtes Verhalten der EU-Vertreter hinzuwirken. An dem EU-Kompetenzgewinn, der mit der Vertretung in den Vertragsgremien verbunden ist, ändert sich durch eine – inhaltlich nur begrenzt mögliche – Determination nichts. Selbst in Gremien, in denen auch mitgliedstaatliche Vertreter Sitz und Stimme haben, ist im übrigen keinesfalls sichergestellt, dass bei jedem Tagesordnungspunkt geklärt wird, wie er nach der internen Kompetenzverteilung in der EU einzuordnen ist. Auch dort gewinnt die EU Handlungsmöglichkeiten, die sie nach der internen Kompetenzverteilung gerade nicht hat. Diese Kompetenzerweiterung in den internationalen Bereich hinein muss nach Art. 23 Abs. 1 GG abgesichert werden.

Ein Zustimmungsbedarf nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG ergibt sich beim Abschluss eines gemischten Abkommens zudem auch deshalb, weil sich nach innen die Handlungsbefugnisse der EU-Organe erweitern. Über den Auftritt von EU und Mitgliedstaaten wird auch in Bereichen, die nicht in die EU-Zuständigkeit fallen, in EU-Gremien verhandelt (Trade Policy Committee, Rat etc.). Die EU-Gremien gewinnen damit auch dann, wenn

den Mitgliedstaaten ein bestimmender Einfluss zugestanden wird, eine Handlungsbefugnis, die sie nach den Bestimmungen des AEUV (insbesondere nach Art. 207 AEUV) nicht hätten.

Der EuGH beansprucht seit Mitte der 90er Jahre,¹⁵² auch jene Bestandteile des Abkommens interpretieren zu können, die in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallen.¹⁵³ Der EuGH stellt in „Merck“ fest:

„It follows that, the TRIPS Agreement having been concluded by the Community and its Member States by virtue of joint competence, the Court, hearing a case brought before it in accordance with the provisions of the EC Treaty, in particular Article 234 EC, has jurisdiction to define the obligations which the Community has thereby assumed and, for that purpose, to interpret the provisions of the TRIPS Agreement.“¹⁵⁴

Offenkundig bringt der Anspruch des EuGH, auch Bestimmungen eines gemischten Abkommens interpretieren zu können, die in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallen, eine Fortschreibung und Veränderung der mitgliedstaatlichen Verpflichtungen aus dem Abkommen mit sich.¹⁵⁵ Wer mit den Gegebenheiten richterlicher „Kontrolle“ vertraut ist, weiß, dass die Rechtsprechung des EuGH immer auch ein dynamisches und konstruktives Element in sich birgt.

Der Abschluss eines gemischten Abkommens ohne Trennungsklausel bringt damit immer eine Kompetenzerweiterung der EU mit sich. Nicht nur erweitert sich die Rechtstellung der EU (als Rechtssubjekt) in alle Bereiche hinein, die von dem gemischten Abkommen abgedeckt werden – selbst wenn sie nach dem EU-Vertragsrecht nicht integriert sind und damit weiterhin den Mitgliedstaaten vorbehalten sind. Vor allem gewinnt der EuGH Entscheidungsbefugnisse in Bereichen, in denen die EU vertraglich keine Befugnisse hat. Diese Umstände erklären, warum der Abschluss eines gemischten Abkommens bei unklarer Kompetenzlage für die EU-Organe einen nicht unerheblichen Reiz aufweist.

¹⁵² Keine Äußerung zu dieser Frage etwa in: EuGH, Urt. v. 30.4.1974, Rs. 181/73, Haegeman/Belgien; EuGH, Urt. v. 24.11.1977, Rs. 65/77, Razanatsimba; EuGH, Urt. v. 20.9.1990, Rs. C-192/89 Sevince/Staatsecretaris van Justitie; EuGH, Urt. v. 16.12.1992, Rs. C-237/91, Kus/Landeshauptstadt Wiesbaden.

¹⁵³ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.9.2007, Rs. C-431/05, Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos Lda v Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme Lda; erste Ansätze schon EuGH, Urt. v. 30.9.1987, Rs. 12/86, Demirel/Stadt Schwäbisch Gmünd; EuGH, Urt. v. 16.6.1998, Rs. C-53/96, Hermès International v FHT Marketing; EuGH, Urt. v. 14.12.2000, verb. Rs. 300/98 und 392/98, Parfums Christian Dior.

¹⁵⁴ EuGH, Urt. v. 11.9.2007, Rs. C-431/05, Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos Lda v Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme Lda, Rdnr. 33

¹⁵⁵ Ausführlich: Rosas, in: Koskeniemi (Hrsg.), International Law Aspects of the European Union, 1997, S. 140; P. Koutrakos, The Interpretation of Mixed Agreements, in: Hillion/Koutrakos (Ed.), Mixed Agreements Revisited - The EU and its Member States in the World, 2010, S. 116-137; Abt, Die Mitwirkung der deutschen Bundesländer bei völkervertraglichen Handlungen im Rahmen der Europäischen Union, 2003, S. 110 ff., 119.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht zwingen die beschriebenen Gegebenheiten zu der Schlussfolgerung, dass gemischte Abkommen ohne Trennungsklausel zu Befugnisweiterungen der EU führen, die unter Art. 23 GG zu thematisieren sind. Gemischte Abkommen, die mangels Trennungsklausel eine vertragliche Einheit bilden, sind eine „Angelegenheit der EU“.

b) Gemischte Abkommen mit Trennungsklausel: Parallelität der vertraglichen Bindungen

Abkommen dieses Typs lassen sich der Sache nach als Texte behandeln, in denen zwei Abkommen nebeneinander stehen. Jedes dieser Abkommen ist nach den jeweiligen Kompetenzregeln zu behandeln. Einer spezifischen verfassungsrechtlichen Rückbindung nach den Regeln des Grundgesetzes bedarf nur jener Abkommensteil, der von der Bundesrepublik Deutschland nach den Regeln geschlossen wird, die für völkerrechtliche Verträge gelten. Der Abschluss eines Abkommens durch die EU bedarf – soweit er sich im Rahmen der EU-Verträge bewegt – keiner besonderen und spezifischen verfassungsrechtlichen Absicherung; er wird vielmehr von der Zustimmung vom EU-Primärrecht getragen.

3. Absicherung des deutschen Teils

Bislang hat sich das Bundesverfassungsgericht auch noch nicht eindeutig zu der Frage geäußert, ob die Zustimmung zum mitgliedstaatlichen Teil eines gemischten Abkommens nach Art. 23 Abs. 1 GG oder nach Art. 59 Abs. 2 GG zu erfolgen hat. Die Beantwortung der Frage hängt mit der Wahl der grundsätzlichen Perspektive ab, mit der ein gemischtes Abkommen betrachtet wird (oben I.).

a) Zustimmung nach Art. 59 Abs. 2 GG?

Offensichtlich wäre es denkbar, für den Bereich des Gemischten Abkommens, der die Kompetenzen Deutschlands betrifft, die Bestimmungen von Art. 59 Abs. 2 GG anzuwenden.¹⁵⁶ Ein Rückgriff auf Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG käme danach nicht in Betracht. Zur Begründung ließe sich anführen, dass die Spezialregelung des Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG die Bestimmungen des Art. 24 Abs. 1 iVm. Art. 59 Abs. 2 GG nur verdrängen könne, wenn und soweit sie sachlich einschlägig ist. Die Zustimmung zu jenen Teilen eines gemischten Abkommens, die in den mitgliedstaatlichen Kompetenzbereich fallen, stelle aber keine „Übertragung“ von Hoheitsgewalt auf die EU dar. Damit wären Art. 24 Abs. 1 iVm. Art. 59 Abs. 2 GG einschlägig.

¹⁵⁶ So etwa Grzeszick/Hettche, Zur Beteiligung des Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, AöR 141 (2016), 225, 242 ff.; Wissenschaftliche Dienste, Fragen zum sog. Lindauer Abkommen und der Ständigen Vertragskommission der Länder, Az. WD 3 - 3000 - 240/16, S. 5 mwN.; vgl. speziell zu CETA für die Anwendung von Art. 59 GG: Mayer/Ermes, Rechtsfragen zu den EU-Freihandelsabkommen CETA und TTIP, ZRP 2014, 237 (240).

Das Erfordernis einer (parlaments)gesetzlichen Grundlage greift dieser Sichtweise zufolge nur, wenn sich in dem Teil eines gemischten Abkommens, der in den mitgliedstaatlichen Zuständigkeitsbereich falle, sog. „hochpolitische Inhalte“ finden oder sie der (parlaments)gesetzlichen Umsetzung bedürfen. Fehlt es daran, kann der Abschluss des gemischten Abkommens in Form eines Verwaltungsabkommens durch die Gubernative erfolgen. Die Zustimmung des Bundesrates ist nur dann erforderlich, wenn sich eine entsprechende innerstaatliche Mitwirkungsbefugnis aufzeigen lässt. Art. 59 Abs. 2 GG weicht in diesem Punkt von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG ab. Ein besonderes Entscheidungsquorum ist für den Abschluss eines gemischten Abkommens nach Art. 59 Abs. 2 GG nicht erforderlich, und zwar auch dann, wenn es zu einer Übertragung von Hoheitsrechten auf eine zwischenstaatliche Einrichtung nach Art. 24 Abs. 1 GG kommt.

b) Zustimmung nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG

Vorzugswürdig erscheint inzwischen aber eine Sichtweise, die die Einheit des gemischten Abkommens betont.¹⁵⁷ Sie stellt in den Vordergrund, dass ein Gemischtes Abkommen einen untrennbaren Bezug zum Integrationsprozess aufweist, der durch die Anwendung von Art. 24 Abs. 1 iVm. Art. 59 Abs. 2 GG nicht richtig abgebildet wird.

aa) Der kompetenzorientierte Ansatz: Zustimmung zur „Schließung von Kompetenzlücken“

Zur Anwendung von Art. 23 GG kann man zunächst dadurch kommen, dass man annimmt, dass die deutsche Zustimmung zu einem gemischten Abkommen zu einer *Kompetenzübertragung auf die EU* führt, vermittelt derer der EU die fehlenden Zuständigkeiten verschafft werden. Diese Sichtweise ist jüngst von *Arne Pautsch* entwickelt worden.¹⁵⁸ Er schlägt vor, den deutschen Zustimmungsakt als Entscheidung zu deuten, mit der der EU jene Befugnisse gewährt werden, vermittelt derer sie das Abkommen dann als „EU-only“ abschließen kann. Ein gemischtes Abkommen ist danach ein „EU-only“-Abkommen, dem die Mitgliedstaaten nur deshalb zustimmen (müssen), weil sie der EU die noch fehlenden Kompetenzen verschaffen. Die „Kompetenzlücke“ der EU würde durch den (auf Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG zu stützenden) staatlichen Zustimmungsakt „einmalig geschlossen“.

Das Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG ist dieser Sichtweise zufolge als Akt zu deuten,

„mit dem Regelungsbereiche aus dem innerstaatlichen Kompetenzbereich – gleichsam als Komplementärkompetenzen gegenüber der ohnehin bei der EU angesiedelten ausschließlichen Zuständigkeit für die Gemeinsame Handelspoli-

¹⁵⁷ Für die Anwendung von Art. 23 GG: Pautsch, Der Abschluss des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) als „gemischtes Abkommen“, in: NVwZ 2016, 1294 (1295).

¹⁵⁸ Pautsch, Der Abschluss des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) als „gemischtes Abkommen“, NVwZ online-aufsätze, 2016, 18, S. 1 (4).

tik – an diese übertragen werden und so die Durchführung des jeweiligen gemischten Abkommens sichergestellt wird.“¹⁵⁹.

Damit würde zugleich „die Durchführungskompetenz für das gemischte Abkommen ... auf die EU übertragen.“ *Pautsch* meint:

„Dies beruht bei CETA auf dem Gedanken, dass die sich aus dem Vertragsschluss ergebenden kompetenziellen Verflechtungen zwischen den Vertragspartnern in ihrer Gesamtgewichtung zu einer nachvertraglichen Wahrnehmungskompetenz der EU, deren ausschließliche Kompetenz ja den Kern des Abkommens ausmacht, verdichten.“

Es ist offensichtlich, dass diese Sichtweise zwingend zur Anwendung von Art. 23 Abs. 1 GG führt. Die Schließung von Kompetenzlücken der EU kann heute nicht mehr nach Art. 59 Abs. 2 GG iVm. Art. 24 Abs. 1 GG bewirkt werden, sondern hat auf der Grundlage der insofern spezielleren Bestimmung des Europaverfassungsrechts zu erfolgen.¹⁶⁰

Zweifel weckt die Position, weil sie dem Zustimmungsakt eine Bedeutung zuschreibt, wie weder politisch noch rechtskonstruktiv dem Willen der Beteiligten entspricht. Dem deutschen Zustimmungsgesetzgeber steht nicht vor Augen, dass er durch eine Kompetenzübertragung die EU in die Lage versetzen will, das Abkommen als „EU-only“ abzuschließen. Es liegt ihm vielmehr gerade daran, eine Bindung der Bundesrepublik Deutschland herbeizuführen. Die diskutierte Position hätte etwa zur Folge, dass die in CETA vorgesehene Kündigung mitgliedstaatlicher Investitionsschutzabkommen nicht durch die Mitgliedstaaten, sondern durch die EU vorzunehmen wäre. Das aber widerspricht erkennbar der politischen Praxis. Im übrigen wäre eine einseitige Kompetenzübertragung nur durch die Bundesrepublik Deutschland zwar nicht denkgesetzlich ausgeschlossen, in der Grundlage des EU-Rechts aber außergewöhnlich und besonders begründungsbedürftig. Für die Annahme, dass auch die anderen 27 Mitgliedstaaten mit der Zustimmung zu einem gemischten Abkommen eine Kompetenzübertragung auf die EU vornehmen wollen, spricht aber wenig. Schließlich hat die beschriebene Position auch für Art. 48 EUV kein Verständnis.

bb) Der inhaltliche Ansatz: Anwendbarkeit von Art. 23 GG aufgrund der Sachgegebenheiten eines gemischten Abkommens

Der vorzugswürdigen Sichtweise zufolge geht es beim Abschluss gemischter Abkommen nicht darum, der EU zusätzliche Kompetenzen zu verschaffen. Die Anwendung

¹⁵⁹ Pautsch, Der Abschluss des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) als „gemischtes Abkommen“, NVwZ online-aufsätze, 2016, 18, S. 1 (4). Er verweist auf: Schorkopf, BK-GG, Art. 23 Rdnr. 65.

¹⁶⁰ Pautsch, Der Abschluss des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) als „gemischtes Abkommen“, NVwZ online-aufsätze, 2016, 18, S. 1 (2): „Das tragende Argument besteht darin, dass Art. 59 II GG in allen Fällen zu kurz greift, in denen es an einer unmittelbaren Übertragung von Durchgriffsrechten auf die EU zwar fehlt, zugleich aber die Bezüge zur EU, die sich trotz der Komplexität des Integrationsprozesses auftun, ansonsten aber weitgehend unberücksichtigt blieben.“

von Art. 23 Abs. 1 GG ergibt sich vielmehr aus dem untrennbaren Zusammenhang, der beim Abschluss eines gemischten Abkommens zwischen dem Zustimmungskakt der EU und jenem des deutschen Gesetzgebers besteht. Gemischte Abkommen bilden eine Einheit. Die Bundesrepublik Deutschland haftet für ihre Erfüllung jedenfalls dann, wenn keine Trennungsklausel vorgesehen ist, umfassend. Die Begründung einer derartigen Haftung bewegt sich im Bereich der „Angelegenheiten der EU“.

Einer derartigen Sichtweise steht nicht entgegen, dass Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG von der „Übertragung von Hoheitsrechten“ spricht. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat sich hiervon gelöst. Sie erstreckt den Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG schon seit längerem auf Sachverhalte, in denen keine Hoheitsgewalt auf die EU übertragen wird. Bekanntlich hat das Bundesverfassungsgericht in der Lissabon-Entscheidung¹⁶¹ den Gebrauch des vereinfachten Vertragsänderungsverfahrens gemäß Art. 48 Abs. 6 EUV den Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG unterworfen, und zwar schon deshalb, weil ein „Bezug ... zur Zuständigkeitsordnung der Europäischen Union“ bestehe, ohne dass es auf den Inhalt der Primärrechtsänderung ankomme. Das Gericht wendet Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG auch in Fällen an, in denen es zu einer „Veränderung der textlichen Grundlagen des europäischen Primärrechts“¹⁶² kommt. Diese Rechtsprechung ist in den Entscheidungen zum ESM auf Entwicklungen erstreckt worden, die sich zwar im Kontext der EU, aber außerhalb ihres unmittelbaren institutionellen Rahmens vollziehen. Zu den wissenschaftlichen Beobachtern, die hier schon früh für die Anwendung von Art. 23 Abs. 1 GG plädierten, gehört etwa *Ferdinand Wollenschläger*.¹⁶³

Nur einen nächsten Schritt auf dem Weg zur Ausweitung von Art. 23 Abs. 1 GG stellt es dann dar, dafür zu plädieren, die mitgliedstaatliche Zustimmung zu jenen Bestandteilen eines gemischten Abkommens, die nicht in die EU-Zuständigkeit fallen, unter Art. 23 Abs. 1 GG zu fassen. Der unmittelbare Bezug zum Integrationsprozess ist offensichtlich, zumal es, wie schon beschrieben worden ist, beim Abschluss eines gemischten Abkommens immer zu einer Ausweitung der Unionszuständigkeit in den mitgliedstaatlichen Bereich hineinkommt.

Für dieses erweiternde Verständnis von Art. 23 GG spricht im übrigen auch der Zweck von Art. 23 GG. Der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte mit der Schaffung von Art. 23 GG der deutschen Beteiligung am Prozess der europäischen Integration eine verfassungsrechtliche Grundlage verleihen, die den zu beschreitenden Weg in sachlicher und prozeduraler Weise anders und konkreter ausgestaltet, als dies nach Art. 59 Abs. 2 iVm. Art. 24 GG der Fall war. Dabei ging es nicht nur um die Festlegung inhaltlicher „Leitplanken“, innerhalb derer sich die Weiterentwicklung der Integration zu vollziehen hat (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG). Vor allem sollte die Gubernativlastigkeit des bisherigen Integrationsverlaufs korrigiert und ein neues institutionelles „setting“ eingeführt werden.

Der Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG muss vor diesem Hintergrund er-

¹⁶¹ BVerfGE 123, 267 (Lissabon).

¹⁶² BVerfGE 123, 267 (355 f., Rdnr. 243).

¹⁶³ Wollenschläger, Völkerrechtliche Flankierung des EU-Integrationsprogramms als Herausforderung, NVwZ 2012, 713.

geschlossen und abgesteckt werden. Danach besteht jedenfalls dann Anlass zur Anwendung von Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG, wenn ein gemischtes Abkommen keine Trennungsklausel enthält und deshalb die Bindungen, die ein gemischtes Abkommen begründet, die EU und die Mitgliedstaaten (im Außenverhältnis) gemeinsam und zur gesamten Hand treffen. Die Zustimmung zu jenen Teilen des gemischten Abkommens, die nicht in die EU-Zuständigkeit fallen, steht in diesem Fall in einem untrennbaren Zusammenhang zur Teilnahme an der europäischen Integration. Mit dem Abschluss übernimmt Deutschland eine Einstandspflicht und Haftung auch für jene Teile, die nach der internen Zuständigkeitsverteilung in die Kompetenz der EU fallen. Zugleich nimmt sie es hin, dass die EU im internationalen Raum Engagement auf Feldern zeigt, die (bislang) nicht auf die EU übertragen worden sind. Besonders deutlich wird dies in Fällen, in denen die Aushandlung des Abkommens von EU-Organen betrieben wird, ohne dass in dieser Phase zwischen den Zuständigkeitsbereichen von EU und Mitgliedstaaten unterschieden wird. Dies nicht als Prozess zu bezeichnen, der von Art. 23 GG gesteuert wird, würde den Sinn der Bestimmung grundsätzlich verfehlen.

Beteiligt sich die Bundesrepublik an einem gemischten Abkommen, unternimmt sie regelmäßig auch *inhaltlich* einen Schritt, der sich nicht aus dem Gesamtzusammenhang und Gesamtkontext des Prozesses der europäischen Integration lösen lässt. Niemand würde auf die Idee kommen, nur die Teile, die nicht in die EU-Zuständigkeit fallen, isoliert abzuschließen. Dies gilt beispielsweise für die Bestimmungen in CETA, die eine Kündigung der mitgliedstaatlichen Investitionsschutzabkommen vorsehen (Art. 30.1.). Gleiches gilt für die kompetenziell und inhaltlich miteinander verwobenen Bestimmungen der Kapitel 22-24 CETA. Könnte man sich vorstellen, dass die 28 Mitgliedstaaten jeweils ein Abkommen mit Kanada abschließen, das nur diejenigen Regelungen enthält, die in ihren Kompetenzbereich fallen? Der Versuch, die einzelnen Abkommensbestandteile so voneinander zu lösen, dass sie auch je für sich Selbststand und politische Sinnhaftigkeit bewahren, wird nur in den wenigsten Fällen überzeugend gelingen.

