

Professor Dr. Wolfgang Weiß

Tel: [REDACTED]
Fax: [REDACTED]
Email: [REDACTED]

Professorin Dr. Kathrin Grob

Tel: [REDACTED]
Email: [REDACTED]

An das
Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe

6. Juli 2023

VERFASSUNGSBESCHWERDE

der Beschwerdeführer

- 1) Herr Roman Huber, wohnhaft [REDACTED]
- 2) Herr Dr Chris Methmann, wohnhaft [REDACTED]
- 3) Herr Dr. Felix Kolb, wohnhaft [REDACTED]

Namens und mit Vollmacht der Beschwerdeführer erheben wir Verfassungsbeschwerde gegen

das Gesetz zu dem Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits vom 30.Oktober 2016, beschlossen am 1.12.2022 vom Deutschen Bundestag unter Zustimmung des Deutschen Bundesrats vom 16.12.2022,

und,

gegen die Mitwirkung des deutschen Vertreters im Rat der EU bzw den im Rat vereinigten Vertretern der Mitgliedstaaten an dem Beschluss zum Abschluss des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits vom 30.Oktober 2016

und

gegen die Nichtwahrnehmung der Integrationsverantwortung durch das Unterlassen des Bundestags, die Bundesregierung zu verfassungsmäßige Rechte sicherstellende Erklärungen im Ratsprotokoll zu verpflichten, und durch die unterbliebene Verankerung weitergehender Parlamentsrechte zur Mitwirkung an und Kontrolle der Ausschussbeschlüsse zu Vertragsänderungen, Regelsetzung und Austausch des Investitionsgerichtsmechanismus

gegebenenfalls hilfsweise, gegen die Umsetzung dieses Abkommens in Deutschland durch deutsche Stellen

Es wird beantragt, wie folgt zu entscheiden:

1. Das vom Deutschen Bundestag und Bundesrat beschlossene Gesetz zu dem Freihandelsabkommens zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten und Kanada verletzt die Beschwerdeführer, in dem sich nach Maßgabe der Gründe ergebenden Umfang, in ihrem Wahlrecht und dem daraus folgenden Recht auf demokratisch legitimierte Entscheidungen aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG iVm. Art. 20, 23 Abs. 1 und 79 Abs. 3 GG. Es verletzt ferner das Grundrecht des Beschwerdeführers zu 2) aus Art. 3 Abs. 1 GG.
2. Die Mitwirkung (im Sinne einer Nichtablehnung) des deutschen Vertreters im Rat der EU an dem Beschluss des Rates zum Abschluss des Freihandelsabkommens zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten und Kanada und seine entsprechende Mitwirkung in der Versammlung der im Rat vereinten Mitgliedstaaten verletzt die Beschwerdeführer, in dem sich nach Maßgabe der Gründe ergebenden Umfang, in ihrem Wahlrecht und dem daraus folgenden Recht auf demokratisch legitimierte Entscheidungen aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG iVm. Art. 20, 23 Abs. 1 und 79 Abs. 3 GG.
3. Der Deutsche Bundestag hat die Beschwerdeführer durch das Unterlassen einer Stellungnahme, die die Bundesregierung zu Erklärungen im Ratsprotokoll

bei Abschluss des CETA bzw im Rahmen des Beschlusses der im Rat vereinten Vertreter der Mitgliedstaaten zum Abschluss dieses Abkommens verpflichtet, die die Rechte der Beschwerdeführer wahren, und durch die unterbliebene Verankerung weitergehender Parlamentsrechte zur Kontrolle der Ausschussbeschlüsse zu Vertragsänderungen, Regelsetzung und Austausch des Investitionsgerichtsmechanismus, in dem sich nach Maßgabe der Gründe ergebenden Umfang, in ihrem Wahlrecht und dem daraus folgenden Recht auf demokratisch legitimierte Entscheidungen aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG iVm. Art. 20, 23 Abs. 1 und 79 Abs. 3 GG verletzt.

- 4.(Gegebenenfalls hilfsweise:) Die Umsetzung des Vertragsgesetzes zu CETA und damit des Freihandelsabkommens mit Kanada und darauf gestützter Maßnahmen in Deutschland verletzt die Beschwerdeführer, in dem sich nach Maßgabe der Gründe ergebenden Umfang, in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG iVm. Art. 20, 23 Abs. 1 und 79 Abs. 3 GG und hat zu unterbleiben
- 5.Bundestag und Bundesregierung haben die ihnen zu Gebote stehenden Maßnahmen zu ergreifen, um einen verfassungsgemäßen Zustand herzustellen.