Die Notwendigkeit der Anwendung von Art. 23 Abs. 1 GG erschließt sich im übrigen auch vor dem Hintergrund einer sachangemessenen institutionellen Zuständigkeitsverteilung. Es liegt auf der Hand, dass die Zuständigkeit für die Aushandlung jener Abkommensbestandteile, die nicht in die Zuständigkeit der EU fallen, bei der Bundesregierung liegen muss. Die modernen Freihandelsabkommen berühren – hierauf ist verschiedentlich hingewiesen worden – nicht nur Angelegenheiten des klassischen Außenwirtschaftsrechts, sondern greifen weit in die Regelungszuständigkeiten für Angelegenheiten „hinter der Grenze“ ein. Gerade dort, wo dieser Eingriff besonders intensiv ist, sind nach den oben getroffenen Feststellungen¹⁶⁴ mitgliedstaatliche Kompetenzen berührt. Das Recht der modernen Freihandelsabkommen ähnelt hier dem EU-Recht, das sich bekanntlich ebenfalls nicht mit einer Öffnung der Grenzen der Mitgliedstaaten begnügt. Diese Sachgemeinschaft legt es nahe, Art. 23 Abs. 2 ff. GG anzuwenden und auf diese Weise sicherzustellen, dass die gesetzgebenden Körperschaften angemessen eingebunden und beteiligt werden.

Eine derartige Einbindung ist im übrigen unabhängig davon geboten, ob das konkret in Rede stehende Freihandelsabkommen unmittelbare Wirkung hat. Denn die Bindung für den Gesamtstaat, seine Organe und seine Glieder ist nicht Ausfluss und Folge der un-

¹⁶⁴ Oben § 1.

mittelbaren Wirkung. In einem Gesamtkontext, in dem eine Beteiligung nach Art. 23 Abs. 2 ff. GG angezeigt ist, muss derjenige Teil des Abkommens, der nicht in die EU-Zuständigkeiten fällt, unter Art. 23 Abs. 1 GG fallen.

4. Fazit und Anwendung auf CETA: Anwendbarkeit von Art. 23 GG

Die vorstehenden Überlegungen sind nicht zwingend. Sie legen aber die Schlussfolgerung nahe, dass gemischte Abkommen einheitlich unter Art. 23 Abs. 1 GG behandelt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat Art. 23 GG längst eine Bedeutung zugeschrieben, die über den vom verfassungsändernden Gesetzgeber avisierten Gehalt (Begründung von EU-Macht) hinausgeht. Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Konzeption lässt sich ohne weiteres folgerichtig so fortschreiben, dass nicht nur die Weiterübertragung von EU-Entscheidungsmacht auf über-unionale Entscheidungsträger,¹⁶⁵ sondern auch die deutsche Beteiligung an einem gemischten Abkommen ohne Trennungsklausel als Auslöser von Art. 23 GG verstanden werden kann. Ein Rückgriff auf die allgemeinere Bestimmung des Art. 59 Abs. 2 GG ist danach weder notwendig noch tunlich.

Wendet man dieses Ergebnis auf CETA an, so ergibt sich zwanglos, dass es des Erlasses eines Zustimmungsgesetzes bedarf, das auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG zu ergehen hat. Es kann nur mit Zustimmung des Bundesrates erlassen werden.

III. Verfassungsrechtliche Legitimation von gemischten Abkommen mit Begründung internationaler Hoheitsgewalt

Die vorstehenden Überlegungen haben sich – nicht zuletzt zum Zwecke einer Abschichtung verschiedener Problemebenen – zunächst mit gemischten Abkommen befasst, die keine Vertragsgremien mit Entscheidungsgewalt vorsehen. Im folgenden soll ein Blick auf jene Abkommen geworfen werden, die (wie CETA) auch Vertragsgremien kennen, die zur Ausübung echter Entscheidungsgewalt befugt sind.

1. Meinungsstand

Bislang haben Freihandelsabkommen dieses Typs in der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft nicht die Beachtung erfahren, die ihnen aufgrund der Bedeutung für die Sicherung der Anliegen des Grundgesetzes zukommt.

Das Bundesverfassungsgericht hatte bislang keine Gelegenheit, sich diesen Fragen zuzuwenden. Gewisse Hinweise finden sich in der Rechtsprechung zu Art. 23 GG. Es ist bereits angedeutet worden, dass das Gericht in der Lissabon-Entscheidung die Position einnimmt, dass eine gesetzgeberische Absicherung nicht nur eine *Vertragsänderung im Verfahren nach Art. 48 Abs. 1-5 EUV* bedürfe, sondern auch eine Veränderung der kon-

¹⁶⁵ Vorstehend B. II.

stitutionellen Grundlage der EU im vereinfachten Verfahren nach Art. 48 Abs. VI EUV. Gleiches gilt für Änderungen der vertraglichen Entscheidungsverfahren, die bereits im EU-Recht angelegt und vorgesehen sind (Brückenklausel ua.).¹⁶⁶ Schließlich geht das Gericht davon aus, dass die Wahrnehmung einer Kompetenz wie Art. 352 AEUV nur statthaft ist, wenn zuvor eine erneute Legitimation durch den Gesetzgeber erfolgt. Für die Einordnung dieser Rechtsprechung ist es wichtig hervorzuheben, dass es in diesen Fällen gerade nicht zu einer sachlich-materiellen Kompetenzerweiterung der EU kommt.¹⁶⁷

Wenn das Bundesverfassungsgericht Art. 23 Abs. 1 GG in diesen Fällen zum Tragen bringt und ein Tätigwerden des Vertragsgesetzgebers verlangt, kommt darin eine Überwindung und Erweiterung der Perspektive zum Ausdruck, die dem vertragsändernden Gesetzgeber beim Erlass von Art. 23 GG vor Augen stand. Das Bundesverfassungsgericht sieht Bedarf für die Anwendung von Art. 23 GG nicht nur in Fällen, in denen ein substantieller *Befugniszuwachs der EU* (Änderung der vertikalen Kompetenzverteilung) zu beobachten ist. Ein Legitimations- und Kontrollbedürfnis wird auch in Fällen gesehen, in denen sich *institutionelle oder prozedurale Modalitäten der Ausübung* der Kompetenzen *ändern*, die der EU eingeräumt sind, zudem in Fällen, in denen eine Kompetenz so weit ist, dass ihre Wahrnehmung einer konkreten Legitimierung bedarf.

Ohne den weiteren Überlegungen übermäßig vorgreifen zu wollen, kann schon an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass derartige Verschiebungen auch dann eintreten (können), wenn die EU ihre Hoheitsgewalt auf ein internationales Vertragsgremium überträgt.

2. Absicherung der unionsrechtlichen Entscheidung über die Begründung internationaler Hoheitsgewalt

CETA sieht die Errichtung von Vertragsgremien vor, die erhebliche Entscheidungsbefugnisse haben. Oben ist dargelegt, dass diese Entscheidungsbefugnisse zunächst und vor allem den Kompetenzbereich der EU betreffen. Schließt die EU ein völkerrechtliches Abkommen, in dem sie wesentliche Teile der ihr überantworteten Hoheitsgewalt auf eine internationale Einrichtung überträgt, oder beteiligt sie sich an einem entsprechenden gemischten Abkommen, stellt sich zunächst und vor allem die Frage nach den unionsrechtlichen Anforderungen und Grenzen. Die Frage, welche Spielräume die EU-Organen hierbei haben und wo die unionsrechtlichen Grenzen liegen, ist bislang ungeklärt. Im Bereich der Handelspolitik ist Art. 218 Abs. 9 AEUV einschlägig, der von der Möglichkeit spricht, völkerrechtliche Vertragsgremien einzusetzen, ohne aber deutlich zu machen, wo die Grenzen liegen.¹⁶⁸ Eine klärende Entscheidung des EuGH liegt hier

¹⁶⁶ BVerfGE 123, 267 (387, Rdnr. 312).

¹⁶⁷ Deutlich etwa Art. 48 Abs. 6 UAbs. 3 EUV.

¹⁶⁸ Man kann mit guten Gründen fragen, ob die in Art. 8.28.7 (Befugnis zum Erlass einer Verfahrensordnung für das Berufungsgericht) und Art. 8.44.2 und .3 (Befugnis zum Erlass eines Verhaltenskodexes für die Richter und von Verfahrens- und Transparenzregeln) enthaltenen Regelungen noch auf Art. 218 Abs. 9 AEUV gestützt werden können. CETA sieht hier die Einsetzung von Vertragsgremien mit Rechtsetzungsbefugnis vor, ohne sich um die Frage zu kümmern, wie die Wahrnehmung dieser Befugnisse demokratisch abgesichert ist. Im Lichte des

bislang nicht vor. Eine ausdrückliche Regelung findet sich im EU-Recht für die Einsetzung von Vertragsgremien im Bereich impliziter ausschließlicher Außenkompetenzen (Art. 3 Abs. 2 AEUV) und im Bereich geteilter bzw. unterstützender Zuständigkeiten (Art. 4, Art. 6 AEUV). Selbst mit Blick auf die Befugnisse, die in Art. 5 AEUV angesprochen werden, stellt sich die Frage nach Grenzen einer „Auslagerung“ auf internationale Vertragsgremien.

Im Grundsatz steht außer Frage, dass die Wahrnehmung der Kompetenzen, die der EU übertragen sind, durch die im Vertrag vorgesehenen Institutionen und unter Einhaltung der prozeduralen Vorkehrungen keiner erneuten Legitimation durch den deutschen Vertragsgeber nach Art. 23 Abs. 1 GG bedarf. Das Zustimmungsgesetz zum jeweils einschlägigen EU-Primärrecht verschafft dem EU-Handeln eine hinreichende Legitimation. Dies gilt auch für die Wahrnehmung der Außenkompetenzen, etwa durch Abschluss eines bi- oder multilateralen Vertrags.

Jedenfalls im Grundansatz wird man nicht darüber streiten können, dass es der EU *nicht* unbegrenzt möglich sein kann, die ihr durch das Primärrecht eingeräumten Kompetenzen auf andere Institutionen zu übertragen, ohne dass eine erneute Zustimmung des deutschen Gesetzgebers erfolgt. Denn der Wille des Gesetzgebers des Zustimmungsgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG zielt darauf ab, dass die der EU eingeräumten Kompetenzen in dem vertraglich vorgesehenen Rahmen und unter Beachtung der vertraglich vorgesehenen institutionellen, prozeduralen und materiellen Vorgaben erfolgt. Werden die Kompetenzen der EU auf andere Institutionen übertragen, verändert sich der Entscheidungsrahmen (unter Einschluss der Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten der deutschen Staatsorgane) grundlegend.

Im Ergebnis kann hier kein Zweifel bestehen. Man stelle sich vor, die EU würde ein internationales Abkommen schließen, in dem sie die Währungshoheit nach Art. 3 Abs. 1 lit. c) AEUV auf ein völkerrechtlich eingesetztes Gremium übertrüge, wäre dies nicht nur eine Rechtsfrage des EU-Rechts, sondern (unabhängig von der Frage der Kompetenzkonformität) auch eine Frage des Art. 23 Abs. 1 GG. Ungeklärt sind aber die konkreten Vorgaben und Grenzen, die der EU bei der Weitergabe der ihr eingeräumten Kompetenzen auf völkerrechtliche Vertragsgremien gezogen sind.

a) Rechtsprechung zu Fallgruppen eines Bedürfnisses wiederholender Legitimation bei europäischer Kompetenzwahrnehmung

Die Frage, inwieweit der EU nach *deutschem Verfassungsrecht* Grenzen gezogen werden müssen, die ihr eingeräumten Kompetenzen auf völkerrechtliche Vertragsgremien (weiter-) zu übertragen, ist bislang unbeantwortet. Eine weiterführende Diskussion findet man in der verfassungsrechtlichen Literatur bislang vergeblich. Und eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts liegt noch nicht vor. Die bereits erwähnte Recht-

Umstandes, dass das „Demokratieprinzip“ zu den Grundprinzipien der EU-Ordnung gehört (Art. 2 EUV), erscheint die Gleichgültigkeit der CETA-Verhandler und der EU-Organen verwunderlich.

sprechung des Bundesverfassungsgerichts macht aber deutlich, dass Art. 23 Abs. 1 GG zum Tragen kommen muss, wenn sich die Modalitäten der Ausübung übertragener Kompetenzen in einer Weise ändern, die erneuten Legitimationsbedarf hervorruft. Entschieden worden ist dies für den Fall von Änderungen des Primärrechts, ferner auch für den Gebrauch von Art. 352 AEUV. Offensichtlich handelt es sich hierbei aber nur um exemplarische Konstellationen. Es gibt keinen Grund für die Annahme, dass sich die Konzeption des BVerfG nicht auf weitere Fallgruppen erstrecken lässt.

b) Weiterübertragung von EU-Kompetenzen auf eine internationale Einrichtung

Im folgenden soll dem Fall, dass die EU die ihr übertragenden Kompetenzen nicht selbst wahrnimmt, sondern durch völkerrechtlichen Vertragsschluss auf eine internationale Organisation oder ein „Vertragsgremium“ überträgt, nähere Aufmerksamkeit geschenkt werden. Dieser Fall soll hier als Fall der „Weiterübertragung von EU-Kompetenzen auf eine internationale Einrichtung“ bezeichnet werden. Begünstigter einer derartigen Übertragung in den internationalen Raum hinein könnte eine rechtsfähige Organisation mit Völkerrechtssubjektivität sein, deren Organe die übertragenen Befugnisse wahrnehmen. Die Begünstigung könnte aber auch ein „Vertragsgremium“ treffen, das eingesetzt wird, um Entscheidungsbefugnisse im Rahmen eines bi- oder multilateralen Vertrags wahrzunehmen. Dass in derartigen Fällen Legitimations- und Kontrollbedarf entstehen kann, dürfte außer Frage stehen.

Man wird allerdings nicht postulieren können, dass jede Einsetzung und Ermächtigung eines völkerrechtlichen Vertragsgremiums per se einer erneuten Zustimmung des deutschen Zustimmungsgesetzgebers bedarf. Immerhin hat dieser Gesetzgeber der Schaffung von Art. 218 Abs. 9 AEUV zugestimmt und damit zum Ausdruck gebracht, dass die EU im Rahmen des Abschlusses völkerrechtlicher Verträge auch Vertragsgremien einsetzen kann. Offensichtlich ist aber auch, dass Art. 218 Abs. 9 AEUV kein beliebiger Freibrief ist, Kompetenzen, die die EU zur Wahrnehmung im institutionellen „setting“ von Art. 218 AEUV überantwortet sind, nun einfach auf ein Vertragsgremium zu übertragen. Auch die Regelung über die impliziten ausschließlichen Kompetenzen der EU nach Art. 3 Abs. 2 AEUV kann nicht so verstanden werden, dass die EU hier beliebige Freiheiten der Einschaltung von Vertragsgremien hat.

aa) Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Legitimation von „Kompetenzabwanderungen“

Man stelle sich vor, die EU würde sich in Bereichen, in denen sie eine explizite ausschließliche, implizite ausschließliche oder auch nur geteilte Außenkompetenz besitzt, ihre Entscheidungsbefugnissen einer internationalen Einrichtung übertragen und übertragen, deren Entscheidungsverhalten in keiner Weise demokratisch kontrolliert ist. Die Entscheidungen dieser unkontrollierten Einrichtung würden dann über Art. 216 Abs. 2 AEUV Verbindlichkeit erlangen. Vom Wortlaut des Art. 23 Abs. 1 GG würde dieser Fall einer Wiederübertragung von EU-Kompetenzen zwar nicht erfasst, und auch die bisherige Rechtsprechung des BVerfG würde den Fall nicht unmittelbar erfassen. Gleichwohl erscheint offensichtlich, dass die Legitimation, die durch das Zustimmungsgesetz nach Art. 23 GG vermittelt wird, eine derartige Weiterübertragung nicht

abdecken würde. Der Zustimmungsgesetzgeber hat seine Zustimmung für die Wahrnehmung von EU-Kompetenzen in einem bestimmten institutionellen und prozeduralen Rahmen erteilt, in dem Kommission, Parlament und Rat in einem gewaltenteiligen und funktionsspezifischen Miteinander zusammenarbeiten. Die Weiterübertragung auf eine internationale Einrichtung bewirkt eine institutionelle und prozedurale Veränderung der Modalitäten der Ausübung der Kompetenz, die ein erneutes Tätigwerden des Gesetzgebers erfordert. Um es anders zu formulieren: Auch wenn die EU die Kompetenz zur Weiterübertragung der Befugnis haben mag, würde sich eine Überschreitung des vom Zustimmungsgesetzgebers avisierten „Integrationsprogramms“ ergeben, die nur durch ein erneutes Tätigwerden dieses Gesetzgebers beseitigt werden könnte.

bb) Weiterübertragung von EU-Kompetenzen als verdeckte Vertragsänderung

Zur Begründung der vorstehenden Überlegungen lässt sich auch anführen, dass jede Entscheidung der EU-Organe über die Weiterübertragung ihrer Befugnisse auf überunionale Gremien als verdeckte materielle Änderung des Vertrags angesehen werden kann. Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine derartige Vertragsänderung eine Zustimmung nach Art. 23 Abs. 1 GG benötigt.¹⁶⁹

Dies entspricht der Auffassung der verfassungsrechtlichen Literatur. So stellt etwa *Wolfgang Weiß* fest:

„Infolge der erheblichen Unbestimmtheit des Art. 218 Abs. 9 AEUV löst die Integrationsverantwortung schon für das bloße Einrichten von Ausschüssen im CETA mit auch nur nachgeordneten Durchführungszuständigkeiten ein Zustimmungsbedürfnis nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG für Bundestag und Bundesrat aus.“¹⁷⁰

In der Sache macht es keinen Unterschied, ob die Notwendigkeit der Heranziehung von Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG mit material-verfassungsrechtlichen Erwägungen (Integrationsverantwortung) oder formal-institutionellen Gründen (Übertragung wesentlicher Zuständigkeiten als verdeckte Vertragsänderung) begründet wird.

cc) Fallgruppen eines erneuten Mitwirkungsbedarfs

Die verfassungsrechtliche Frage ist damit nicht, *ob* es Fälle gibt, in denen die Betrauung internationaler Organisationen oder Vertragsgremien mit Entscheidungsbefugnissen

¹⁶⁹ Hierzu BVerfGE 123, 267 (355 f.).

¹⁷⁰ Weiß, Verfassungsprobleme des Abschlusses und der vorläufigen Anwendung des CETA Freihandelsabkommens mit Kanada, Stellungnahme vom 31.8.2016 (Anhörung des Deutschen Bundestages, Ausschuss für Wirtschaft und Energie), S. 6. Weiß geht sogar von der Einschlägigkeit von Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG aus: „Für die Errichtung von Ausschüssen mit mehr als bloßer Durchführungszuständigkeit bedarf es wegen der darin liegenden Errichtung neuer Hoheitsträger mit erheblichen Entscheidungsbefugnissen, die durch Art 218 Abs. 9 AEUV nicht abgedeckt ist, der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat mit 2/3 Mehrheit nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG. Denn mit ihnen werden neue, im bisherigen Integrationsprogramm nicht vorgesehene Hoheitsträger eingerichtet.“

durch die EU einen erneuten Mitwirkungsbedarf nach Art. 23 GG auslöst. Die Frage ist vielmehr, wie weit die Befugnis der EU gehen kann, sich im Bereich ihrer Sachkompetenzen der Entscheidungsgewalt der Organe einer internationalen Organisation oder eines Vertragsgremiums zu unterwerfen, ohne dass es einer legitimierenden Zustimmung des deutschen Gesetzgebers nach Art. 23 Abs. 1 GG bedarf.

Die Grenzen, die bei der unionsrechtlichen Schaffung von Vertragsgremien und bei deren Kompetenzausstattung gezogen sind, sind nicht mit mathematisch-physikalischer Genauigkeit nachzeichnenbar. Sie sind auch nicht Ausdruck lediglich eines Faktors. Vielmehr fließen verschiedene Überlegungen bei der Formulierung der Grenzziehung zusammen:

(1) Inhalt, Umfang und Art der übertragenen Befugnisse (Wesentlichkeitsvorbehalt)

Ein Legitimationsbedarf kann zunächst durch die den Inhalt, den Umfang oder auch die Art der von der EU auf einen über-unionalen Träger übertragenen Kompetenzen hervorgerufen werden. Nimmt die EU *wesentliche Kompetenzen* nicht selbst (in dem vertraglich aufgespannten institutionellen Rahmen) wahr, sondern überträgt sie diese auf andere Träger, ändert sich der „governance“-Kontext. Dies wirkt über Art. 216 Abs. 2 AEUV auch auf die Mitgliedstaaten zurück. Eine erneute Beteiligung des deutschen Vertragsgesetzgebers ist danach zwar nicht in jedem Fall geboten, wohl aber dann, wenn die übertragenen Kompetenzen so wesentlich sind, dass die durch die Weiterübertragung bewirkte Verschiebung des Entscheidungsraums als nicht von der ursprünglichen Zustimmung getragen angesehen werden kann.

(2) Art der Veränderung des Legitimationsmodus

Die EU verfügt über eigene Entscheidungsgewalt. Die Wahrnehmung der ihr überantworteten Kompetenzen ist in ein institutionelles Umfeld eingebettet und durch prozedurale Vorkehrungen abgesichert worden, die darauf abzielen, eine effektive und legitime Herrschaftsausübung sicherzustellen. Überträgt die EU die ihr überantworteten Kompetenzen auf internationale Einrichtungen, findet eine *Veränderung des Legitimationsmodus* statt. Es ist eben ein wesentlicher Unterschied, ob Kompetenzen im institutionellen Kräftefeld von EU-Kommission, Europäischem Parlament, Rat und Europäischer Gerichtsbarkeit ausgeübt werden, oder ob sie von einer gubernativ beherrschten Einrichtung wahrgenommen werden, in denen Vertreter der EU-Kommission mit den Vertretern anderer Staaten zusammenwirken. Dies gilt auch dann, wenn der Rat versucht, das Verhalten der Vertreter durch Mandate, Aufträge und Zustimmungserfordernisse zu steuern.