Gliederung der Verfassungsbeschwerde:

Zusammenfassende Einleitung	Seite 8
I. Sachverhalt	Seite 10
1. Abschluss des Freihandelsabkommens mit Kanada	Seite 10
2. Inhalt und abschließender Charakter der Zustimmung des Deutschen Bundestags und Bundesrates	Seite 11
3. Inhalt des Freihandelsabkommens	Seite 12
4. Bisherige Gerichtsentscheidungen von EuGH und BVerfG zu CETA	Seite 26
II. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde	Seite 35
1. Parteifähigkeit	Seite 35
2. Beschwerdegegenstand	Seite 35
a) Hauptantrag 1: Das Vertragsgesetz zur Zustimmung zu CETA	
b) Hauptantrag 2: Die Mitwirkung des deutschen Vertreters beim Abschluss des CETA im Rat/im Rat vereinigten Mitgliedstaaten	
c) Hauptantrag 3: Unterlassen des Bundestags	
d) (Hilfs)Antrag 4: Umsetzung des CETA in Deutschland	
e) Hauptantrag 5: Herstellung verfassungsgemäßen Zustands	
3. Beschwerdebefugnis	Seite 45
a) CETA als EU-Akt: Gehalte des Rechts aus Art 38 I 1 GG iVm Art 20, 23 I, 79 III GG	Seite 46
aa) Recht auf Demokratie und Wahrung der Verfassungsidentität bei der Begründung und Ausübung von EU-Zuständigkeiten	Seite 46
bb) Recht auf Demokratie und Wahrung der Verfassungsidentität auch bei Hoheitsweitergabe auf beschlussfassende Vertragsorgane und auf Investitionsgerichtsbarkeit	Seite 52
b) CETA als völkerrechtlicher Vertrag/nationaler Akt: Gehalte des Rechts aus Art 38 I 1 GG	Seite 56
aa) Parallelität der Anforderungen des Rechts auf Demokratie bei Hoheitsübertragung nach Art. 24 Abs. 1 GG zu der nach Art. 23 Abs. 1 GG	Seite 57
bb) Ohnehin: Art. 23 GG auch für den nationalen Teil von CETA maßgeblich	Seite 60
cc) Zur Übertragung von Hoheitsgewalt auch im nationalen Teil des CETA	Seite 76

dd) Schließlich: Recht auf Demokratie und Wahrung der Verfassungsidentität auch im Hinblick auf die formellen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Übertragung von Hoheitsgewalt	Seite 104
c) formelle Übertragungsrüge: Zustimmung durch Gesetz ohne Hoheitsübertragung	Seite 106
d) Identitätsrüge bezüglich eines undemokratischen Ausschusssystem	Seite 109
aa) bindende und umfassende Beschlussfassungszuständigkeiten	Seite 111
bb) Unbestimmtheit dieser Mandate	Seite 112
cc) fehlende deutsche Mitwirkung in den Ausschüssen und fehlende parlamentarische Kontrolle über sie	Seite 118
e) Identitätsrüge und Rüge der Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG durch die Zustimmung zur Errichtung des CETA Investitionsgerichtssystems	Seite 123
f) Ultra-vires-Rügen	Seite 141
aa) Kompetenzwidrige Zuständigkeit des Gemischten CETA-Ausschusses zur Veränderung der institutionellen Strukturen des CETA	Seite 142
bb) Ultra vires Übertragung von uneingegrenzten Regelsetzungszuständigkeiten an die CETA-Ausschüsse	Seite 144
g) Gegenwärtige und unmittelbare Beschwer	Seite 147
4. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen	Seite 159
III. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde	Seite 161
1. Verletzung der Verfassungsidentität infolge Verletzung des Kerngehalts des Demokratieprinzips durch Errichtung eines mit umfangreichen Befugnissen ausgestatteten Ausschusssystem	Seite 161
1.1 Verfassungsrechtliche Anforderungen demokratischer Legitimation übertragener Hoheitsgewalt	Seite 162
1.2 Befugnisse der Ausschüsse zu Vertragsänderung, -auslegung, Regelsetzung auf Basis unbestimmter Mandate	Seite 164
1.3 Fehlende parlamentarische Kontrolle der Ausschussbeschlussfassung	Seite 178