Das Zustimmungsgesetz, auf das sich das EU-Primärrecht stützt, fixiert das institutionelle und prozedurale Umfeld, in dem die EU-Kompetenzen wahrgenommen werden, in weitgehendem Umfang. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Lissabon-Entscheidung deutlich gemacht, dass Verschiebungen, wie sie etwa in den sog. „Passerelle“-Klauseln vorgesehen sind, verfassungsrechtlich nur zulässig sind, wenn sie eine erneute gesetzliche Absicherung erfahren. Diese Überlegung gilt entsprechend für den

Fall, dass die EU im Wege eines völkerrechtlichen Vertragsschlusses Befugnisse auf eine völkerrechtliche Vertragsgremien überträgt.

Man wird umso größeren Zustimmungsbedarf nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG sehen, je weniger sich das Vertragsgremium in jenem institutionellen Umfeld bewegt, das für die Wahrnehmung der EU-Hoheitsgewalt kennzeichnend ist (EU-Kommission, Europäisches Parlament, Rat). Insbesondere die Schaffung von Vertragsgremien, die zwar über wesentliche Befugnisse verfügen, aber keiner parlamentarischen Kontrolle unterliegen, weckt danach Bedenken.

(3) Einsetzung von Entscheidungsgremien mit Befugnis zur Entscheidung im mitgliedstaatlichen Kompetenzbereich

Eine mitgliedstaatliche Zustimmung ist auch dann erforderlich, wenn einer über-unionalen Institution die Befugnis gewährt wird, Entscheidungen in einem Bereich zu treffen, der zu den mitgliedstaatlichen Kompetenzen gehört. Dies gilt insbesondere, aber nicht nur für den Fall, dass in der Institution nur Vertreter der EU auftreten. In der Vergangenheit ist es immer wieder zum Abschluss von Verträgen gekommen, die die Einsetzung von Gremien vorsahen, deren Entscheidungsbefugnisse sich nicht lediglich im Bereich der EU-Kompetenzen bewegten, sondern auch mitgliedstaatliche Zuständigkeiten tangierten. Sind in diesen Gremien (eventuell sogar: nur) EU-Organwähler vertreten, erhalten diese Entscheidungsgewalt über mitgliedstaatliche Kompetenzbereiche, ohne dass dies bereits in den nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG beschlossenen Zustimmungsgesetzen vorgesehen wäre. Es findet in diesem Fall eine EU-Kompetenzausweitung statt, die nur zulässig ist, wenn sie von einem Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG getragen wird.

3. Absicherung der in den deutschen Kompetenzbereich fallenden Teile

Schließen die EU und ihre Mitgliedstaaten ein gemischtes Abkommen, in dem ein völkerrechtliches Vertragsgremium eingesetzt wird, übt dieses regelmäßig Entscheidungsgewalt sowohl in den Kompetenzbereichen der EU als auch in jenen der Mitgliedstaaten aus. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Abkommen die Entscheidungsgewalt des Gremiums nicht eindeutig auf die der EU zugeordneten Kompetenzbereiche begrenzt – wie dies im Fall von CETA zu beobachten ist.¹⁷¹ Die Frage, unter welcher Verfassungsbestimmung in diesem Fall die Zustimmung zu denjenigen Vertragsbereichen zu erfolgen hat, die in den deutschen Kompetenzbereich fallen, ist bislang noch ungeklärt.

Die Antwort auf diese Frage fällt leicht, wenn man oben der hier bevorzugten Position folgt, dass gemischte Abkommen angesichts ihrer Natur als „Angelegenheit der Europäischen Union“ immer unter Art. 23 GG zu behandeln sind.¹⁷²

¹⁷¹ In CETA ist dies der Fall (siehe unten § 1 II.).

¹⁷² Oben unter § 3 II.

a) Anwendbarkeit von Art. 23 Abs. 1 GG jedenfalls bei Begründung internationaler Hoheitsgewalt

Im folgenden soll dargelegt werden, dass Art. 23 Abs. 1 GG im hier interessierenden Fall der Schaffung von Vertragsgremien mit Hoheitsgewalt einschlägig ist, auch wenn man bei „einfachen“ gemischten Abkommen der Trennungstheorie und der Anwendung von Art. 59 Abs. 2 GG anhängt.

Es ist vorab einzuräumen: Man könnte die Auffassung vertreten, dass die Zustimmung zu jenen Bestandteilen eines gemischten Abkommens, die nicht in den Kompetenzbereich der EU fallen, auch dann nach den allgemeinen Regeln eines völkerrechtlichen Vertragsschlusses zu erfolgen habe, wenn es um die Schaffung von Vertragsgremien geht. Im Grundsatz bestimmt sich die Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an „zwischenstaatlichen Einrichtungen“ nach Art. 24 GG, wenn und soweit nicht die Spezialvorschrift des Art. 23 GG zur Anwendung kommt. Es hinge dann von der Art der auf das Vertragsgremium übertragenen Hoheitsgewalt ab, ob Art. 24 GG oder (nur) Art. 59 Abs. 2 GG zur Anwendung kommt. Überzeugend ist dies aus den nachfolgenden Gründen aber nicht.

aa) Stand der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass Art. 23 Abs. 1 GG nicht nur zur Anwendung kommt, wenn sich der deutsche Gesetzgeber zu einer Übertragung von Hoheitsgewalt auf die Europäische Union (Art. 47 EUV) entschließt. Ohne dass dies je problematisiert worden wäre, kommt die Vorschrift auch bei der Übertragung von Hoheitsgewalt auf juristische Personen, die der EU eingegliedert sind (EZB u.ä.) zur Anwendung. Anerkannt ist zudem, dass sie auch den Fall der Schaffung und Ermächtigung internationaler Organisationen erfasst, die *neben* der EU stehen. Anerkannt ist ferner, dass Art. 23 Abs. 1 GG auch in Fällen zur Anwendung kommen kann, in denen die Bundesrepublik Deutschland sich an Internationalen Organisationen beteiligt, die zwar im thematischen Umfeld der EU wirken, von dieser aber unterschieden sind. Das Bundesverfassungsgericht hat in der ESM-Entscheidung vom 18.3.2014 davon gesprochen, dass die Begründung der Mitgliedschaft Deutschlands im ESM unter Art. 23 Abs. 1 GG falle.¹⁷³ Auffälligerweise wird diese Feststellung allerdings nur im Rahmen der Behandlung des Organstreitverfahrens, nicht aber bei der Beurteilung der

¹⁷³ Vgl. auch ESM-Zustimmungsgesetz, Gesetzesbegründung, S. 10: „Der Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages empfiehlt dem Deutschen Bundestag, das Gesetz zu dem Vertrag vom 2. Februar 2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus im Hinblick auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Juni 2012 (2 BvE 4/11) vorsorglich zur Vermeidung eventueller verfassungsrechtlicher Risiken mit der Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Deutschen Bundestages zu beschließen. Nicht jede Hoheitsübertragung gemäß Artikel 23 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes (GG) erfüllt zugleich die Voraussetzungen des Artikels 23 Absatz 1 Satz 3 GG. Vorliegend steht der ESM-Vertrag in einem solch engen sachlichen und politischen Zusammenhang mit dem einer Zweidrittelmehrheit unterliegenden Vertragsgesetz zum Fiskalpakt.“ Zu den Dokumenten: <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/434/43455.html>

Verfassungsbeschwerde gemacht.¹⁷⁴ Der Bundesgesetzgeber ging davon aus, dass das Zustimmungsgesetz zum ESM-Vertrag nach Art. 23 GG zu erlassen sei.¹⁷⁵

Wer sich am Wortlaut von Art. 23 GG orientiert, wird dies merkwürdig finden. Denn in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG ist von „der Europäischen Union“ die Rede. Der Wortlaut des Art. 23 Abs. 1 GG ist allerdings offen genug, um auch andere Fälle der Hoheitsübertragung zu erfassen. Man kann die in Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG hergestellte Relation („hierzu“) auch auf die Formulierung „Verwirklichung eines vereinten Europas“ beziehen. Dann wären alle Hoheitsübertragungen, die im Kontext der politischen Realisierung des Integrationsauftrags erfolgen, von Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG erfasst.

Das Bundesverfassungsgericht und die politisch agierenden Verfassungsorgane stützen ihre Lesart des Art. 23 Abs. 1 GG auf eine gesicherte verfassungsrechtliche Grundlage. Für eine weite Auslegung des Art. 23 Abs. 1 GG spricht insbesondere, dass Art. 23 Abs. 2 GG weit verstanden wird und auch auf Prozesse und Entwicklungen angewandt wird, die sich außerhalb der EU abspielen. Der darin enthaltene Begriff der „Angelegenheit der Europäischen Union“ wird auf alle Akte, Handlungen und Entscheidungen bezogen, die einen spezifischen Nähebezug zur Europäischen Union aufweisen. Das Bundesverfassungsgericht spricht davon, dass von Art. 23 Abs. 2 GG auch völkerrechtliche Vertragswerke erfasst werden, die „in einem Ergänzungs- oder sonstigen besonderen Näheverhältnis zum Recht der Europäischen Union“ stehen.¹⁷⁶ Für die Anwendung des Art. 23 Abs. 2 GG komme es auf eine Gesamtbetrachtung aller Umstände an, die das in Rede stehende Vertragswerk kennzeichnen („Regelungsinhalte, -ziele und -wirkungen“). Von einer Angelegenheit der EU ist danach auszugehen,

„wenn die geplante völkerrechtliche Koordination im Primärrecht verankert oder die Umsetzung des Vorhabens durch Vorschriften des Sekundär- oder Tertiärrechts vorgesehen ist oder ein sonstiger qualifizierter Zusammenhang mit einem in den Verträgen niedergelegten Politikbereich – also mit dem Integrationsprogramm der Europäischen Union – besteht, wenn das Vorhaben von Organen der Europäischen Union vorangetrieben wird oder deren Einschaltung in die Verwirklichung des Vorhabens – auch im Wege der Organleihe – vorgesehen ist oder wenn ein völkerrechtlicher Vertrag ausschließlich zwischen Mitgliedstaaten der Europäischen Union geschlossen werden soll.“¹⁷⁷

Fazit: Es ist davon auszugehen, dass Art. 23 Abs. 1 GG auch zur Anwendung kommen kann, wenn die Bundesrepublik Deutschland sich an der Einrichtung internationaler

¹⁷⁴ BVerfG, Urt. vom 18.3.2014, ESM, Rdnr. 150 unter Verweis auf BVerfGE 123, 267 (338 f.); 132, 195 (237), Rn. 102.

¹⁷⁵ Der Entwurf des Zustimmungsgesetzes zum ESM-Vertrag war ursprünglich auf Art. 59 GG gestützt. Die Ausschussberatungen führten dazu, dass man sich zur Anwendung von Art. 23 GG entschloss (BT- Drucksache 17/10172, S. 6: „In Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Juni 2012 werde die Rechtsgrundlage für den ESM aufgrund der vielfältigen Parallelen des ESM zu Angelegenheiten der Europäischen Union nunmehr in Artikel 23 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes gesehen.“

¹⁷⁶ BVerfGE 131, 152 (199 f.).

¹⁷⁷ BVerfGE 131, 152 (199 f., Rdnr. 100). Die Rechtsprechung hat 2013 in das EUZBBG Eingang gefunden (§ 1 Abs. 2, § 3 Abs. 3, § 5 Abs. 1 Nr. 11 EUZBBG).

öffentlicher Gewalt beteiligt, die außerhalb der Europäischen Union angesiedelt ist. Voraussetzung ist ein hinreichender Nähebezug zu der in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG angelegten Integration. In der Rechtsprechung zum ESM hat das Bundesverfassungsgericht dies für eine Einrichtung bejaht, die „neben“ der EU steht. Der Anwendung von Art. 23 Abs. 1 GG stand auch nicht entgegen, dass sich die EU an dem Abkommen nicht beteiligt hat.

bb) Anwendbarkeit von Art. 23 Abs. 1 GG bei Zusammenwirken von EU und Mitgliedstaaten

Besteht ein hinreichender sachlicher Unterschied zu Konstellationen, in denen sich die Bundesrepublik Deutschland zusammen mit der EU an der Einrichtung internationaler öffentlicher Gewalt beteiligen? Ein tragfähiger Grund, ein Abkommen wie das ESM-Abkommen unter Art. 23 Abs. 1 GG zu fassen, die im Rahmen eines (gemischten) Freihandelsabkommens bewirkte Einsetzung internationaler öffentlicher Gewalt hingegen unter Art. 59 Abs. 1 iVm. Art. 24 GG zu fassen, ist nicht ersichtlich.

Offenkundig kann der Umstand, dass Abkommen wie das ESM-Abkommen einen schmaleren Anwendungsbereich als tiefe und umfassende Freihandelsabkommen aufweisen, für die Abgrenzung von Art. 23 Abs. 1 GG und Art. 59 Abs. 2 iVm. Art. 24 GG keinen Unterschied machen. Entscheidend ist für beide Regelungskomplexe, ob überstaatliche Hoheitsgewalt begründet wird. In welchem Umfang daneben noch horizontale völkerrechtliche Verpflichtungen formuliert werden, ist demgegenüber irrelevant. Andernfalls könnten die Verfassungsorgane dadurch, dass sie Bestimmungen über die Begründung internationaler öffentlicher Gewalt in umfassendere Abkommen einbetten, auf die jeweils einschlägigen verfassungsrechtlichen Bindungen Einfluss nehmen.

Ebenso offenkundig ist es, dass ein Abkommen, vermittels dessen sich die Bundesrepublik Deutschland an der Einsetzung internationaler öffentlicher Gewalt beteiligt, nur dann in den Einzugsbereich von Art. 23 Abs. 1 GG fallen kann, wenn ein hinreichender Bezug zur Europäischen Union besteht. Im Fall des ESM-Abkommens wurde dieser Bezug einerseits dadurch hergestellt, dass das Abkommen eine Organleihe von EU-Organen vorsah, andererseits aber auch dadurch, dass das Abkommen funktional der Absicherung der EU-Währungsunion diene. Ein vergleichbarer Bezug besteht auch in Fällen, in denen die EU und die Mitgliedstaaten im Rahmen eines (gemischten) Freihandelsabkommens internationale öffentliche Gewalt schaffen, die sie gesamthänderisch gemeinsam tragen. Die institutionelle Verbindung zur EU ist hier deutlich enger als im Vergleichsfall des ESM-Abkommens; ein hinreichender funktionaler Bezug zur Idee von Marktöffnung und Wirtschaftsliberalisierung, wie sie auch dem AEUV zugrunde liegt, besteht ebenfalls.

Natürlich sind auch die Unterschiede nicht zu verkennen, die zwischen einer Situation wie jener bei der Gründung des ESM und jener bei der Vereinbarung eines tiefen und umfassenden Freihandelsabkommens bestehen. Im erstgenannten Fall ging es um eine „europäische Organisation“, deren Mitgliedschaft nur für EU-Mitglieder in Betracht kommt. Im letztgenannten Fall dient das Abkommen gerade der Herbeiführung einer Verbindung mit einem Drittstaat oder (für den Fall eines künftigen multilateralen Ab-

kommens) einer Staatengruppe. Im erstgenannten Fall wurde eine Einrichtung geschaffen, die jedenfalls potentiell weitreichende Entscheidungen mit erheblichen Auswirkungen für die mitgliedstaatliche Haushaltsautonomie treffen kann. Im letztgenannten Fall sind Manifestationen der Ausübung der internationalen öffentlichen Gewalt zu beobachten, die der Art und Intensität nach regelmäßig weit dahinter zurückbleiben.

Gleichwohl: Insbesondere die Struktursicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, darüber hinaus aber auch die prozeduralen Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 S. 2, 3 GG müssen ihrer Natur nach auch in Situationen zur Anwendung gebracht werden, in denen sich EU und Mitgliedstaaten zusammenschließen, um Einrichtungen zu schaffen, die sie mit der Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt betrauen. Der verfassungsändernde Gesetzgeber des Jahres 1992 hat durch die Schaffung von Art. 23 Abs. 1 GG zum Ausdruck gebracht, dass er die „Angelegenheiten“ der europäischen Integration umfassend einem neuen und präziseren Maßstab unterwerfen wollte. Entschließen sich die EU und ihre Mitgliedstaaten dazu, mit einem Drittstaat ein Abkommen abzuschließen, das die außenwirtschaftsrechtliche Integration vorantreibt, geben die in Art. 23 Abs. 1 GG formulierten Vorgaben einen unverzichtbaren zukunftsgerichteten Maßstab an die Hand.¹⁷⁸

cc) Kein Erfordernis der Begründung supranationaler Hoheitsgewalt

Den historischen Orientierungspunkt, der den verfassungsändernden Gesetzgeber bei der Schaffung des Art. 23 GG anleitete, bildeten die Befugnisse der EG, wie sie sich 1992 herausgebildet hatten. Hierzu gehörte schon seit Jahrzehnten die Befugnis, unmittelbar wirksames Recht zu setzen. Dies hat einige Beobachter dazu verleitet, den Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 1 GG auf Fälle zu reduzieren, in denen der EU die Befugnis zur Setzung von unmittelbar wirksamem Recht eingeräumt werden soll. Die Durchgriffswirkung des von der EU gesetzten Rechts ist danach nicht nur akzidentielles, sondern für die Anwendung von Art. 23 GG konstitutives und wesensprägendes Merkmal.¹⁷⁹

Diese Sichtweise lehnt sich an die schon ältere Position zu Art. 24 GG an, wonach es für die Übertragung von Hoheitsgewalt kennzeichnend ist, dass der begünstigte Rechtsträger „zum Erlass von Rechtssätzen und Einzelfallregelungen (ermächtigt wird), deren Adressaten unmittelbar die Rechtssubjekte und Rechtsanwendungsorgane der staatlichen Rechtsordnung sind“.¹⁸⁰

Diese Sichtweise ist aber jedenfalls mit Blick auf Art. 23 GG überholt. Zu einer Einwirkung nicht-deutscher Handlungen in den deutschen Rechtsbereich hinein, die in ihrer

¹⁷⁸ Der Begriff der Angelegenheiten der EU (Art. 23 Abs. 2 GG) wird weit verstanden: BVerfGE 132, 195 (242), Rn. 111; BVerfG, Urt. vom 18.3.2014, ESM, Rdnr. 166.

¹⁷⁹ Pernice, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl., Art. 23 Rdnr. 81; Hobe, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 23 Rdnr. 43; Rojahn, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 23 Rdnr. 42; Streinz, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 23 Rdnr. 54; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 23 Rdnr. 19.

¹⁸⁰ Randelzhofer, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 24 Rdnr. 30.

Intensität und Wirkung einer besonderen legitimatorischen Absicherung bedürfen,¹⁸¹ kann es auch dann kommen, wenn nicht unmittelbar wirksames Recht gesetzt wird. Mit *Frank Schorkopf* ist Art. 23 GG ein „funktionales Verständnis“ zugrunde zu legen, mit dem die Möglichkeiten und die Dynamik überstaatlicher Steuerung und Gestaltung aufgegriffen werden können. Art. 23 GG erfasst demzufolge „jede Form der Verlagerung politischer Herrschaft auf die Europäische Union“¹⁸². Es gibt keinen überzeugenden Grund, warum die besonderen materiellen und verfahrensrechtlichen Sicherungen davon abhängig gemacht werden sollen, dass Bürger durch das gesetzte Recht berechtigt oder verpflichtet werden.¹⁸³ Die Funktion von Art. 23 GG liegt nicht nur im Schutz der Rechtspositionen und der rechtlichen Stellung einzelner, sondern auch in der Gewährleistung der Strukturgegebenheiten der grundgesetzlichen Ordnung (Demokratie, Rechtsstaatlichkeit etc.). Die Steuerungsintensität überstaatlicher „governance“ kann auch in anderen Fällen eine besonders intensive Steuerung und Begrenzung aus dem verfassungsrechtlichen Raum des Grundgesetzes heraus erfordern.

Auch die Verfassungsrechtspraxis hat sich dem inzwischen angeschlossen. Wenn nur Kompetenzübertragungen, die die Ausübung von Hoheitsgewalt vorsehen, unter Art. 23 GG fielen, hätte die Zustimmung zur Änderung von Art. 136 AEUV nicht darunter fallen dürfen. Gleiches würde auch für Änderungen im GASP-Bereich gelten. Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich dieser Sichtweise inzwischen angeschlossen, wenn es Art. 23 Abs. 1 GG auf Institutionen wie den ESM anwendet, die nicht zur Setzung unmittelbar wirksamen Rechts ermächtigt sind. Die Auslegung des Art. 23 GG hat sich insofern vom Wortlaut gelöst, auch wenn dies nicht immer gesehen wird.