2. Verletzung der Verfassungsidentität infolge Verletzung des Kerngehalts des Demokratieprinzips durch Einsetzung eines abschließend zuständigen Investitionsgerichtssystems	Seite 197
2.1 Unterwerfung unter eine nicht ausreichend legitimierte öffentliche Gewalt	Seite 198
a) Das ICS ist legitimierungsbedürftige öffentliche Gewalt	Seite 200
b) Das CETA-Gericht erreicht kein ausreichend effektives Legitimationsniveau	Seite 206
2.2. Keine Rechtfertigung des zu niedrigen Legitimationsniveaus durch Integration	Seite 286
2.3 Ergebnis	Seite 299
3. Verletzung der Verfassungsidentität durch Zustimmung zu unzulässiger Blankettermächtigung zu Überleitung des ICS auf den Multilateralen Investitionsgerichtshof (MIC) nach Art. 8.29 CETA	Seite 300
3.1 Erforderliches Zustimmungsgesetz des Bundestages	Seite 302
3.2. Art. 8.29 S. 2 CETA ist eine unzulässige Blankettnorm	Seite 305
3.3 Keine Kompensation der Unbestimmtheit durch Mitwirkungsrechte des Parlaments	Seite 312
3.4 Keine Kompensation der Unbestimmtheit durch Zustimmungsgesetz zum MIC	Seite 315
4. Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG durch Zustimmung zu Errichtung des ICS	Seite 317
4.1 Vergleichsgruppe sind die kanadischen und deutschen Investoren und Investorinnen in Deutschland	Seite 317
4.2 Ungleichbehandlung	Seite 345
4.3 Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	Seite 347
5. Verfassungsverletzung durch Zustimmung zu ultra vires Handeln der EU bei der Übertragung bestimmter Befugnisse auf das Ausschusssystem	Seite 362
5.1 Zustimmung zur Übertragung einer ultra-vires Zuständigkeit an den Gemischten CETA-Ausschuss zur Veränderung der institutionellen Strukturen des CETA, auch mit Blick auf die Investitionsgerichtsbarkeit	Seite 363
5.2. Zustimmung zur Ultra vires Übertragung von erheblichen, inhaltlich uneingeschränkten Regelsetzungszuständigkeiten an die CETA-Ausschüsse	Seite 366

6. Verletzung des Rechts auf Demokratie nach Art. 38 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 und 2 iVm Art. 23 Abs. 1 S. 2 und 3 GG infolge formaler Fehler bei der Übertragung von Hoheitsrechten

Seite 370

Zusammenfassende Einleitung

Die vorliegende Verfassungsbeschwerde wendet sich gegen die deutsche Zustimmung zu dem gemischten Freihandelsabkommen der EU und ihrer Mitgliedstaaten mit Kanada, dessen vollständiger Abschluss und Inkrafttreten demnächst bevorsteht. Es handelt sich bei CETA um ein Handelsabkommen der neuesten Generation, das umfangreiche Regelungen enthält. Diese gehen weit über einen bloßen Zollabbau und reine Marktzugangsfragen hinaus und betreffen auch Fragen nationaler innerer Gesetzgebung und der Streitbeilegung zwischen dem Staat und ausländischen Investoren. Das wirft dadurch verfassungsrechtliche Fragen der demokratischen Legitimation dieses Abkommens und der deutschen Zustimmung dazu auf, insbesondere mit Blick auf die darin vorgesehen weitreichenden Beschlussfassungskompetenzen der dort errichteten Ausschüsse und der verbindlichen Streitbeilegung zwischen Investoren und der EU bzw dem Mitgliedstaat Deutschland.