Fazit: In Fällen, in denen die EU und ihre Mitgliedstaaten mit einem Drittstaat ein (gemischtes) Freihandelsabkommen abschließen, in dessen Rahmen eine Einrichtung eingesetzt wird, die internationale öffentliche Gewalt ausüben kann, kommt auch für die Absicherung des deutschen Anteils Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG zur Anwendung. In diesen Fällen tragen die EU und die Mitgliedstaaten die internationale öffentliche Gewalt gemeinsam. Der für Art. 24 Abs. 1 GG kennzeichnende Fall autonomen (souveränen) Handelns liegt nicht vor. Vielmehr schaffen die EU und ihre Mitgliedstaaten gemeinsam und in Form kondominialen Handelns eine internationale Einrichtung, deren verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 23 Abs. 1 GG angesiedelt werden muss.

b) Notwendigkeit einer staatsorganisatorischen „Solange“-Konstruktion

Die Zahl der Fälle, in denen die EU Kompetenzen auf über-unionale Institutionen überträgt, hat sich in den letzten Jahren erhöht. Sie wird in dem Maße, in dem Freihandelsabkommen Institutionen zur Erleichterung der Regulierung „hinter der Grenze“ vorsehen, weiter zunehmen. Bislang zeigen die EU-Organe allerdings keine hinreichende Sensibilität für die Notwendigkeit einer demokratischen Kontrolle und Rückbindung der Entscheidungsgremien.

¹⁸¹ Randelzhofer, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 24 Rdnr. 30, unter Verweis auf BVerfG 68, 1 (93 f.).

¹⁸² Schorkopf, in: BK-GG, Stand: 153. Aktualisierung 08/2011, Art. 23 Rdnr. 65.

¹⁸³ Vgl. BVerfGE 123, 267 (348 Ziffer 231)).

Gewiss: Die Notwendigkeit, diesbezügliche Vorkehrungen zu treffen, war in der Vergangenheit eher gering. Solange den Gremien nur Befugnisse untergeordneter Bedeutung zugeordnet waren, war die Machtverschiebung aus dem Institutionengefüge der EU hinaus in anders strukturierte Foren von eher untergeordneter Bedeutung. Und solange im Konsens entschieden wurde, bestand keine Gefahr, dass es zu einer Majorisierung der EU-Vertreter kommen könnte. Dieses Bild ist aber im Begriff, sich zu wandeln.

Noch ist nicht absehbar, ob die Institutionen der EU – unter Führung des EuGH – die Sensibilität dafür entwickeln, dass die Weiterübertragung von Kompetenzen in den internationalen Raum hinein nur dann statthaft (und für die Mitgliedstaaten hinnehmbar) sein kann, wenn sichergestellt ist, dass dies nicht zu einer weiteren Entparlamentarisierung überstaatlicher Herrschaft führt. Das ist bislang keinesfalls sicher - ungeachtet des Umstandes, dass das EU-Recht das demokratische Prinzip an vielen Stellen hochhält, und trotz der Tatsache, dass die EU-Organe ihre Wertschätzung für demokratische Bindungen vielfach betonen. Wer die Entwicklung verfolgt, weiß, dass unter „Demokratie“ gerade im EU-Kontext sehr unterschiedliche Gestaltungsformen verstanden werden. - Das EU-Recht hat bislang wenig Bereitschaft gezeigt, sicherzustellen, dass eine „Weiterübertragung von Hoheitsgewalt“ ihrerseits hinreichend demokratisch rückgebunden ist.

Umso wichtiger ist es, dass das Bundesverfassungsgericht eine staatsorganisatorische „Solange“-Rechtsprechung aufnimmt, die sicherstellt, dass es auf EU-Ebene nicht zu Fehlentwicklungen kommt. Derartige Fehlentwicklungen würden über Art. 216 Abs. 2 AEUV immer unmittelbar und ohne weiteren Filter in den grundgesetzlich umhegten Raum einwirken. Die Weiterübertragung von EU-Entscheidungsgewalt auf überunionale Institutionen kann nur statthaft sein, wenn dabei die in Art. 23 GG formulierten Anforderungen nicht verletzt werden. Prozedural ist dies dadurch abzusichern, dass der deutsche Vertreter im Rat einer gesetzlichen Zustimmung bedarf (analog Integrationsverantwortungsgesetz). Materiell muss er sich einer Entscheidung, die zu Konflikten führen würde, widersetzen. Wird er überstimmt, müssen die deutschen Staatsorgane gegen den Beschluss mit Verweis auf Art. 2 EUV gerichtlich vorgehen, ggf. auch weitere Schritte unternehmen. Nur so kann sichergestellt werden, dass die demokratischen bzw. rechtsstaatlichen Einwände des deutschen Ratsvertreters nicht beiseitegeschoben werden.

4. Fazit und Anwendung auf CETA

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG nicht nur auf gemischte Abkommen zur Anwendung zu bringen ist, die sich mit der Begründung bilateraler horizontaler Verpflichtungen zwischen den Vertragspartnern begnügen. Die Bestimmung kommt auch in doppelter Funktion beim Abschluss von gemischten Abkommen zur Anwendung, die Vertragsgremien mit Hoheitsgewalt einsetzen. Einerseits muss der EU jedenfalls dann, wenn es um die Ermächtigung des Vertragsgremiums zu wesentlicher Entscheidungstätigkeit geht, nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG die Befugnis zur Weiterübertragung ihrer Hoheitsgewalt gewährt und dieser Schritt legitimiert werden. Andererseits

sind die Befugnisse, die dem Vertragsgremium im Bereich deutscher Kompetenzen eingeräumt werden, wegen des unlösbaren Zusammenhangs zum Prozess der Integration ebenfalls unter Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG zu legitimieren.

5. Alternativbetrachtung: Rechtslage bei Anwendung von Art. 24 GG iVm. 59 GG

Die vorstehenden Überlegungen laufen auf die Schlussfolgerung hinaus, dass der deutsche Zustimmungsgesetzgeber bei gemischten Abkommen ohne Trennungsklausel nach Art. 23 Abs. 1 GG zu handeln hat. Sie beruhen auf der Prämisse, dass eine Fortschreibung der – im Fluss befindlichen – Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Strukturen des Europaverfassungsrechts erfolgen muss – einer Rechtsprechung, die sich mit dem spezifischen Problem der gemischten Abkommen bislang nicht befasst hat.

Zwingend ist dies nach dem Gesagten allerdings nicht. Es ist oben bereits darauf hingewiesen worden, dass gewichtige Stimmen in der staatsrechtlichen Literatur beim Blick auf gemischte Abkommen jedenfalls des überkommenen Typs der „Trennungstheorie“ anhängen und deshalb jene Teile, die in den deutschen Kompetenzbereich fallen, unter Art. 24 iVm. Art. 59 Abs. 2 GG behandeln. Im folgenden soll daher untersucht werden, welche Konsequenzen sich ergäben, wenn man die deutsche Zustimmung zu einem gemischten Abkommen unter Art. 59 Abs. 2 GG fasste.

a) Vorfrage: Zum Verhältnis von Art. 24 Abs. 1 GG und Art. 59 Abs. 2 GG

Wird in dem Gemischten Vertrag internationale öffentliche Gewalt begründet, so stellt sich zunächst die Frage nach dem Verhältnis von Art. 24 Abs. 1 GG und Art. 59 Abs. 2 GG. Teilweise will man Art. 24 Abs. 1 GG als Spezialregelung betrachten, die die Anwendung von Art. 59 Abs. 2 GG ausschließt.¹⁸⁴ Hinter dieser Position steht die Annahme, dass Art. 24 GG der „Sitz einer umfassenden „Integrationsgewalt““ sei.¹⁸⁵ Die Funktionen von Art. 59 Abs. 2 GG (Ermächtigung, Vollzugsanordnung, Legitimation) würden umfassend von Art. 24 Abs. 1 GG erbracht. Für eine parallele Anwendung von Art. 24 Abs. 1 und Art. 59 Abs. 2 GG bestünde daher kein Anlass.

Überzeugend ist diese Auffassung allerdings nicht. Zwar ist auch bei einer alleinigen Anwendung von Art. 24 Abs. 1 GG ein Parlamentsgesetz erforderlich. Die besondere (föderale) Sicherungsfunktion, die durch die Anwendung von Art. 59 Abs. 2 GG zum Tragen kommt, würde so allerdings unterlaufen. Man ist sich einig, dass Art. 24 Abs. 1 GG allein kein Zustimmungsrecht des Bundesrates begründet: Dies lässt sich recht deutlich mit verfassungshistorischen Argumenten begründen. Wäre die „Übertragung von Hoheitsgewalt“ nach Art. 24 Abs. 1 GG möglich, ohne dass zugleich Art. 59 Abs. 2 GG zur Anwendung kommt, wären Wertungswidersprüche unvermeidlich. Denn die Wahrnehmung der Integrationsgewalt nach Art. 24 Abs. 1 GG kann für die föderale Tiefenstruktur der Bundesrepublik Deutschland sehr viel weitergehende und greifbarere Fol-

¹⁸⁴ Stern, Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, § 15 II 7b; Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 24 Rdnr. 33; Pernice, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 2, Art. 24 Rdnr. 30.

¹⁸⁵ Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, S. 132.

gen haben als ein völkerrechtlicher Vertrag, der bestimmte Bindungen für die Bundesrepublik Deutschland begründet. Der Verfassungsgeber hat diese Wertung (für den spezifischen Kontext der europäischen Integration) in Art. 23 GG dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er die Zustimmungserfordernisse (Art. 23 Abs. 1 GG) und die begleitende Aufsicht (Art. 23 Abs. 2 ff. GG) intensiviert hat. Man stelle sich vor, die deutsche Regierung plane die Beteiligung Deutschlands an einem globalen oder regionalen Integrationsverband, der in der Integrationstiefe der EU entspricht: Es wäre in diesem Fall wenig einleuchtend, warum der Gesetzgeber nicht jedenfalls jene Zustimmungslegitimation erlangen muss, die in Art. 59 Abs. 2 GG vorgesehen ist. Es wäre offensichtlich inkohärent, wenn die Einbindung in internationale Vertragswerke, in denen öffentliche Gewalt ausgeübt wird, immer durch einfaches Bundesgesetz ohne Zustimmung des Bundesrates erfolgen kann - ungeachtet der föderalen Tiefendimension, die der Vertragsschluss hat. Zwar lässt sich über eine Anwendung von Art. 59 Abs. 2 GG keine Gleichstellung des völkerrechtlichen Vertragsschlusses mit dem Gebrauch der Integrationsgewalt nach Art. 23 GG herstellen (das ist verfassungsrechtlich auch nicht gewollt¹⁸⁶). Immer lässt sich die politisch-föderale Dimension so aber aufnehmen und legitimatorisch abbilden.

In anderen Worten: Eine Verfassungskonstruktion, die es dem Gesetzgeber ermöglichte, der Übertragung von Hoheitsgewalt in die Sphären des internationalen Raums hinein unter Voraussetzungen zuzustimmen, die niedriger als im Falle eines einfachen Vertragsschlusses sind, wäre weder teleologisch noch systematisch wohlbegründet. Dem lässt sich auch nicht der (vermeintliche) Wille des Verfassungsgebers bei der Schaffung von Art. 24 GG entgegenhalten. Denn dieser hatte die Entwicklungen und normativen Umwertungen, die zur Schaffung von Art. 23 GG führten, nicht vor Augen. Es spricht auch nichts für die Annahme, dass der Verfassungsgeber die verfahrensrechtlichen Anforderungen an ein Zustimmungsgesetz im Falle der Übertragung von Hoheitsgewalt durch Art. 24 Abs. 1 GG absenken sollte.

Dem lässt sich nicht mit dem Hinweis darauf begegnen, dass die internationale Integration der Bundesrepublik Deutschland vom Grundgesetz ermöglicht werden sollte. Nirgendwo im Grundgesetz findet sich etwas für die Annahme, dass die Integration unter Reduzierung des Kreises der beteiligten Verfassungsorgane vorangetrieben werden sollte.¹⁸⁷

Es ist damit festzuhalten: Art. 23 Abs. 1 GG stellt eine Spezialregelung im Verhältnis zur allgemeinen Grundlage für die Zustimmung zu völkerrechtlichen Verträgen nach Art. 59 Abs. 2 GG dar, die ihre Verdrängungswirkung deshalb entfalten kann, weil sie nicht nur materiell-rechtliche, sondern auch prozedurale Regelungen vorsieht.¹⁸⁸ Eine derartige Verdrängungswirkung kann Art. 24 Abs. 1 GG nicht entfalten. Wird Hoheits-

¹⁸⁶ Die Verfassungsreformkommission 1994 hat es abgelehnt, Art. 24 GG zu ändern, insbesondere, eine Zustimmungsbeteiligung des Bundesrates vorzusehen. Bewertend ist allerdings zu bemerken, dass man damals umfassende Freihandelsabkommen wie CETA und TTIP noch nicht vor Augen hatte. Schon damals hat man weitgehende Handelsliberalisierung durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates vorgenommen (z.B. Gesetz zu dem Übereinkommen vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation, BGBl. 1994 II 1438).

¹⁸⁷ Ketterer, Zustimmungserfordernis beim Europäischen Stabilitätsmechanismus, 2016, S. 141.

¹⁸⁸ Schorkopf, in: BK-GG, Stand: 153. Aktualisierung 08/2011, Art. 23 Rdnr. 73.

gewalt im Sinne von Art. 24 GG übertragen, kommt es zur parallelen Anwendung von Art. 59 Abs. 2 GG iVm. Art. 24 GG.

b) Bislang keine Hoheitsrechtsübertragung nach Art. 24 GG erkennbar

Ein parlamentarisches Zustimmungserfordernis kann zunächst durch Art. 24 GG ausgelöst werden. Art. 24 GG greift allerdings nach herrschender Auffassung nur, wenn der ermächtigte Hoheitsträger in die rechtliche Lage versetzt wird, Entscheidungen mit Durchgriffswirkung zu erlassen, also in Ausübung der übertragenen Gewalt im innerstaatlichen Bereich die Rechtssubjekte und deutschen Staatsorgane unmittelbar zu berechnen oder zu verpflichten. Die Einsetzung von Vertragsgremien, die die Befugnis haben, die organisatorische Struktur oder das materielle Recht des Freihandelsabkommens zu ändern, fällt damit nicht unter Art. 24 GG. Auch Regelungen, die die Anrufung eines Schiedsgerichts ermöglichen, sind selbst keine Übertragung von Hoheitsgewalt im Sinne von Art. 24 GG.¹⁸⁹

c) Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 59 Abs. 2 GG

Inzwischen ist in der rechtswissenschaftlichen und politischen Diskussion geklärt, dass die Bundesrepublik Deutschland einem umfassenden Freihandelsabkommen des neuen Typs nur auf der Grundlage eines Zustimmungsgesetzes (nach der hier hilfweise geprüften Sicht: nach Art. 59 Abs. 2 GG) bedürfen. Stellungnahmen, die dies ausschließen, sind nicht ersichtlich.

aa) Politische Natur des Abkommens

Die Zustimmungsbedürftigkeit ergibt sich daraus, dass derartige Freihandelsabkommen „politische Abkommen“ im Sinne von Art. 59 Abs. 2 GG sind. Es ist heute davon auszugehen, dass das Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus dem Jahr 1952¹⁹⁰ so nicht mehr maßgeblich sein kann. Es beruht auf einem Verständnis der Abgrenzbarkeit von Innen- und Außenpolitik, die die aktuellen politischen Rahmenbedingungen und institutionellen Gegebenheiten nicht mehr widerspiegelt. Außen- und Innenpolitik greifen ineinander, auch wenn die Rede von einer „Weltinnenpolitik“ vielleicht noch nicht gerechtfertigt ist. Zu beobachten ist auch eine „Vernetzung von Politikfeldern“. Eine Fortschreibung des in dem Urteil enthaltenen Begriffsverständnisses „politische Beziehungen des Bundes“ ist daher notwendig; sie zeichnet sich in der Rechtsprechung auch ab.¹⁹¹

¹⁸⁹ Hierzu Grzeszick/Hettche, Zur Beteiligung des Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, AöR 141 (2016), 225 (258 ff.).

¹⁹⁰ BVerfGE 1, 372.

¹⁹¹ Vgl. BVerfGE 90, 286 (359): „Demnach müssen politische Verträge die „Existenz des Staates, seine territoriale Integrität, seine Unabhängigkeit, seine Stellung und sein maßgebliches Gewicht in der Staatengemeinschaft berühren“ und insbesondere „die Machtstellung des Staates anderen Staaten gegenüber ... behaupten, ... befestigen oder ... erweitern“.

Dies gilt ohne Zweifel, wenn man sich der vorzugswürdigen Sichtweise anschließt, wonach bei der Entscheidung über die Anwendung von Art. 59 Abs. 2 GG der Gesamtinhalt des Abkommens entscheidend ist. Für diese Sichtweise spricht insbesondere der Umstand, dass Deutschland bei Abkommen ohne Trennungsklausel im völkerrechtlichen Außenverhältnis für den Gesamtinhalt des Abkommens einzustehen hat. Die „politische Bedeutung“ des Abkommens für das Auftreten der Bundesrepublik Deutschland bestimmt sich danach nicht nur nach der Relevanz jener Teile, die in die Kompetenzen Deutschlands fallen.

Umfassende Freihandelsabkommen fallen aber auch dann unter Art. 59 Abs. 2 GG, wenn man bei der Entscheidung über die Anwendung von Art. 59 Abs. 2 GG nur auf jene Teile eines gemischten Abkommens abstellt, die in die Kompetenz der Bundesrepublik Deutschland fallen. Es kennzeichnet Abkommen dieses Typs gerade, dass sie in den Bereichen Umwelt, Soziales, Arbeit etc. Verpflichtungen enthalten, die weit in die innere Regelungsautonomie der Vertragsstaaten einschneidet. Auch die Begrenzungen, die sich bei der Regulierung des Marktzugangs von Investoren unterhalb der Schwelle der unternehmerischen Beteiligung (Portfolio-Investitionen) in sachlicher Hinsicht und mit Blick auf den Investitionsschutz ergeben, sind wesentlicher politischer Natur.¹⁹² Es mag Zeiten gegeben haben, in denen gemischte Handelsabkommen die mitgliedstaatlichen Kompetenzen in so marginalem Umfang berührt haben, dass die Zustimmung seitens der Regierung ausreichen und der Abschluss als Verwaltungsabkommen möglich gewesen sein mochte. Umfassende Freihandelsabkommen gehen hierüber aber hinaus.

bb) Erstreckung auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung

Häufig, aber nicht immer wird ein gesetzlicher Zustimmungsbedarf auch dadurch ausgelöst, dass sich ein umfassendes Freihandelsabkommen auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung erstreckt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts greift diese Klausel, wenn der staatliche Vollzug des Abkommens den Erlass eines Gesetzes erfordert. Die Notwendigkeit des Erlasses eines Gesetzes kann ausdrücklich im Grundgesetz vorgesehen sein; sie kann sich aber auch aus einem geschriebenen oder ungeschriebenen Gesetzesvorbehalt ergeben. Der allgemeine Wesentlichkeitsvorbehalt kommt damit auch mit Blick auf völkerrechtliche Verträge zur Anwendung, allerdings in einer modifizierten Form: Die Anforderungen an das Durchführungsgesetz müssen im Hinblick auf die Dichte und Bestimmtheit nicht das allgemein verlangte Niveau erreichen.¹⁹³ Nach Ansicht des BVerfG findet Art. 59 Abs. 2 S. 1 2. Alt. GG auch Anwendung, wenn der Vertrag durch Erlass einer Rechtsverordnung vollzogen werden muss, die nur mit Zustimmung von Bundestag oder Bundesrat ergehen kann.

Aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift ergibt sich, dass es bei der Auslegung des Begriffs „Gegenstände der Bundesgesetzgebung“ nicht auf die föderale Kompetenzverteilung

¹⁹² Auch auf der Basis des BVerfG-Urteils aus dem Jahr 1952 sind damit solche Freihandelsabkommen, die Schiedsgerichtsvereinbarungen enthalten, unter Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG zu subsumieren. Das Gericht erwähnte derartige Vereinbarungen damals ausdrücklich als Beispiel für einen politischen Vertrag (BVerfGE 1, 372).

¹⁹³ Nettesheim, in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 59 Rn.107; Rojahn, in von Münch/ Kunig, Grundgesetz, 6. Auflage 2012, Art. 59 Rn. 26 f.; Streinz, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2014, Art. 59 Rn. 27, 32.

lung zwischen Bund und Land (konkret: auf deren jeweilige Gesetzgebungskompetenzen) ankommen kann. In Art. 59 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG geht es um die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Gubernative und Legislative. Der Begriff der (Bundes-)Gesetzgebung steht also im Kontrast zu den Begriffen Regierungsgewalt und Verwaltung. Danach sind Verträge, die sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, „nur diejenigen Verträge, deren Inhalt, wenn es sich nicht um eine völkerrechtliche Vereinbarung, sondern um eine innerstaatliche Regelung handelt, zu den Gegenständen der Gesetzgebung und nicht zu denen der Verwaltung gehörte.“¹⁹⁴ Der Begriff „Bundesgesetzgebung“ darf also nicht mit „Gesetzgebung im Bund“ gleichgesetzt werden, sondern knüpft an die allgemeine verfassungsrechtliche Abgrenzung der Sphären von Gesetzgeber, Gubernative und Verwaltung an.

Die Frage, ob ein umfassendes Freihandelsabkommen Regelungen enthält, die nur durch Erlass eines Gesetzes vollzogen werden kann, bedarf der Prüfung mit Blick auf jede einzelne Norm. Der Umstand, dass das Abkommen andere (gesetzlich gebilligte) Abkommen überlagert, führt demgegenüber nicht zwingend zur Anwendung von Art. 59 Abs. 2 S. 1 2. Alt. GG. Dies gilt selbst dann, wenn ein Freihandelsabkommen die Kündigung früher geschlossener Abkommen vorsieht. Denn die Kündigung eines Abkommens ist regelmäßig ein zustimmungsfreier Regierungsakt.¹⁹⁵

d) Gesetzgebungsverfahren

aa) Zustimmungsbedürftigkeit durch den Bundesrat

Das nach Art. 59 Abs. 2 GG erforderliche Zustimmungsgesetz ist grundsätzlich (nach den allgemeinen Grundsätzen) ein „Einspruchsgesetz“, das nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf. Ein Zustimmungsbedarf besteht nur, wenn dies im Grundgesetz explizit vorgesehen ist. In der Frage, inwieweit die in umfassenden Freihandelsabkommen typischerweise enthaltenen Klauseln dann, wenn sie durch Parlamentsgesetz erlassen würden, als Zustimmungsgesetz zu behandeln wären, besteht bislang noch keine hinreichende rechtliche Klarheit. Noch hat sich das Bundesverfassungsgericht nicht mit diesen Fragen befasst. Auch die rechtswissenschaftliche Literatur hat diesen Fragen bislang nicht die notwendige Aufmerksamkeit geschenkt.

(1) Festlegung von Vorgaben für Verwaltungsverfahren ohne Abweichungsmöglichkeit (Art. 84 Abs. 1 S. 6 GG)

Umfassende Freihandelsabkommen des neuen Typs begründen regelmäßig weitgehende Anforderungen an die Struktur, Transparenz und Effektivität der Verwaltungspraxis der Vertragsparteien. Derartige Anforderungen finden sich auch in CETA an einer Vielzahl von Stellen.¹⁹⁶

¹⁹⁴ BVerfGE 1, 372 (388 f.).

¹⁹⁵ Hierzu Grzeszick/Hettche, Zur Beteiligung des Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, AöR 141 (2016), 225 (254).

¹⁹⁶ Vgl. etwa Art. 3.5., Art. 4.6., Art. 6.2. etc.

(a) Weitreichende Vorgaben für die Durchführung mitgliedstaatlicher Verwaltungsverfahren

Aus Platzgründen sollen hier nur einzelne Beispiele genannt werden. Nach Art. 4.6. gilt mit Blick auf die Regelung technischer Handelshemmnisse:

„(1) Jede Vertragspartei stellt sicher, dass Transparenzverfahren im Zusammenhang mit der Entwicklung technischer Vorschriften und Konformitätsbewertungsverfahren betroffene Personen der Vertragsparteien in die Lage versetzen, sich zu einem geeigneten, frühen Zeitpunkt einzubringen, zu dem noch Änderungen eingeführt und Stellungnahmen berücksichtigt werden können, sofern keine dringenden Probleme der Sicherheit, der Gesundheit, des Umweltschutzes oder der nationalen Sicherheit auftreten oder aufzutreten drohen.“

Nach Art. 6.2. gilt für den Bereich von Zöllen und sonstigen Handelserleichterungen (an der Grenze):

„(1) Jede Vertragspartei veröffentlicht ihre Rechtsvorschriften, sonstigen Vorschriften, Gerichtsentscheidungen und Verwaltungspolitiken bezüglich der Voraussetzungen für die Ein- oder Ausfuhr von Waren oder macht sie der Öffentlichkeit auf andere Weise, gegebenenfalls auch in elektronischer Form, zugänglich.“

Weitgehende Vorgaben für das Verwaltungsverfahren in den Mitgliedstaaten werden insbesondere auch im Investitionsschutzkapitel formuliert. Nach Art. 8.10.1. wird den Vertragsstaaten (und damit auch den Mitgliedstaaten) die Pflicht auferlegt, den Investoren der jeweils anderen Vertragspartei eine billige und gerechte Behandlung widerfahren zu lassen. Nach Art. 8.10.2. liegt ein Verstoß gegen diese Pflicht an vor, wenn eine Entscheidung die folgenden Eigenarten aufweist:

- „a) eine Rechtsverweigerung in straf-, zivil- oder verwaltungsrechtlichen Verfahren,
- b) eine grundlegende Verletzung rechtsstaatlichen Verfahrens, einschließlich einer grundlegenden Verletzung der Pflicht zur Transparenz, in Gerichts- und Verwaltungsverfahren,
- c) offenkundige Willkür,
- d) gezielte Diskriminierung aus offenkundig ungerechtfertigten Gründen wie Geschlecht, Rasse oder religiöser Überzeugung,
- e) missbräuchliche Behandlung von Investoren wie Nötigung, Zwang und Schikane oder
- f) einen Verstoß gegen etwaige weitere von den Vertragsparteien nach Absatz 3 festgelegte Bestandteile der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung.“

Offensichtlich macht diese Bestimmung weitreichende (und vage) Vorgaben für die Durchführung von mitgliedstaatlichen Verwaltungsverfahren.

Entsprechende Anforderungen an Ausgestaltung des mitgliedstaatlichen (Verwaltungs-)Rechts werden im Bereich der Dienstleistungserbringung formuliert. Nach Art. 9.3. besteht grundsätzlich eine Pflicht zur Inländerbehandlung. CETA gewährt den Vertragsparteien das Recht, weitergehende Anforderungen zu formulieren – dies aber nur, wenn „die Art und Weise der Anwendung dieser Anforderungen keine ... Diskriminierung“ beinhaltet. Art. 9.4. besagt im Einzelnen:

„Artikel 9.3 hindert die Vertragsparteien nicht daran, Maßnahmen zur Festlegung formaler Anforderungen im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen einzuführen oder aufrechtzuerhalten, sofern die Art und Weise der Anwendung solcher Anforderungen keine willkürliche oder ungerechtfertigte Diskriminierung beinhaltet. Entsprechende Maßnahmen können folgende Anforderungen vorsehen:

- a) Zulassung, Registrierung, Zertifizierung oder Genehmigung als Voraussetzung für die Erbringung einer Dienstleistung oder für die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Berufsstand, zum Beispiel Verpflichtung zur Mitgliedschaft in einer Berufsorganisation oder zur Beteiligung an einem kollektiven Ausgleichsfonds für Mitglieder einer Berufsorganisation,
- b) Verpflichtung für Dienstleister, über einen für Dienstleistungen bereitstehenden Vertreter vor Ort oder über eine Anschrift vor Ort zu verfügen,
- c) Beherrschung einer Landessprache oder Besitz eines Führerscheins oder
- d) Verpflichtung des Dienstleisters
 - i) zur Hinterlegung einer Bürgschaft oder anderen Finanzsicherheit,
 - ii) zur Einrichtung eines Treuhandkontos oder Leistung einer Zahlung auf ein Treuhandkonto, zum Abschluss einer bestimmten Art von Versicherung über eine bestimmte Versicherungssumme,
 - iii) zur Bereitstellung anderer, vergleichbarer Garantien oder
 - iv) zur Gewährleistung des Zugangs zu Aufzeichnungen.“

Die Bestimmung stellt zugleich bestimmte Maßnahmen der Mitgliedstaaten frei *und* unterwirft deren Anwendung einem Willkür- und Diskriminierungsvorbehalt. Auch hier wird wiederum – im Anwendungsbereich des Dienstleistungskapitels – weit in die mitgliedstaatliche Freiheit zur Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens eingegriffen. In Deutschland mag dies dadurch wenig bemerkbar machen, dass schon die Grundrechte erhebliche Bindungen auch für die Länder bewirken (Art. 1 Abs. 3 GG). Die von CETA ausgehende Bindung ist deshalb aber nicht ohne rechtliche Bedeutung.

Soweit es um den Aufenthalt natürlicher Personen geht, findet sich Vorgaben für die mitgliedstaatliche Verwaltungstätigkeit in Art. 10.3.2:

„(2) Jede Vertragspartei wendet ihre Maßnahmen im Zusammenhang mit den Bestimmungen dieses Kapitels im Einklang mit Artikel 10.2 Absatz 1 an; insbesondere wendet sie sie so an, dass dabei der Handel mit Waren oder Dienstleis-

tungen oder die Durchführung von Investitionen im Rahmen dieses Abkommens nicht unangemessen beeinträchtigt oder verzögert wird.“

Besonders greifbar sind die wiederum weitgehend unbestimmten Anforderungen, die in Kapitel 12 für die „innerstaatliche Regulierung“ formuliert werden. Nach Art. 12.3.1. und Art. 12.3.2. gilt:

„(1) Jede Vertragspartei stellt sicher, dass die Zulassungs- und Qualifikationsanforderungen sowie die Zulassungs- und Qualifikationsverfahren, die sie einführt oder aufrechterhält, auf Kriterien beruhen, die eine willkürliche Ausübung des Ermessens der zuständigen Behörden verhindern.

(2) Die in Absatz 1 genannten Kriterien müssen

- a) klar und transparent sein,
- b) objektiv sein und
- c) im Voraus festgelegt und öffentlich zugänglich gemacht werden.“

Die Rechtswirkungen, die sich hieraus auf die mitgliedstaatliche Verwaltungszuständigkeit ergeben, sind wiederum greifbar.

(2) Rechtsrelevanz auch für die Länder

Die genannten Vorgaben erstrecken sich im übrigen nicht lediglich auf Lagen und Sachverhalte, die in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen. Dies gilt selbst dann, wenn man – mit dem EuGH – die diesbezügliche Regelungszuständigkeit der EU bei der Regelung des Marktzugangs und des Handlungsrahmens von Dienstleistern und Investoren weit fasst und auch umfassend auf die Verhältnisse hinter der Grenze anwendet. Selbst dann ist und bleibt die EU nur in Bereichen zuständig, in denen ein „spezifischer Bezug“¹⁹⁷ zum grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr besteht. Die prozeduralen Vorgaben, die CETA macht, gelten aber unbedingt; ihre Geltung erstreckt sich nicht nur auf jene Regelungen eines Vertragspartners, die eine spezifische Handelsrelevanz aufweisen. Regelungen der genannten Art haben damit immer in dem Sinne eine überschießende Tendenz, dass sie über den Bereich der spezifischen Handelspolitik hinausgehen. Dass sich der EuGH in seinem Gutachten zum Abkommen EU-Singapur mit dieser Wirkung nicht befasst, ändert an deren Existenz nichts.

CETA löst Art. 84 Abs. 1 S. 6 GG aus, weil die Vorgaben für die Behandlung von Dienstleistern und Investoren auch für Lagen und Sachverhalte gelten, in denen (nach dem deutschen Verfassungsrecht) die Länder die Verwaltungszuständigkeit haben. Im Lichte der Kompetenzstruktur der Art. 83 ff. GG ist dies jedenfalls bei der Zulassung von Niederlassungswilligen und der (ggf. erforderlichen) Genehmigung von Dienstleistungen sogar der Regelfall. Die Freiheit der Länder bei der Ausgestaltung des Verfahrens im Umgang mit kanadischen Investoren und Dienstleistungsempfän-

¹⁹⁷ EuGH, Urt. vom 16.5.2017, Gutachten 2/15, Freihandelsabkommen EU-Singapur, Rdnr. 36 unter Verweis auf: EuGH, Urt. vom 18.7.2013, Rs. C-414/11, Daiichi Sankyo und Sanofi-Aventis Deutschland, Rdnr. 51; EuGH, Urt. vom 22.10.2013, Rs. C-137/12, Kommission/Rat, Rdnr. 57; EuGH, Urt. vom 14.2.2017, Gutachten 3/15, Vertrag von Marrakesch über den Zugang zu veröffentlichten Werken, Rn. 61.

gern wird durch CETA greifbar eingeschränkt – ohne dass eine Abweichungsmöglichkeit bestünde. In Fällen, in den Verpflichtungen durch völkerrechtlichen Vertrag begründet werden, können die Länder nicht nach Art. 84 Abs. 1 S. 5 GG eigene Wege gehen.

Würde man die gesetzliche Zustimmung zu CETA unter Art. 59 Abs. 2 GG fassen, wäre das Gesetz nach Art. 84 Abs. 1 S. 6 GG ein Gesetz, das nur mit Zustimmung des Bundesrates beschlossen werden kann (Art. 77 GG). Aus diesem Grund sind in der Vergangenheit immer wieder Zustimmungsgesetze zu Freihandelsabkommen mit Zustimmung des Bundesrates ergangen.¹⁹⁸ Eine Verletzung dieser Verfahrensanforderung führt zur Nichtigkeit des Gesetzes.

(2) Haftungstatbestände nach Art. 8.9. ff. CETA: Berührung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG

In CETA finden sich darüber hinaus Regelungen, die Haftungstatbestände im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG darstellen.

Das Grundgesetz definiert den Begriff der Staatshaftung weder in Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG noch an anderer Stelle. Die Verfassung lehnt sich vielmehr an eine überkommene und vom Bundesverfassungsgericht im Jahr 1982 ohne weitere Problematisierung als selbstverständlich angesehene Bedeutung an. Staatshaftung ist danach die rechtliche Verantwortung der Träger von Hoheitsgewalt für die Folgen schädigenden rechtswidrigen Verhaltens der öffentlichen Gewalt.¹⁹⁹ Regelungen der Staatshaftung begründen Haftungstatbestände, die auf den Ausgleich der Folgen derartiger Handlungen abzielen. Das Bundesverfassungsgericht stellte in seiner Entscheidung vom 19.10.1982 fest, dass die damaligen Gesetzgebungskompetenzen des Bundesgesetzgebers nicht ausreichen, ein umfassendes System der Staatshaftung (auch mit Blick auf die Verantwortlichkeit der Länder) zu begründen. Das Bundesverfassungsgericht wies in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die föderative Bedeutung dieser Kompetenzfrage hin:

„Die Zubilligung einer Befugnis des Bundes zur Regelung des Staatshaftungsrechts im Rahmen seines Rechts zur konkurrierenden Gesetzgebung auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts, wie sie der Bund für sich beansprucht hat, verleihe ihm die Macht, Haftungstatbestände zu begründen, die -- losgelöst von den überschaubaren Grenzen, die einer auf den Staat übergeleiteten Beamtenhaftung innewohnen -- über die vom Staatshaftungsgesetz geschaffenen weit hinausgingen. Dies könnte die Verteilung der Gewichte im Bund-Länder-Verhältnis, wie sie das Grundgesetz verwirklicht hat, stören; dem Bundesrat wäre es prinzipiell verwehrt, über solche Gesetze maßgeblich mitzuentcheiden, obwohl der Bund Ersatzpflichten begründen könnte, die sich nicht allein auf die Finanzen, sondern

¹⁹⁸ Gesetze zu dem Handelsübereinkommen mit Kolumbien und Peru, BGBl. II 2013, S. 434, BT-Drs. 17/12354; zu dem Abkommen mit den Staaten Zentralamerikas, BGBl. II 2013, S. 682, BT-Drs. 17/12355; zu dem Assoziierungsabkommen mit der Ukraine, BGBl. II 2015, S. 530, BT-Drs. 18/3693; zu dem Wirtschaftspartnerschaftsabkommen mit den CARIFORUM-Staaten, BT-Drs. 18/8297.

¹⁹⁹ BVerfGE 61, 149 (an verschiedenen Stellen).

auch auf die Verwaltungen der Länder tiefgreifend auswirkten. Nicht von ungefähr hat der Parlamentarische Rat auf eine echte Eigenständigkeit der Länder großen Wert gelegt und in Angelegenheiten von vergleichbarer finanzieller und verwaltungsmäßiger Tragweite die Interessen der Länder durch das Erfordernis der Zustimmung des Bundesrates umhegt und damit zum Ausdruck gebracht, daß die Länder in derartigen für sie und die föderative Ordnung gewichtigen Fragen durch den Bundesrat ein entscheidendes Wort mitzureden haben.²⁰⁰

Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat hierauf mit der Einführung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG reagiert und die föderative Perspektive dadurch einbezogen, dass Gesetze, die auf diesem Kompetenztitel erlassen werden, nach Art. 74 Abs. 2 GG der Zustimmung des Bundesrates bedürfen.

Das Zustimmungsgesetz zu CETA bedürfte (unterstellt, es wird auf Art. 59 Abs. 2 GG gestützt) danach der Zustimmung des Bundesrates, wenn CETA Regelungen enthält, die eine Haftungsfolge für schädigendes rechtswidriges Verhalten der öffentlichen Gewalt vorsehen. Derartige Regelungen finden sich in Art. 8.18. iVm. Art. 8.39. Nach Art. 8.18.1. gilt:

- „(1) Unbeschadet der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien aus Kapitel neunundzwanzig (Streitbeilegung) kann ein Investor einer Vertragspartei bei dem nach diesem Abschnitt eingesetzten Gericht Klage gegen die andere Vertragspartei einreichen wegen Verletzung einer Pflicht
- a) nach Abschnitt C: in Bezug auf die Ausweitung, die Leitung, den Betrieb, die Verwaltung, die Aufrechterhaltung, die Verwendung, die Nutzung und den Verkauf seiner erfassten Investition oder die Verfügung darüber oder
 - b) nach Abschnitt D, wenn der Investor geltend macht, infolge des vorgeblichen Verstoßes einen Verlust oder Schaden erlitten zu haben.“

Art. 8.39.1. sieht vor:

- „(1) Erlässt das Gericht einen endgültigen Urteilsspruch gegen den Beklagten, so kann es nur Folgendes — einzeln oder in Kombination — zusprechen:
- a) Schadensersatz in Geld, gegebenenfalls zuzüglich aufgelaufener Zinsen,
 - b) Rückerstattung von Vermögenswerten, wobei der Urteilsspruch vorsehen muss, dass der Beklagte anstelle der Rückgabe Schadensersatz in Geld leisten kann, und zwar in einer Höhe, die dem im Einklang mit Artikel 8.12 bestimmten fairen Marktwert der Vermögenswerte unmittelbar vor Bekanntwerden der Enteignung oder bevorstehenden Enteignung — je nachdem, welches der frühere Zeitpunkt ist — entspricht, gegebenenfalls zuzüglich aufgelaufener Zinsen.“

In den Bestimmungen kommen verschiedene Bedeutungsgehalte zusammen. Sie enthalten Gerichtsorganisationsrecht, machen (in Verbindung mit anderen, hier nicht wieder-

²⁰⁰ BVerfGE 61, 149 (205 f.).

gegebenen Bestimmungen) prozedurale Aussagen und begründen einen Haftungstatbestand. CETA sieht danach vor, dass die Verletzung der in Abschnitt C und D begründeten Verhaltenspflichten eine Haftung des handelnden Verbands vorsieht, die in einem ebenfalls von CETA eingerichteten Verfahren eingefordert werden kann.

Dass CETA zugleich institutionelle und materiell-rechtliche Regelungen trifft, kann der Anwendbarkeit von Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG schon deshalb nicht entgegen stehen. Es ist anerkannt, dass die Zustimmungspflicht des Bundesrates schon dann zur Entstehung kommt, wenn in einem Regelwerk mit mehreren Regelungen eine die Zustimmungspflicht auslöst. Dieser Grundsatz muss auch im Bereich von Art. 59 Abs. 2 GG zur Anwendung kommen. Andernfalls hätte es der Gesetzgeber in der Hand, die Notwendigkeit der Einholung der Zustimmung des Bundesrates dadurch zu unterlaufen, dass er ein eigentlich zustimmungspflichtiges Vertragswerk um nicht zustimmungspflichtige Regelungen anreichert.

Ebenfalls steht der Anwendbarkeit von Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG nicht entgegen, dass CETA keine umfassende Kodifikation des Staatshaftungsrechts vornimmt, sondern sich auf Einzelregelungen beschränkt. Die genannte Kompetenzbestimmung wurde im Jahr 1994 eingeführt, um dem Bundesgesetzgeber die Möglichkeit zu geben, eine Konsolidierung des Staatshaftungsrechts vorzunehmen.²⁰¹ Weder den Gesetzesmaterien noch der Bestimmung selbst ist zu entnehmen, dass sie nur auf einen derartigen Kodifikationsakt Anwendung finden soll. Im Wortlaut und im System des Grundgesetzes ist es angelegt, die Bestimmung auch auf (Zustimmungs-)Gesetze anzuwenden, die einzelne Haftungstatbestände begründen. Wäre Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG nur auf einen umfassenden Kodifikationsakt anwendbar, könnte der Bundesgesetzgeber seine Geltung dadurch unterlaufen, dass er – ggf. in dichter Reihenfolge - einzelne Teilregelungen erlässt.

Die Anwendung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG iVm. Art. 74 Abs. 2 GG ist auch funktional-teleologisch gerechtfertigt. Ein Verstoß eines Landes gegen die Verpflichtungen, die sich aus Kapitel 8, Abschnitte C und D ergeben, kann zwar nicht in einem Verfahren unmittelbar gegen das Land eingefordert werden. Der Investor kann nur gegen die EU oder den Mitgliedstaat vorgehen. Auf Klagen und Streitigkeiten, die sich gemäß Kapitel 8 Abschnitt F (Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und Staaten) des CETA gegen die EU oder ihre Mitgliedstaaten richten, findet die Verordnung (EU) Nr. 912/2014 vom 23. Juli 2014 zur Schaffung der Rahmenbedingungen für die Regelung der finanziellen Verantwortung bei Investor-Staat-Streitigkeiten vor Schiedsgerichten, welche durch internationale Übereinkünfte eingesetzt wurden, bei denen die Europäische Union Vertragspartei ist, Anwendung.²⁰² Der Binnenausgleich im Bundesländer-Verhältnis erfolgt nach Art. 104a Abs. 6 GG, der nicht lediglich für die Fälle Anwendung findet, in denen das rechtswidrige Verhalten des Landes im Kompetenzbereich der EU erfolgt und eine Haftung der EU auslöst, sondern auch in Fällen, in denen sich das Land im Kompetenzbereich der Bundesrepublik Deutschland rechtswidrig verhält und so finanzielle Lasten erzeugt.

²⁰¹ BVerfGE 61, 151 zur Notwendigkeit einer Bundeskompetenz.

²⁰² Erklärung des Rats Nr. 5 (Abl. 2017 L 11/11).

Die Auffassung, wonach CETA Haftungstatbestände enthält, durch die das Zustimmungsgesetz von Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG erfasst wird, wurde von *Wolfgang Weiß* entwickelt. In der Literatur ist diese Überlegung auf Zustimmung gestoßen.²⁰³ Abweichende Stimmen sind nicht ersichtlich. Es ist damit festzuhalten, dass das Zustimmungsgesetz zu einem umfassenden Freihandelsabkommen unter Art. 74 Abs. 2 Nr. 25 GG fällt, weil CETA Haftungstatbestände für die Mitgliedstaaten begründet.

bb) Zustimmungsbedarf nach dem „Lindauer Abkommen“

Die Frage, welche Rolle das „Lindauer Abkommen“ beim Erlass eines gemischten Freihandelsabkommens neuen Typs spielt, hat das Bundesverfassungsgericht bislang nicht beschäftigt. Die Staatsorgane von Bund und Ländern sind sich in der Frage uneins. Auch in der verfassungsrechtlichen Literatur hat das Problem bislang kaum eine Bedeutung gespielt.²⁰⁴

Das Lindauer Abkommen dient der Überbrückung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Bund und Ländern bei der Auslegung von Art. 32 GG. Es legt unter anderem die Beteiligungsrechte der Länder beim Abschluss eines Abkommens vor, das die ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen der Länder berührt. Berührt ein Abkommen die ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen der Länder, ohne dass sein diesbezüglicher Inhalt auch unter eine Kompetenz des Bundes fällt (Ziff. 2), sieht das Lindauer Abkommen die Pflicht zur Einholung des Einverständnisses der Länder vor (Ziff. 3). Man ist sich einig, dass dieser Pflicht nur dann genügt wird, wenn jedes Land sein Einverständnis erklärt. Die Länder haben damit je für sich eine Veto-Position. Das Einverständnis ist einzuholen, bevor der Bund die Zustimmung zu dem Abkommen erteilt. Umstritten ist nun, ob die Mitwirkungsrechte, die dem Bundesrat nach Art. 23 Abs. 2 ff. GG zustehen, im Fall eines gemischten Abkommens die Rechtsposition der Länder aus dem Lindauer Abkommen auch für jene Bestandteile verdrängt, die in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen. Wäre dem so, würden die Länder, die gem. Art. 23 Abs. 2 GG nur durch den Bundesrat und nicht jeweils einzeln auftreten können, einen erheblichen Rechtsverlust erleiden.

²⁰³ Weiß, Verfassungsprobleme des Abschlusses und der vorläufigen Anwendung des CETA Freihandelsabkommens mit Kanada, Stellungnahme vom 31.8.2016 (Anhörng des Deutschen Bundestages, Ausschuss für Wirtschaft und Energie); ähnlich: Streinz, Disputes on TTIP: Does the Agreement Need the Consent of the German Parliament?, in: Herrmann/Simma/Streinz (Hrsg.), Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship, GS Horst G. Krenzler, 2015, S. 291 (zum TTIP); Wiater, Föderalismus „hoch zwei“: Zur Rolle der deutschen Länder bei der Ausgestaltung der gemeinsamen Handelspolitik der EU, AöR (139) 2014, 528 ff. Anders Ruffert, Das CETA-Ratifikationsgesetz bedarf nicht der Zustimmung des Bundesrates!, Blog-Beitrag vom 31. Oktober 2016, abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/das-ceta-ratifikationsgesetz-bedarf-nicht-der-zustimmung-des-bundesrates/>.

²⁰⁴ Vgl. aber Clostermeyer/Lehr, Ländermitwirkung bei völkervertraglichem Handeln auf EU-Ebene - Brauchen wir ein Lindau II?, DÖV 1998, 148 (151); Morawitz/Kaiser, Die Zusammenarbeit von Bund und Ländern bei Vorhaben der Europäischen Union, 1994, S. 84; Scholz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 23 Rdnr. 142.

In den Verhandlungen, die anlässlich der Schaffung von Art. 23 GG zwischen Bund und Ländern geführt wurden, spielte die Bestimmung des Verhältnisses zwischen den völkerrechtlichen Beteiligungsrechten nach Art. 32 iVm. Art. 59 GG und jenen nach Art. 23 GG eine zentrale Rolle. Man ging damals davon aus, dass sich die Beteiligungsrechte der Länder dort, wo es um „Angelegenheiten der Europäischen Union“ im Sinne von Art. 23 Abs. 2 GG geht, ausschließlich nach den Art. 23 Abs. 2 ff. GG bestimmen. Andere oder weitergehende Rechte aus dem Lindauer Abkommen werden danach derogiert.²⁰⁵ Unstrittig definiert sich die Rechtsstellung der Länder hinsichtlich jener Bestandteile eines gemischten Abkommens, die in die EU-Kompetenzen fallen, nach Art. 23 GG. Sie werden diesbezüglich immer mediatisiert: Soweit es (wie oben dargelegt) eines Zustimmungsgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG Bedarf, handelt der Bundesrat. Die Unterrichts- und Mitwirkungsrechte nach Art. 23 Abs. 2 ff. GG stehen ebenfalls dem Bundesrat zu.

Demgegenüber wurde die Frage, welche Rechte die Länder bezüglich jener Abkommensbestandteile haben, die in die mitgliedstaatliche Kompetenz fallen, zwischen Bund und Ländern nicht geklärt. In der Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Regierungen der Länder über die Zusammenarbeit in Angelegenheiten der Europäischen Union in Ausführung von § 9 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 29. 10. 1993²⁰⁶ ausdrücklich offengelassen.²⁰⁷, obwohl "Gemischte Beschlüsse" und die Vorbereitung und der Abschluss völkerrechtlicher Abkommen in Ziff. VII einbezogen wurden.

Mangels anderweitiger Vereinbarung ist davon auszugehen, dass das Lindauer Abkommen in diesen Bereichen weiterhin Anwendung findet. Wenn man davon ausgeht, dass das Zustimmungsgesetz zu jenen Teilen eines gemischten Abkommens, die in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallen, auf der Grundlage von Art. 59 Abs. 2 GG ergeht, legt man eine Deutung des gemischten Abkommens zugrunde, das von letztlich zwei unterscheidbaren Teilen geht, die die EU und Mitgliedstaaten parallel vereinbaren. Es ist einzugestehen, dass dieses Verständnis die Zahl der Vetoakteure erhöht. Einen Grund, verfassungsrechtliche Rechte zu unterlaufen, stellt dies aber nicht dar. Föderalismus kann in der Tat integrationshemmend sein, jedenfalls dann, wenn es um eine angemessene Beteiligung der Länder beim Abschluss von Verträgen geht, die ihre Kompetenz berühren. Dies sollte nicht Anlass zu Bedenken geben, sondern Grund zur stolzen Bekräftigung des Föderalismus. Es bleibt immer die Möglichkeit einer Neuverhandlung des Lindauer Abkommens.

e) Fazit und Subsumtion von CETA

Die vorstehende Analyse lässt folgende Schlussfolgerungen zu CETA zu:

²⁰⁵ Protokoll über den Verhandlungsstand zwischen Bund und Ländern in der Frage der Behandlung völkerrechtlicher Abkommen im Bereich der Europäischen Union (Beschluss der Chefs der Staats- und Senatskanzleien der Länder vom 24. 2. 1994), I. Ziff. 1 (ohne Widerspruch der Länder).

²⁰⁶ Bundesanzeiger Nr. 226/1993, S. 10425.

²⁰⁷ Fußn. 8 zu Ziff. VII der Vereinbarung.

aa) Keine Übertragung von Hoheitsgewalt im Sinne von Art. 24 GG

CETA bewirkt – hierauf ist bereits hingewiesen worden – keine Übertragung von Hoheitsgewalt im Sinne von Art. 24 GG.

bb) Zustimmungspflichtigkeit nach Art. 59 Abs. 2 GG

CETA ist (auch als gemischtes Abkommen) kein bloßes Verwaltungsabkommen. Es bedarf der Zustimmung durch Gesetz im Sinne von Art. 59 Abs. 2 GG.

cc) Gesetzgebungsverfahren

(1) Zustimmungspflichtigkeit des Gesetzes

Es ist oben bereits festgestellt worden, dass CETA Regelungen enthält, die von Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG erfasst werden. Die Haftungsfolgen, die sich aus Investor-Staat-Schiedsgerichtsverfahren ergeben, ergeben sich aus der Anwendbarkeit der VO (EU) Nr. 912/2014.²⁰⁸ Der Rat hat hierzu eine ausdrückliche Erklärung abgegeben.²⁰⁹ Aus Art. 74 Abs. 2 GG ergibt sich eine Zustimmungspflicht.

CETA enthält insbesondere im Dienstleistungskapitel und im Niederlassungskapitel Vorgaben, die sich jenseits der spezifischen Regelung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs bewegen und daher nach umstrittener und in einem verfassungsgerichtlichen Verfahren zu überprüfenden Sichtweise nicht mehr unter Art. 207 Abs. 1 AEUV fallen. Folgt man dieser Sichtweise, bedürften Regelungen wie Art. 9.4 (Begrenzung der Freiheit zur Festlegung formaler Anforderungen an den Dienstleistungserbringer und die Dienstleistung – Vorbehalt einer Willkürkontrolle) oder Art. 12.3. einer mitgliedstaatlichen Zustimmung. Gleiches gilt etwa für die Behandlung von Investoren nach Art. 8.10. In beiden Fällen werden Bindungen begründet, die auch das Verwaltungsverfahren der Länder zum Gegenstand haben (Art. 84 Abs. 1 S. 6 GG). Nach jeder denkbaren Sicht fallen Vorschriften wie Art. 8.10. insoweit, wie sie Portfolio-Investitionen betreffen, in den Bereich der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit. Sie berühren ebenfalls die in Art. 84 Abs. 1 S. 6 GG geschützte Freiheit der Länder.

CETA begründet zudem in Art. 23.5. Abs. 1 lit. b) und Art. 24.6. Garantien, die den Gestaltungsraum der Länder bei der Ausgestaltung ihres Verwaltungsverfahrens einschränkt. Gleiches gilt für Art. 24.10. Abs. 2 lit. a). Auch diesbezüglich ergibt sich eine Zustimmungspflicht des Bundesrates aus Art. 84 Abs. 1 S. 6 GG.

²⁰⁸ Verordnung (EU) Nr. 912/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 zur Schaffung der Rahmenbedingungen für die Regelung der finanziellen Verantwortung bei Investor-Staat-Streitigkeiten vor Schiedsgerichten, welche durch internationale Übereinkünfte eingesetzt wurden, bei denen die Europäische Union Vertragspartei ist, Abl. 214 L 257/121.

²⁰⁹ Abl. 2017 L 11/11.

(2) Anwendbarkeit des Lindauer Abkommens

In dieser Ausarbeitung ist dafür plädiert worden, gemischte Freihandelsabkommen des neuen Typs unter Art. 23 Abs. 1 GG zu fassen. Für die Anwendung des Lindauer Abkommens ist nach dieser Sichtweise kein Raum. Sieht man dies anders und wendet auf jene Teile des Abkommens, die in die mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten fallen, Art. 59 Abs. 2 GG an, so ist der Anwendungsbereich des Abkommens eröffnet.

In diesem Fall bedürfte es im Verfahren der Zustimmung zu CETA der Einholung des Einverständnisses der Länder. Wenn man der Auffassung folgt, dass sich die ausschließliche Zuständigkeit der EU nicht umfassend auf die Regelung aller Rahmenbedingungen der Marktstellung des Dienstleistungserbringers oder Investors erstreckt, dann berührt CETA vielfältige Regelungszuständigkeiten der Mitgliedstaaten. Ausschließliche Zuständigkeiten der *Länder* werden dadurch berührt, dass das Kapitel 8 eine Garantie des Marktzugangs und der Behandlung von Investoren (Art. 8.4., Art. 8.9., Art. 8.10) auch in jenen Bereichen begründet, die in die ausschließliche Zuständigkeit dieser Verbandskörperschaften Länder fallen. Dies gilt etwa für die Presse- und Rundfunkmärkte. In der Sache ist dies auch unumstritten: Die europäische Seite hat einen Vorbehalt eingelegt, was die Absicherung der presserechtlichen Verantwortung angeht.²¹⁰ In dem Vorbehalt geht es um die Gewährleistung, dass eine presserechtlich verantwortliche Person benannt wird, und um ein Niederlassungserfordernis. Gleiche Einwirkungen von CETA lassen sich in anderen Bereichen landesrechtlicher Zuständigkeit beobachten (landesrechtliche Zuständigkeiten im Bereich der Heilberufe, Regelung des Krankenhauswesens und der Rettungsdienste).²¹¹

Entsprechende Berührungen ergeben sich aus den Bestimmungen über die Dienstleistungserbringung, insbesondere soweit weitgehende Vorgaben für das Zulassungsverfahren gemacht werden (Art. 12.3. iVm. Art. 12.2.).

C. Institutionell-organisatorische und prozedurale Strukturereignungen des Grundgesetzes

Den grundgesetzlichen Anforderungen wird nicht schon dadurch entsprochen, dass die Bundesrepublik Deutschland beim Abschluss eines gemischten Abkommens die verfassungsrechtlich erforderlichen Verfahrensschritte unternimmt. Das Bundesverfassungsgericht postuliert jedenfalls in Fällen, in denen der Vertrag eine überstaatliche Entscheidungsgewalt konstituiert, eine fortdauernde, aus Art. 20 Abs. 2 abgeleitete Verantwortung, das Entscheidungsverhalten zu steuern und zu kontrollieren (im EU-Kontext: „Integrationsverantwortung“). Diese Verantwortung bezieht sich sowohl auf die personelle wie auf die sachliche Dimension.

²¹⁰ ABl. EU 2017 L 11/782.

²¹¹ Vgl. etwa ABl. EU 2017 L 11/785, 787, 790,

I. Defizite im Bereich der personalen Legitimation

CETA ist von den verhandelnden Personen im Glauben ausgehandelt worden, dass es als bilaterales Abkommen zwischen der EU und Kanada abgeschlossen würde und alle Regelungen in den Kompetenzbereich dieser Verbände fallen. Dementsprechend sieht CETA keine spezifischen Regeln vor, die sicherstellen, dass die Mitgliedstaaten in jenen Bereichen, in denen die Vertragsgremien über die in ihre Bereiche fallenden Materien verhandeln und entscheiden, in den Vertragsgremien auch Sitz und Stimme haben.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich jedenfalls in den Eilentscheidungen damit begnügt, sicherzustellen, dass bei der Verständigung über das Mandat der EU-Vertreter jeder Mitgliedstaat eine Veto-Position haben muss. Es stellt in seinem Beschluss vom 7.12.2016 fest:

„Der Senat hat zudem darauf hingewiesen, dass einer etwaigen Berührung der Verfassungsidentität (Art. 79 Abs. 3 GG) durch Kompetenzausstattung und Verfahren des Ausschusssystem - jedenfalls im Rahmen der vorläufigen Anwendung - etwa dadurch begegnet werden könnte, dass durch eine interinstitutionelle Vereinbarung sichergestellt werde, dass Beschlüsse nach Art. 30.2 Abs. 2 CETA nur auf Grundlage eines gemeinsamen Standpunktes nach Art. 218 Abs. 9 AEUV gefasst würden, der im Rat einstimmig angenommen worden sei. Hierzu hat der Senat beispielhaft auf Art. 3 Abs. 4 des Beschlusses des Rates und der im Rat Vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union über die Unterzeichnung und vorläufige Anwendung des Protokolls zur Änderung des Luftverkehrsabkommens zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits verwiesen (ABl EU Nr. L 2010 S. 223/2, vgl. BVerfG, a.a.O., Rn. 71).“²¹²

Eine entsprechende Mitsprachemöglichkeit ist den Mitgliedstaaten durch die 19. Erklärung des Rats und der Mitgliedstaaten zuerkannt:

„Der Rat und die Mitgliedstaaten weisen darauf hin, dass der von der Union und ihren Mitgliedstaaten im Gemischten CETA-Ausschuss einzunehmende Standpunkt zu einem Beschluss dieses Ausschusses, der in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, einvernehmlich festgelegt wird.“²¹³

Das Bundesverfassungsgericht hat bislang keine Entscheidung zu der Frage getroffen, ob es den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 20 Abs. 2 GG, Art. 38 GG wirklich entspricht, wenn in den CETA-Vertragsgremien Entscheidungen in Angelegenheiten getroffen werden, die ggf. tief in mitgliedstaatliche Zuständigkeiten hineinreichen, ohne dass dort mitgliedstaatliche Vertreter mit Sitz und Stimme präsent sind. Wer die Dynamik des Verhandlungsprozesses in Vertragsgremien kennt, weiß, dass eine Steuerung durch die in der 19. Erklärung vorgesehene Festlegung nur begrenzt möglich ist.

²¹² BVerfG, Beschluss vom 7.12.2016, Rdnr. 7.

²¹³ ABl. 2017 L 11/15. Vgl. auch die Erklärung Österreichs (Nr. 24).

Vor dem Hintergrund von Art. 20 Abs. 2 GG iVm. Art. 79 Abs. 3 GG erscheint es schwer vorstellbar, dass den Anforderungen an eine hinreichende demokratisch-personale Legitimation der Entscheidungen der CETA-Vertragsgremien (im Bereich der mitgliedstaatlichen Kompetenzen) dadurch genügt wird, dass EU-Vertreter unter Aufsicht der Mitgliedsstaaten wirken. Das Grundgesetz verlangt eine unmittelbare demokratisch-personale Legitimation der Bundesrepublik Deutschland. Eine angemessene Absicherung der Mitsprachemöglichkeiten der Mitgliedstaaten in Angelegenheiten, die in ihre Zuständigkeiten fallen, ist danach nur dann gegeben, wenn mitgliedstaatliche Repräsentanten in den Vertragsgremien Sitz und Stimme erlangen. Der Text von CETA ließe diesen Schritt zu.

Es ist zu erwarten, dass sich das Bundesverfassungsgericht im anstehenden Hauptsacheverfahren mit der Frage beschäftigt, ob dies nicht die notwendige Folge des Umstandes ist, dass die materiellen Befugnisse der CETA-Ausschüsse in wichtigen Fällen mitgliedstaatliche Kompetenzen berühren. Art. 20 Abs. 2 GG iVm. Art. 79 Abs. 3 GG zwingt zur Feststellung, dass eine Ratifikation von CETA nur statthaft ist, wenn die bestehenden Defizite im Bereich der demokratisch-personalen Legitimation geheilt werden.

II. Notwendigkeit der Absicherung durch Begleitgesetzgebung und Vorbehalt

Erforderlich ist es daher, dass durch die Begleitgesetzgebung sichergestellt wird, dass in den Vertragsgremien jedenfalls dann, wenn es um die Wahrnehmung von Entscheidungsbefugnissen geht, die in die geteilte oder gar ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten geht, auch mitgliedstaatliche Repräsentanten in den Vertragsgremien die Letztentscheidungsbefugnis haben. Durch einen Vorbehalt (Art. 19 WVRK) wäre zu erklären, dass die Bundesrepublik Deutschland die Rechtswirkungen eines Beschlusses nur anerkennt, wenn dem Erfordernis einer personellen Repräsentation in den Vertragsgremien entsprochen ist.²¹⁴

D. Demokratische Steuerungs- und Kontrollverantwortung der deutschen Staatsorgane

I. Integrationsverantwortung von Bundestag und Bundesregierung

Das Bundesverfassungsgericht hat in der OMT-Entscheidung vom 21. Juni 2016 daran erinnert, dass sich die Integrationsverantwortung der Verfassungsorgane Bundestag und Bundesrat darauf erstreckt, die Einhaltung der Integrationsgrenzen (insbesondere mit Blick auf das Demokratieprinzip) sicherzustellen. Das Gericht betont, dass die Verfassungsbindung aller deutscher Staatsgewalt (Art. 20 Abs. 3 GG) die Staatsorgane dazu verpflichtet, nicht nur bei der Wahrnehmung, sondern auch bei der „Fortentwicklung“ des Integrationsprogramms dafür Sorge zu tragen, dass es nicht zu Entwicklungen komme, die mit dem Grundgesetz unvereinbar sind (nachfolgend 1.). Es lässt sich ohne weiteres aufzeigen, dass in CETA die konkrete Gefahr angelegt ist, dass es zu Grenz-

²¹⁴ Derartige Vorbehalte sind nicht unzulässig.

überschreitungen kommt, die sich auf Art. 20 Abs. 3 GG auswirken (nachfolgend 2.). Hieraus ergeben sich verfassungsrechtliche Reaktionspflichten (nachfolgend 3.).

1. Notwendigkeit der Wahrnehmung der Integrationsverantwortung

Das Bundesverfassungsgericht beschäftigt sich mit der Tendenz der EU-Organe, die ihnen gesetzten Kompetenzgrenzen freizügig zu interpretieren und bei politischem Handlungsinteresse ggf. auch zurechtzurücken, schon seit über zwei Jahrzehnten. In der Maastricht-Entscheidung sah sich das Bundesverfassungsgericht veranlasst, auf die Notwendigkeit hinzuweisen, vertragliche Kompetenzbestimmungen so zu fassen, dass das „Integrationsprogramm“ hinreichend bestimmt gefasst ist. Schon damals wies das Gericht zudem darauf hin, dass es das Grundgesetz nicht zulasse, wenn der Integrationsprozess eine Richtung nimmt, die mit den struktursichernden Vorgaben des Grundgesetzes (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG) nicht vereinbar ist. Diese Maßstäbe hat das Gericht in den letzten zwei Jahrzehnten schrittweise präzisiert. In einer inzwischen längeren Reihe von Entscheidungen beschäftigt sich das Gericht auch mit der Frage, wie im Angesichte einer angeblichen oder tatsächlichen Kompetenzüberschreitung zu verfahren ist. Die Maßstäbe sind von „Maastricht“ über „Lissabon“ und „Honeywell“ bis zu „OMT“ schrittweise verfeinert worden. Inzwischen hat das Gericht diese Maßstäbe prozeduralisiert und behandelt sie unter dem Stichwort „Integrationsverantwortung“.

a) Steuerungsverantwortung

Die Steuerungs- und Kontrollfunktion, die den Organen Bundesregierung und Bundestag unter dem Stichwort „Integrationsverantwortung“ zugewiesen ist, bezieht sich einerseits auf die Begleitung der Entscheidungen überstaatlicher Institutionen. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Steuerungsverantwortung bekanntlich in seiner Rechtsprechung zur „haushaltspolitischen Gesamtverantwortung“ in den Entscheidungen zur EFSF und zum ESM entwickelt. Dort ging es um die begleitende Steuerung von Institutionen, deren Entscheidungen sich auf den Bundeshaushalt auswirken konnten. Das Bundesverfassungsgericht spricht in der ESM-Entscheidung vom 18.3.2014 ausdrücklich davon, dass ein Kontrollverlust im Bereich der Haushaltskontrolle nur ein Fall einer Verletzung von Art. 38 GG darstelle (Rdnr. 161: „insbesondere“). Der Lissabon-Entscheidung lässt sich entnehmen, dass auch der Gebrauch bestehender Kompetenzen – sei es mit dem Ziel einer Verschiebung von institutionellen Rahmenbedingungen, sei es mit dem Zweck sachpolitischer Regelung²¹⁵ - nur zulässig ist, wenn eine hinreichende gesetzliche bzw. parlamentarische Begleitung seitens des Deutschen Bundestages erfolgt. Das Bundesverfassungsgericht begrenzt diese Vorgaben ausdrücklich nicht auf die Steuerung und Kontrolle des Entscheidungsverhaltens der EU, sondern erstreckt sie auch auf völkerrechtliche Institutionen und privatrechtliche Organismen („System intergouvernementalen Regierens“²¹⁶). Es wäre offensichtlich verfehlt, diese Rechtsprechung auf die Krisenbewältigungspolitik zur Rettung des Euro zu beschränken. Ebenfalls gibt es keinen Grund, sie nur auf der Ebene von EU und Nebeninstitutionen wie

²¹⁵ Gebrauch von Art. 352 AEUV.

²¹⁶ BVerfG, Ur. vom 18.3.2014, ESM, Rdnr. 162.

der EFSF und dem ESM anzuwenden, bei der Entstehung völkerrechtlicher Governance-Strukturen jenseits der EU aber wieder auf das klassische Modell der rein gouvernementalen Regierungssteuerung zurückzufallen.

Natürlich bedeutet dies nicht, dass jede Entscheidungstätigkeit eines völkerrechtlichen Vertragsorgans immer vom Bundestag begleitet werden muss. Das UN-System bildet hierfür ein Beispiel. Der Beitritt der Bundesrepublik Deutschlands zur UN erfolgte allerdings zu einem Zeitpunkt, zu dem das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung zur Absicherung der demokratischen Strukturen (Art. 20 Abs. 2, Art. 38, Art. 79 Abs. 3 GG) noch nicht entwickelt hatte. Heute hat die Rechtsprechung einen Stand erreicht, der es ausschließt, dass sich Deutschland in ein Vertragssystem mit einem Vertragsorgan einfügt, ohne dass nicht thematisiert wird, ob die überantworteten Entscheidungsbefugnisse nicht eine kontinuierliche begleitende Steuerung erfordern. Es ist zu betonen, dass das Bundesverfassungsgericht diesbezüglich (schon mangels geeigneter Fälle) noch keine abschließenden Festlegungen getroffen hat. In der jüngeren Rechtsprechung ist es aber angelegt, die Integrationsverantwortung auch auf Fälle des völkerrechtlichen „Regierens“ jenseits der EU anzuwenden. Warum soll sich gerade in Fällen, in denen sich die Möglichkeiten einer Steuerung durch die Regierung verflüchtigen, die Integrationsverantwortung auflösen?

b) Kompetenzkontrollverantwortung

Unter dem Stichwort „Integrationsverantwortung“ wird zudem die Verantwortung der Staatsorgane Regierung und Bundestag geführt, die Kompetenzkonformität des Verhaltens überstaatlicher Organe zu überwachen. In der OMT-Entscheidung stellt das Gericht fest:

„Aus der Integrationsverantwortung folgt nicht nur die Pflicht der Verfassungsorgane, bei der Übertragung von Hoheitsrechten und bei der Ausgestaltung von Entscheidungsverfahren dafür Sorge zu tragen, dass sowohl das politische System Deutschlands als auch dasjenige der Europäischen Union demokratischen Grundsätzen im Sinne des Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG entsprechen (vgl. BVerfGE 123, 267 <356>; 134, 366 <395 Rn. 48>) und die weiteren Vorgaben des Art. 23 GG eingehalten werden. Der Vorrang der Verfassung (Art. 20 Abs. 3 GG) verpflichtet sie darüber hinaus, auch bei der Mitwirkung am Vollzug des Integrationsprogramms sowie bei dessen näherer Ausgestaltung und Fortentwicklung dafür Sorge zu tragen, dass dessen Grenzen gewahrt werden (vgl. BVerfGE 123, 267 <351 ff., 435>; 129, 124 <180 f.>; 135, 317 <399 ff. Rn. 159 ff.>).“²¹⁷

Das BVerfG weist im übrigen darauf hin:

„Zur Integrationsverantwortung gehört darüber hinaus eine dauerhafte Verantwortung für die Einhaltung des Integrationsprogramms durch Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union (vgl. BVerfGE 123, 267

²¹⁷ BVerfG, Urt. vom 21.6.2016, OMT, - 2 BvR 2728/13 -, Rdnr. 164.

<352 ff., 389 ff., 413 ff.>; 126, 286 <307>; 129, 124 <181>; 132, 195 <238 f. Rn. 105>; 134, 366 <394 f. Rn. 47>).²¹⁸

c) Schutzpflichten zur Sicherung des demokratischen Prozesses

Die vorstehend wiedergegebenen Formulierungen machen deutlich, dass sich aus Art. 20 Abs. 3 GG Anforderungen an die „Ausgestaltung“ und „Fortentwicklung“ des Integrationsprogramms auch dann ergeben, wenn EU und Mitgliedstaaten ein gemischtes Abkommen abschließen. Den grundgesetzlichen Vorgaben entspricht es nicht, wenn die politisch agierenden Organe, insbesondere der Gesetzgeber, an der Schaffung überstaatlicher Handlungsbefugnisse beteiligt, die die offensichtliche Gefahr hervorrufen, Konflikte mit den Struktursicherungsvorgaben des Grundgesetzes zu bewirken. Offensichtlich kann diese Verantwortung nur dann effektiv ausgeübt werden, wenn die vertraglichen Bestimmungen so ausformuliert sind, dass zuverlässig verhindert wird, dass es zu einem unkontrollierten Ausbrechen der Integrationsgewalt kommt. Vor allem aber hält das BVerfG die politisch agierenden Verfassungsorgane an, bei der Begleitung der „Fortentwicklung“ der Integration die notwendigen Maßnahmen zu unternehmen, um eine Fehlentwicklung zu verhindern. Das Bundesverfassungsgericht konstruiert dies als „Schutzpflicht“ der Verfassungsorgane, die sich insofern für den in Art. 38 GG angelegten demokratischen Status der Bürgerinnen und Bürger einzusetzen haben.

Bislang sind die konkreten Anforderungen, die sich aus der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Integrationsverantwortung für die Verfassungsorgane ergeben, nicht in allen Einzelheiten erkennbar. Die Rechtsprechung befindet sich im Fluss. Sie beruht auf einem Konzept, das – anders als eine Regel – eine fluide Anpassung an die jeweiligen Gegebenheiten künftiger Entwicklungsverläufe ermöglicht. Die hier vorgelegte Ausarbeitung kann keine Prognose vornehmen, wie die Rechtsprechung reaktiv auf künftige Herausforderungen reagieren wird. Sie kann aber skizzieren, welches Verständnis generisch in dem Konzept auf der Grundlage des gegenwärtigen Entwicklungsstands angelegt ist.

Aus dieser Sicht muss betont werden, dass die präventiv-antizipierende Eingrenzung des Integrationsverlaufs zur Sicherung der Grenzen des Art. 23 GG größeres Gewicht haben sollte, also dies bislang der Fall ist. Die Entwicklung seit „Honeywell“ hat deutlich gemacht, dass das Bundesverfassungsgericht die Rolle als repressiv agierender „Ausputzer“ nur mühevoll und nicht wirklich effektiv spielen kann. Vor die Situation gestellt, einen offenen Konflikt mit dem EuGH zu suchen oder eine fragwürdige Entwicklung hinzunehmen, entscheidet es sich – jedenfalls bislang – für die erstgenannte Option. Umso wichtiger erscheint es, sich antizipatorisch darum zu bemühen, künftige und absehbare Fehlentwicklungen einzufangen und zu verhindern. Dies gilt zunächst und vor allem für die Sicherung der demokratischen Legitimität überstaatlichen Handelns, darüber hinaus dann aber auch für die Kompetenzkonformität.

²¹⁸ BVerfG, Urt. vom 21.6.2016, OMT, - 2 BvR 2728/13 -, Rdnr. 165.

2. Dauerhafte Verantwortung für die Einhaltung des Integrationsprogramms

Bislang hat das Bundesverfassungsgericht keine Aussagen dazu getroffen, wie die parlamentarische Rückbindung der Tätigkeit von Vertragsorganen in einem umfassenden Freihandelsabkommen zu erfolgen hat. Wenn man die Rechtsprechung des Gerichts zur Rückbindung von völkerrechtlichen Organisationen neben der EU extrapoliert, dann lassen sich verschiedene Leitprinzipien identifizieren:

Eine parlamentarische Rückbindung ist nur dort geboten, wo völkerrechtliche Vertragsgremien im Kompetenzbereich der Bundesrepublik Deutschland wirken. Es ist oben dargelegt worden, dass die Weiterübertragung von EU-Kompetenzen in bestimmten Fällen eine erneute Legitimation nach Art. 23 Abs. 1 GG verlangt. Wenn diese Legitimation erfolgt ist, bedarf die Tätigkeit der Vertragsgremien im Bereich ausschließlicher Kompetenzen der EU keiner beständigen (Mit-)Steuerung seitens der Mitgliedstaaten. Wenn die EU – in ihrem Kompetenzbereich ein „EU-Only“-Abkommen abschliesse, in dem sie nicht nur die institutionellen Vorkehrungen über die Einsetzung von Vertragsgremien trifft, sondern auch festlegt, wie deren Entscheidungstätigkeit unional zurückgebunden werden soll, bedarf es keiner weiteren mitgliedstaatlichen Mitsprache. Werden die Vertragsgremien demgegenüber im Bereich geteilter Kompetenzen oder im Bereich ausschließlicher Kompetenzen der Mitgliedstaaten tätig, kann es Fälle geben, in denen das Vertragsgremium parlamentarisch begleitet werden muss.

Die Begleitgesetzgebung zur EFSF und zum ESM macht deutlich, dass die Anforderungen des Grundgesetzes an die parlamentarische Begleitung der Entscheidungen von Vertragsgremien in Abhängigkeit von deren konkreter Bedeutung für die Strukturen und Entscheidungsverläufe in der grundgesetzlichen Demokratie stehen. Je greifbarer und bedeutsamer die Rückwirkung, desto enger muss die parlamentarische Kontrolle des Entscheidungsverhaltens der Vertragsgremien sein, und desto eher ist eine Befassung des Plenums des Deutschen Bundestages erforderlich. Zwischen der Entscheidung, die in Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt getroffen wird, und der innerstaatlichen Begleitung und Steuerung bedarf es eines angemessenen institutionellen und prozeduralen Bezugs. Je größere die Tragweite der Entscheidung des Vertragsgremiums ist, desto intensiver muss die innerstaatliche Begleitung ausfallen – und zwar sowohl, was die begleitende Institution angeht, als auch, wie die Mitgestaltungsrechte auszusehen haben.

Daraus ergibt sich, dass es die Aufgabe der Verfassungsinterpretation ist, konkrete Relationen zu formulieren, die die Entscheidungstätigkeit von Vertragsgremien und die parlamentarische Mitsprache in Bezug setzen. Hierbei geht es nicht um einen mechanischen Abgleich. Gefordert ist vielmehr eine wertende Beurteilung der Implikationen, die die Entscheidungen des Vertragsgremiums mit sich bringen. Bislang ist die verfassungsgerichtliche Fallpraxis noch zu spärlich, als dass bereits mehr als vereinzelte Judikate verfügbar wären. Der Entscheidung zum Lissabon-Vertrag lässt sich entnehmen, dass eine parlamentarische Begleitung überstaatlicher Entscheidungstätigkeit nicht nur dem Schutz der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung geschuldet sein kann. Die Entscheidungen zur EFSF und zum ESM machen deutlich, dass auch die Entscheidungstätigkeit von Institutionen außerhalb und jenseits der EU ggf. parlamentarisch rückgebunden werden muss. Führt man die *ratio* beider Entscheidungen zusammen,

ergibt sich deutlich, dass sich die Integrationsverantwortung auch auf die Entscheidungstätigkeit von Vertragsgremien oberhalb der EU und ohne unmittelbare budgetpolitische Relevanz beziehen kann.

II. Fallgruppen notwendiger parlamentarischer Begleitung der Tätigkeit von Vertragsorganen

Auf diesem Hintergrund lässt sich im folgenden aufzeigen, dass CETA nur ratifiziert werden kann, wenn im Wege des Erlasses einer Begleitgesetzgebung sichergestellt ist, dass jedenfalls einzelne der in CETA vorgesehenen Entscheidungen parlamentarisch rückgebunden werden.

1. Grundlegende institutionelle Entscheidungen

a) Konkreter Legitimationsbedarf bei Berührung mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten

CETA überantwortet den Vertragsgremien in einzelnen Bereichen eine Entscheidungsmacht von großer institutioneller Bedeutung. Von besonderer Bedeutung sind die Befugnisse, die der Gemischte CETA-Ausschuss nach Art. 26.1.5 a), g) und h) CETA hat: Er kann nicht nur Sonderausschüsse errichten, sondern hat auch die Befugnis, Zuständigkeiten an Sonderausschüsse (mit jeweils eigener personeller Zusammensetzung) zu übertragen, deren Zuständigkeiten zu ändern oder auch die Ausschüsse aufzulösen.²¹⁹ In der wissenschaftlichen Literatur wird in Frage gestellt, ob derartige Befugnisse von der EU überhaupt im Rahmen von Art. 218 AEUV übertragen werden dürfen.²²⁰ Aus verfassungsrechtlicher Sicht handelt es sich um institutionelle Verschiebungen, die nur vorgenommen werden dürfen, wenn die geplanten Änderungen eine konkrete Zustimmung seitens des Deutschen Bundestages erfahren haben.

Die Begründung hierfür ist einfach; sie hängt nicht von der Bedeutung der jeweiligen Zuständigkeiten ab. Die in Art. 26.1.5. vorgesehene Möglichkeit kann die Befugnisse der Mitgliedstaaten (und damit der Bundesrepublik Deutschland) berühren. Der Gebrauch in der in Art. 26.1.5 vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten kann dazu führen, dass einem (Sonder-)Ausschuss, der der Kontrolle der deutschen Staatsgewalt unterliegt, Befugnisse entzogen werden und auf Gremien übertragen werden, die keiner Kontrolle unterliegen. Denkbar ist es auch, dass in jenen Bereichen des CETA, die in die

²¹⁹ Zudem kann er die Errichtung von ad hoc-Arbeitsgruppen anordnen (vgl. Art. 4.7.2 CETA).

²²⁰ Weiß, Verfassungsprobleme des Abschlusses und der vorläufigen Anwendung des CETA Freihandelsabkommens mit Kanada, Stellungnahme vom 31.8.2016 (Anhörung des Deutschen Bundestages, Ausschuss für Wirtschaft und Energie): „Die Befugnis des Gemischten CETA Ausschusses, die Zuständigkeiten von Sonderausschüssen zu ändern, neue Zuständigkeiten vorzusehen oder auch neue Sonderausschüsse einzurichten (Art. 26.1.5 a, g, h CETA), überschreitet die EU- Zuständigkeiten, da das vereinfachte Verfahren für Vertragsweiterentwicklungen nach Art. 218 Abs. 9 AEUV bei institutionellen Änderungen eine Grenze findet. Hierfür wäre eine Änderung des Primärrechts nötig.“

mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallen, neue Ausschüsse errichtet werden, ohne dass vorgesehen ist, dass die Mitgliedstaaten in dem neu gegründeten Ausschuss irgendeine Mitsprache haben. Die Verfasser von Art. 26.1.5. haben offensichtlich kein Bewusstsein dafür gehabt, dass institutionelle Verschiebungen in einem gemischten Abkommen durch Mitentscheidungsrechte aller Vertragsparteien abgesichert werden müssen. Die EU mag sich damit begnügen, einen Beschluss des Gemischten CETA-Ausschusses über einen Ratsbeschluss nach Art. 218 Abs. 7 iVm. Art. 218 Abs. 8 AEUV abzuschließen. Dass die Gründung von Ausschüssen oder die Verlagerung von Zuständigkeiten in einem Gemischten Abkommen auch einer Absicherung im mitgliedstaatlichen Bereich bedarf (jedenfalls wenn dies von Verfassungen wegen so vorgesehen ist), wird in CETA nicht reflektiert.

Eine verfassungsrechtlich bislang unbeantwortete Frage ist, ob ein verfassungsrechtliches Legitimationserfordernis nur greift, wenn sich eine Rückwirkung der nach Art. 26.1.5. vorgenommenen Organisationsänderung auf die Stellung der Mitgliedstaaten aufzeigen lässt. Denkbar wäre es, anzunehmen, dass jede institutionelle Änderung in CETA einer begleitenden Zustimmung durch den Deutschen Bundestag bedarf. Dies würde allerdings in Fällen, in denen die Änderung erkennbar nur Auswirkungen in den Bereichen der EU-Zuständigkeiten hat, zu einer Überdehnung der mitgliedstaatlichen Mitsprachewünsche führen. Die deutsche Begleitgesetzgebung sollte sich daher damit begnügen, einen Akt der parlamentarischen Zustimmung nur in Fällen vorzusehen, in denen a) Sonderausschüsse in Sachbereichen neu gegründet oder institutionell verändert werden, die in den mitgliedstaatlichen Zuständigkeitsbereich fallen, b) Zuständigkeitsverschiebungen zwischen Ausschüssen erfolgen, die mitgliedstaatliche Zuständigkeiten zum Gegenstand haben.

b) Sonstige institutionelle Änderungen mit Bezug zu mitgliedstaatlichen Kompetenzen

CETA überträgt weitere Befugnisse institutioneller Art auf den Gemischten Ausschuss, deren Gebrauch die mitgliedstaatlichen Zuständigkeitsbereiche berühren. Zu nennen ist etwa die in Art. 8.28.2. iVm. Art. 8.28.7 begründete Befugnis, die Verfahrensordnung der in CETA vorgesehenen Investitionsgerichtsbarkeit zu bestimmen. Der Ausschuss hat das Recht, die Zahl der Mitglieder des Investitionsgerichts zu verändern (Art. 8.27.3). Und auch die Aufstellung der Liste der Schiedsrichter obliegt ihm (Art. 29.8). Ohne dass hier eine zwingende Systematik erkennbar wäre, sind in einzelnen Fällen auch anderen Ausschüssen institutionelle Entscheidungsbefugnisse übertragen (so etwa die Befugnis des Ausschusses für Dienstleistungen und Investitionen, den Verhaltenskodex für Richter festzulegen (Art. 8.44.2; Art. 8.44.3 b)).

In der Frage, inwieweit hier jeweils eine konkrete parlamentarische Zustimmung erforderlich ist, besteht keine abschließende verfassungsrechtliche Sicherheit. Das Bundesverfassungsgericht hat die Begleitgesetzgebung zur EFSF und zum ESM im wesentlichen gebilligt und die vom deutschen Gesetzgeber vorgenommene Zuordnung von der jeweiligen Entscheidungsbefugnis und dem parlamentarischen Mitwirkungsrecht für verfassungskonform erachtet. Allgemeine und abstrahierende Aussagen darüber, welche Qualität die Entscheidungsbefugnis eines internationalen Vertragsgremiums haben muss, um ein parlamentarisches Mitwirkungserfordernis zu begründen, finden sich in

den Entscheidungen jedenfalls für Bereiche jenseits haushaltswirksamer Entscheidungstätigkeit nicht.

Dem Grundgesetz lässt sich kein Erfordernis entnehmen, wonach jede Entscheidung eines internationalen Vertragsgremiums einer konkreten Zustimmung durch den Bundestag oder einen seiner Ausschüsse bedürfte. Nur wenn die Entscheidung eine bestimmte Bedeutungsschwelle überschreitet, wird ein Zustimmungsbedarf ausgelöst. Je nach Grad der Bedeutung ist dann nochmals danach zu differenzieren, ob eine Zustimmung des Bundestages erforderlich ist oder ob die Zustimmung eines Ausschusses ausreicht. Jedenfalls die Entscheidung über die Verfahrensordnung der CETA-Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist von derartiger Bedeutung, dass der Gemischte CETA-Ausschuss sie nur treffen kann, wenn der Deutsche Bundestag zustimmt: Die Verfahrensordnung determiniert nicht nur den äußeren Ablauf des Schiedsverfahrens, sondern weist immer auch materiell-substanzielle Positionen zu und hat daher immer auch eine wesentliche rechtspolitische Bedeutung. Demgegenüber dürften die Entscheidungen über die Zahl der Richter, die Liste der Schiedsrichter oder den Verhaltenskodex der Richter weniger große Bedeutung aufweisen. Aus Sicht des Grundgesetzes erscheint es ausreichend, wenn hier der zuständige Ausschuss des Deutschen Bundestages mitwirkt.

c) Konkreter Legitimationsbedarf bei Zuständigkeitsübertragung aus CETA heraus

Entsprechendes gilt natürlich dann auch für Fälle, in denen Zuständigkeiten, die in den mitgliedstaatlichen Bereich fallen, aus dem institutionellen System von CETA hinaus auf vertragsfremde Einrichtungen verschoben werden. In diesen Fällen ist eine mitgliedstaatliche Mitbestimmung (jedenfalls nach deutschem Verfassungsrecht) zwingend erforderlich. Der Legitimationsbedarf lässt sich nicht durch die Annahme befriedigen, dass das CETA-Vertragsgesetz eine antizipierte Zustimmung zu der Weiterübertragung der Zuständigkeiten aus CETA heraus ausgesprochen habe. Denn dem Vertragsgeber des CETA-Zustimmungsgesetzes stand nicht vor Augen, welche Form der erst künftig zu bewirkende Transfer von Zuständigkeiten annehmen würde und wie die institutionellen Strukturen aussehen werden, auf die die in CETA angelegten Zuständigkeiten überführt werden sollen. Erst im Angesicht der spezifischen Übertragung ist eine konkrete Zustimmung erforderlich.

Auf diesem Hintergrund steht außer Frage, dass der Gebrauch der Befugnis des Gemischten CETA-Ausschusses, den Übergang der Investitionsschutzzuständigkeit auf ein durch multilateralen Vertrag eingesetztes internationales Schiedsgericht anzuordnen (Art. 8.29), nur statthaft sein kann, wenn der Deutsche Bundestag zustimmt. Die Gerichtsbarkeit im Investitionsschutzbereich erstreckt sich nicht lediglich auf Felder, die in den EU-Kompetenzbereich fallen. Sie umfasst auch eine Kontrolle mitgliedstaatlicher Maßnahmen in Bereichen, die nicht der EU-Zuständigkeit unterfallen. Könnte der Gemischte CETA-Ausschuss eine Zuständigkeitsverlagerung anordnen, ohne dass eine Befassung des Deutschen Bundestages vorgesehen ist, liefe dies auf einen Schritt hinaus, der vor Art. 20 Abs. 2 GG keinen Bestand haben kann: Dem Gemischten CETA-Ausschuss kann nicht das Recht zuerkannt werden, die Bundesrepublik Deutschland der Entscheidungsgewalt eines internationalen Gremiums zu unterwerfen, dessen Einrich-

tung, Funktionsweise und Befugnisstruktur die Zustimmung des Deutschen Bundestages erhalten hat. Art. 8.29 CETA sieht noch nicht einmal vor, dass die Zuständigkeitsverlagerung nur auf ein Investitionsschutzgericht erfolgen darf, dessen Gründungsstatut von allen CETA-Mitgliedstaaten ratifiziert worden ist.

2. Grundlegende Veränderung des rechtlichen Verpflichtungsgehalts von CETA

a) Absicherung der schon in CETA vorgesehenen Zustimmungserfordernisse

Schon nach den Wertungen der Verhandlungspartner von CETA werden dem Gemischten CETA-Ausschuss Entscheidungsbefugnisse zugewiesen, die eine solche Bedeutung aufweisen, dass es der Zustimmung der nach dem jeweiligen Verfassungsrecht zuständigen Institutionen bedarf. Die Einschätzung der verhandelnden Personen darüber, welche Angelegenheiten so große Bedeutung haben, dass sie einer Zustimmung nach den verfassungsrechtlichen Bestimmungen der Mitgliedstaaten bedürfen, bindet die Mitgliedstaaten nicht – weder in der Hinsicht, dass sie ein entsprechendes Zustimmungserfordernis vorsehen müssten, noch in der Hinsicht, dass sie ein Zustimmungserfordernis des Parlaments nur dort vorsehen dürften, wo dies von den verhandelnden Personen vorgesehen ist. Aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts sollte den Bereichen, die schon die verhandelnden Personen für so sensibel ansehen, dass eine (konkrete) Legitimation durch Zustimmung vorgesehen wird, *besondere Aufmerksamkeit* geschenkt werden.

Dem CETA-Vertragstext lässt sich nicht entnehmen, ob die in CETA vorgesehene besondere und konkrete Zustimmung zur Entscheidung eines Vertragsgremiums nur den hierzu berufenen verfassungsrechtlichen Organen jener Ebene vorbehalten ist, in deren Kompetenzbereich sich die Entscheidung des Vertragsgremiums bewegt. Wenn man gemischte Abkommen – im oben genannten Sinn – als einheitliche Akte begreift, die die EU und ihre Mitgliedstaaten zur gesamten Hand binden, könnte man fordern, dass auch die Maßnahmen von Vertragsgremien (insbesondere wenn sie den Vertrag weiterentwickeln) immer zugleich der Zustimmung beider Ebenen (EU und Mitgliedstaaten) bedürfen. Verfassungsrechtlich zwingend erscheint dies allerdings nicht. Naheliegender ist ein Verständnis des Grundgesetzes, wonach die Zustimmung von den Organen jenes Verbands erfolgen muss, in deren Kompetenzbereich die Entscheidung des Vertragsgremiums fällt. Nur in Fällen, in denen die Entscheidung des Vertragsgremiums zugleich die Kompetenzsphären von EU und Mitgliedstaaten berührt, bedarf es danach dann der parallelen und kumulativen Zustimmung von EU und Mitgliedstaaten.

b) Absicherung sonstiger legitimationsbedürftiger Entscheidungen

Eine konkrete Absicherung der Tätigkeit des Gemischten CETA-Ausschusses durch einen Zustimmungsakt des Deutschen Bundestages ist daher zunächst in den folgenden Fällen erforderlich:

- Änderung der Anhänge und Protokolle von CETA durch den Gemischten CETA-Ausschuss (Art. 30.2.2 CETA);²²¹
- Änderungen des Kapitels 23 (Handel und Arbeit) durch den Gemischten CETA-Ausschuss (Art 23.11.5);
- Entscheidung über die Anwendbarkeit von Ausnahmen durch den Ausschuss für Finanzdienstleistungen (Art. 13.16.1. iVm. Art. 13.21.3 und Art. 13.21.4).

Eine Zustimmung sollte auch in Fällen vorgesehen werden, in denen der Gemischte CETA-Ausschuss die in Art. 8.31.3 CETA und Art. 8.44.3 a) CETA vorgesehene Befugnis wahrnimmt, verbindliche Entscheidungen über die Auslegung jener CETA-Bestimmungen vorzunehmen, die in den mitgliedstaatlichen Kompetenzbereich fallen. Auch hier besteht zusätzlicher Absicherungsbedarf. Es ist mit der Idee demokratisch-verantworteter Herrschaft unter dem Grundgesetz unvereinbar, wenn ein Gemischter Ausschuss, in dem keine deutschen Vertreter mitwirken und der auch nicht von der deutschen Regierung über den Rat kontrolliert werden kann,²²² verbindliche Entscheidungen in jenen Kompetenzbereichen von CETA trifft, die in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallen. Es ist bereits oben darauf hingewiesen worden, dass eine Befugnis zur „Interpretation“ immer auch die Befugnis zur Rechtsfortbildung umfasst.

Einen ähnlichen Bezug zu Kompetenzbereichen der Mitgliedstaaten weisen weitere Befugnisse der CETA-Vertragsorgane auf. Ohne eine Zustimmung seitens des Deutschen Bundestages können folgende Maßnahmen für die Bundesrepublik Deutschland keine Wirksamkeit erlangen:

- Beschluss über die Handhabung und Ausweitung des Begriffs des geistigen Eigentums durch den Gemischten CETA-Ausschuss (Art. 8.1.).
- Beschluss über den Inhalt der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung kanadischer Investoren durch den Gemischten CETA-Ausschuss (Art. 8.10.3).
- Beschluss über Änderungen von Anhang 20-A (Aufnahme neuer oder Streichung geschützter geographischer Herkunftsangaben) durch den Gemischter Ausschuss für geografische Angaben (Art. 20.22 CETA);
- Beschluss über die gegenseitige Anerkennung von beruflichen Qualifikationen durch den MRA-Ausschuss (Art. 11.3.6). Dieser Beschluss bedarf schon nach dem CETA-Vertrag der Annahme durch die Parteien.

c) Kein mitgliedstaatlicher Legitimationsbedarf für Entscheidungen im Kompetenzbereich der EU

Demgegenüber bedarf es in Fällen, die sich im Bereich der ausschließlichen Kompetenzen der EU bewegen, einer konkreten Zustimmung des Deutschen Bundestages. Beispiele, die keinen Zustimmungsbedarf des Deutschen Bundestages auslösen sind etwa:

²²¹ Art. 30.2. 2 CETA: „Die Vertragsparteien können den Beschluss des Gemischten CETA-Ausschusses im Einklang mit ihren zum Inkrafttreten der Änderung erforderlichen internen Anforderungen und Verfahren billigen.“

²²² Der Rat entscheidet mit Mehrheit; einzelne Mitgliedstaaten können überstimmt werden.

- Beschleunigter Abbau oder Beseitigung von Warenzöllen durch Beschluss des Gemischten CETA-Ausschusses (Art. 2.13.1. d) iVm. Art. 2.4.4). Die nach CETA erforderliche Zustimmung muss hier nur durch die EU erstellt werden.
- Änderungen oder Ergänzungen von Bestimmungen von CETA, die das Harmonisierte System betreffen (Art. 2.13.1. b).
- Änderungen des Kapitels 4 des CETA durch den Gemischten CETA-Ausschuss (Art. 4.7.1. f) CETA).
- Vereinbarung von neuen Verfahren über Benachrichtigungen und Informationsaustausch durch den Gemischte Verwaltungsausschuss (Art. 5.11.3);
- Beschluss über eine Veränderung der Anhänge zum 5. Kapitel durch den Gemischten Verwaltungsausschuss für SPS-Maßnahmen (Art. 5.14.2 d) CETA). Weitere Beispiele ließen sich anführen;
- Beschluss über Umsetzungsmaßnahmen zum Austausch gegenseitiger Produktwarnungen durch den Ausschuss für Warenhandel (Art. 21.7.5); dieser Beschluss muss aufgrund der offenkundigen Implikationen für den Datenschutz und den Vertrauensschutz den EU-Grundrechten entsprechen (Art. 7, 8 Gr-CH).

3. Verwaltende Tätigkeit der Vertragsgremien ohne besonderen Legitimationsbedarf

Nicht jede Tätigkeit eines Vertragsgremiums von CETA löst einen konkreten Legitimationsbedarf aus. Dies gilt auch dann, wenn er die Kompetenzsphäre der Mitgliedstaaten berührt. So wird man etwa der Befugnis der Gemischten Sektorgruppe, Verwaltungsvereinbarungen über die Gute Herstellungspraxis anzunehmen (Art. 15 des Protokolls über die gegenseitige Anerkennung des Programms für die Befolgung und Durchsetzung der Guten Herstellungspraxis für pharmazeutische Erzeugnisse (Anhang 7 zu CETA)), nicht als so relevant ansehen können, dass eine begleitende parlamentarische Zustimmung erforderlich wäre. Erst recht bedarf es keiner zusätzlichen Absicherung, wenn es um die Koordination des mitgliedstaatlichen Verhaltens in Bereichen geht, die in die Zuständigkeit der EU fallen. Hierzu würde etwa die Koordinationstätigkeit zählen, die der Gemischte Ausschuss für die Zusammenarbeit im Zollbereich ausübt (Art. 2.8 iVm. Art. 6.14.4). Gleiches gilt für die Maßnahmen des Sonderausschusses für Handel und nachhaltige Entwicklung, der die Aufgabe hat, die Durchführung der Kapitel 22, 23 und 24 zu überwachen (Art. 22.4.1).

III. Notwendigkeit eines Begleitgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG und eines Vorbehalts

1. Begleitgesetz

Die vorstehenden Überlegungen haben deutlich gemacht, dass den Vertragsgremien von CETA jedenfalls in einzelnen Bereichen Entscheidungsbefugnisse zugewiesen sind, deren Wahrnehmung nur dann (nach deutschem Verfassungsrecht) zulässig ist, wenn die geplante bzw. getroffene Entscheidung vom Deutschen Bundestag konkret mitgetragen wird. Einen derartigen Legitimationsbedarf gibt es in Bereichen, in denen die CETA-Vertragsorgane im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten wirken und Entschei-

dungen einer Bedeutung treffen, die so nicht allein von der allgemeinen Zustimmung zu CETA getragen werden können.

Das Zustimmungsgesetz zu CETA darf danach nur in Verbindung mit einem Begleitgesetz ergehen, das (dies ist oben herausgearbeitet worden) auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG erlassen wird. Das Gesetz sollte folgende Regelungen enthalten:

- die allgemeine Feststellung, dass sich die demokratisch-parlamentarische „Vertragsverantwortung“ des Deutschen Bundestages darauf erstreckt, die Ausübung von Entscheidungsgewalt durch Vertragsgremien von CETA in Bereichen, die in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallen, zu begleiten, kritisch zu überwachen und zu kontrollieren;
- die Feststellung, dass die „Vertragsverantwortung“ in Angelegenheiten, die die Grundlagen der Mitgliedschaft der Bundesrepublik Deutschland in CETA betreffen, vom Plenum des Deutschen Bundestages wahrgenommen werden;
 - o die Regelung, wonach zu diesen Angelegenheiten insbesondere gehören: (***)²²³);
 - o die Bestimmung, dass das Plenum des Deutschen Bundestages einer Entscheidung eines CETA-Vertragsgremiums die ausdrückliche Zustimmung erteilen muss, damit diese Entscheidung für die Bundesrepublik Deutschland verbindlich werden kann;
 - o die Festlegung, dass die Bundesrepublik Deutschland nicht an die Entscheidung des CETA-Vertragsgremiums gebunden ist, wenn das Plenum des Deutschen Bundestages keine Zustimmung erteilt hat;
- die Feststellung, dass die „Vertragsverantwortung“ in allen anderen Angelegenheiten vom zuständigen Ausschuss des Deutschen Bundestages wahrgenommen wird. Dabei ist dann zwischen zustimmungspflichtigen und sonstigen Angelegenheiten zu entscheiden:
 - o die Regelung, wonach zu den zustimmungspflichtigen Angelegenheiten insbesondere die folgenden gehören: (***)²²⁴);
 - o die Bestimmung, dass der zuständige Ausschuss einer Entscheidung eines CETA-Vertragsgremiums die ausdrückliche Zustimmung erteilen muss, damit diese Entscheidung für die Bundesrepublik Deutschland verbindlich werden kann;
 - o die Festlegung, dass die Bundesrepublik Deutschland nicht an die Entscheidung des CETA-Vertragsgremiums gebunden ist, wenn das Plenum des Deutschen Bundestages keine Zustimmung erteilt hat;
 - o die Regelung, wonach der zuständige Ausschuss sich in allen sonstigen Angelegenheiten an der Arbeit der CETA-Vertragsgremien beteiligt. Hierzu ist er von der Bundesregierung zeitnah und im angemessenen Umfang zu unterrichten.

²²³ Hierüber müsste der Gesetzgeber konkret entscheiden.

²²⁴ Hierüber müsste der Gesetzgeber konkret entscheiden.

2. Völkerrechtlicher Vorbehalt

Das Begleitgesetz sollte zudem vorsehen, dass die Bundesregierung anlässlich der Unterzeichnung von CETA einen Vorbehalt (Art. 19 WVRK) anbringen muss, dass die Entscheidungen der CETA-Vertragsorgane für die Bundesrepublik Deutschland nur dann Bindungswirkung entfalten können, wenn die verfassungsrechtlich vorgesehene und nach dem Begleitgesetz im konkreten angeordnete Zustimmung des Deutschen Bundestages vorliegt. Ein derartiger Vorbehalt wäre nach Art. 19 lit. a)-c) WVRK nicht unstatthaft: Er würde einen Zustimmungsvorbehalt, der von den Vertragsgebern von CETA schon selbst in einer Reihe von Situationen vorgesehen ist, auf weitere Entscheidungen der Vertragsorgane erstrecken. Weder finden sich in CETA ein entsprechendes Verbot oder eine Beschränkung (lit. a) und lit. b)), noch ist ein derartiger Vorbehalt mit Sinn und Zweck von CETA unvereinbar.

§ 4. Fazit

Die Außenhandelspolitik wird schon seit langem als eine der wenigen Bereiche angesehen, in denen die EU ausschließliche Kompetenzen (Art. 3 Abs. 1 AEUV) hat. Diese Sichtweise hat sich durchgesetzt und stieß nie auf wesentliche Widerstände, weil es funktional und teleologisch sinnvoll ist, dass Marktöffnung an der Grenze für Waren und Dienstleistungen von der EU betrieben wird.

Inzwischen hat sich das Bild der Abkommen aber gewandelt. Über Freihandelsabkommen wird in immer größerem Umfang auch eine Binnensteuerung der Verhältnisse in den Vertragsparteien vorgenommen.²²⁵ Die EU hat keine interne ausschließliche Kompetenz zur Regelung des internen Wirtschaftsrechts; die Wahrnehmung der ihr übertragenen Regelungsbefugnisse ist institutionell im Dreieck von Kommission, Europäischem Parlament und Rat eingebunden. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Tendenz der EU-Kommission, Regulierung quasi durch die Hintertüre durch den Abschluss umfassender Freihandelsabkommen zu betreiben, als hochgradig problematisch.

Diese Entwicklung verdient nicht lediglich aus der Sicht des EU-Primärrechts verstärkte Beachtung – ohne dass allerdings zu erwarten ist, dass der EuGH hier wirklich auf die Einhaltung der Kompetenzen oder die Durchsetzung grundlegender Prinzipien von „good governance“ achten würde. Umso wichtiger ist es, dass das Bundesverfassungsgericht Kompetenzüberschreitungen Einhalt gebietet, dass es sicherstellt, dass eine angemessene Beteiligung der gesetzgebenden Organe bei dem Vertragsabschluss stattfindet und dass schließlich auch die Tätigkeit von Vertragsorganen verfassungsrechtlich angemessen rückgebunden wird.

Die vorliegende Studie diene dem Anliegen, hier Perspektiven und Regelungsansätze aufzuzeigen. Sie hat

- herausgearbeitet, dass Kompetenzfragen nicht lediglich formaler Art sind, sondern als Grundlage für die demokratische Selbstbestimmung eine zentrale Be-

²²⁵ Hoffmeister, *Wider die German Angst - Ein Plädoyer für die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP)*, AVR 53 (2015), S. 35: „umfassende“ und „tiefe“ Wirkung.

deutung aufweisen. Kompetenzklarheit ist im Fall des Abschlusses eines gemischten Abkommens eine zentrale Forderung aus der „Integrationsverantwortung“. Die Verhinderung einer schleichenden Kompetenzerweiterung durch eine vom EuGH vorangetriebene Ausweitung von Art. 207 AEUV dient der Absicherung von Räumen, in denen im staatlichen Kontext selbstbestimmt über die Gestaltung der unmittelbaren Lebensverhältnisse entschieden werden kann;

- aufgezeigt, dass die Ratifikation von CETA in jedem Fall nur auf der Grundlage eines Parlamentsgesetzes mit Zustimmung des Bundesrates möglich ist. Einschlägig ist, weil es um die Erweiterung der Kompetenzen der EU sowie um die Legitimation einer Übertragung von EU-Zuständigkeiten auf internationale Vertragsgremien geht, Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG. Selbst wenn man Art. 59 Abs. 2 GG zur Anwendung brächte, wäre das erforderliche Parlamentsgesetz mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassen, weil CETA die Verwaltungsverhältnisse der Länder berührt (Art. 84 Abs. 1 S. 6 GG) und ein Haftungsregime für hoheitliches rechtswidriges Handeln errichtet (Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 iVm. Art. 74 Abs. 2 GG). Der Erlass eines Einspruchsgesetzes wäre ein Verfassungsverstoß und würde die Zustimmung unwirksam machen;
- dargestellt, dass den Anforderungen an die demokratisch-personale und demokratisch-sachliche Legitimation und Kontrolle der Entscheidungstätigkeit der CETA-Vertragsgremien nur dann genügt wird, wenn in einem Begleitgesetz sichergestellt wird, dass eine hinreichende personale Repräsentation der Bundesrepublik Deutschland in den CETA-Vertragsgremien sichergestellt und deren Entscheidungstätigkeit inhaltlich-sachlich hinreichend vom Deutschen Bundestag kontrolliert wird.