Die Verfassungsbeschwerde rügt die deutsche Zustimmung zu diesem Abkommen durch Bundestag und Bundesrat und die unzureichende Reaktion des Deutschen Bundestags hierzu. Nach Ansicht der Beschwerdeführer ist dieses Abkommen unter zwei Aspekten mit der Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland nicht vereinbar:

Zum einen etabliert auch dieses Abkommen ein Ausschusswesen, das zu selbständigen Hoheitsakten befugt ist, ohne in seiner Hoheitsausübung parlamentarisch hinreichend legitimiert zu sein. Diese Ausschüsse sind mit rechtsetzenden Aufgaben und mit Änderungen am Vertragstext betraut und üben somit erhebliche Hoheitsgewalt aus, die auch für den einzelnen relevant ist. Solche weitreichenden Hoheitsübertragungen der EU auf neue völkerrechtliche Organe bedürfen der demokratischen Kontrolle, die hier nicht im erforderlichen Maße besteht. Die Kontrolle der Entwicklung der Europäischen Integration durch den Deutschen Bundestag wird durch die Begründung einer weiteren Hoheitsebene weiter erschwert. Dabei wendet sich diese

Verfassungsbeschwerde nicht generell gegen jede Institutionalisierung internationaler Zusammenarbeit und Teilhabe der EU hieran. Hoheitsausübung kann durchaus im beschränkten Umfange und unter rechtlichen Sicherungen auf völkerrechtliche Gremien übertragen werden. Beim Freihandelsabkommen mit Kanada sind diese Grenzen aber nicht beachtet, weil hier eine Delegation erheblicher Hoheitsentscheidungen, nämlich im Bereich Regelsetzung, Vertragsänderung und verbindliche, abschließende Streitentscheidung, erfolgt, die ohne parlamentarische Kontrollmechanismen bleibt. Dadurch wird eine neue Ebene von Hoheitsgewalt eingerichtet, die demokratisch unzureichend legitimiert ist.

Zum anderen verletzt dieses Abkommen durch die Errichtung einer abschließenden, nach Wahl des Investors ausschließlichen, verbindlichen Streitbeilegung durch das im CETA eingerichtete Investment Court System neben der Verletzung des Grundrecht auf Demokratie, das nur ausreichend effektiv demokratisch legitimierte Hoheitsausübung erlaubt, auch das Grundrecht des Beschwerdeführers zu 2) auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG. Kanadischen Investor*innen wird mit Errichtung der CETA-Gerichtsbarkeit Zugang zu einem alternativen oder zusätzlichen Sonderrechtsweg gewährt, der deutschen Investor*innen in vergleichbaren Situationen nicht zur Verfügung steht.

Es geht hier nicht um eine allgemeine, bemäntelte Globalisierungskritik oder eine Kritik an Handelsabkommen generell. Jedoch lösen die neuere Generation dieser Handelsabkommen und die damit einhergehende Ausübung politischer Gewalt auf einer weiteren, neuen Ebene im Lichte von Art 23, Art 38 GG und Art. 3 Abs. 1 GG erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Erfordernisse der Hoheitsübertragung auf die EU und weitere völkerrechtliche Gremien und für die Hoheitsausübung der Union und der Bundesrepublik Deutschland aus.

I. Sachverhalt

1. Abschluss des Freihandelsabkommens mit Kanada

Nach Abschluss der Verhandlungen zwischen der Europäischen Union, ihren Mitgliedstaaten und Kanada über ein breit angelegtes Freihandelsabkommen („Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen“ - „Comprehensive Economic and Trade Agreement“ – im Folgenden: CETA) im August 2014 erfolgte nach Änderungen im Kapitel 8 zum Investitionsschutzkapitel die Unterzeichnung des CETA in finaler Fassung als gemischtes Abkommen im Oktober 2016. Das Abkommen wurde sodann zum 21.9.2017 aufgrund des Beschlusses des Rats 2017/38 vom 28. Oktober 2016, ABl. EU 2017 L 11/1080 nach einer Zustimmung des Europäischen Parlaments am 15.2.2017 (s. ABL.EU C 252/348) vorläufig in Kraft gesetzt.

Vgl. Bekanntmachung über die vorläufige Anwendung von CETA, ABl. EU 2017 L 238/9.

Von der vorläufigen Anwendung wurden gemäß Art. 1 dieses Ratsbeschlusses insbesondere große Teile des Kapitel 8 zum Investitionsschutz ausgenommen, da der Bereich der Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit und des Schutzes von Portfolioinvestitionen nicht zuletzt infolge des Gutachtens des EuGH zum Singapur Abkommen (Gutachten 2/15) als nicht zum alleinigen Zuständigkeitsbereich der EU gehörig angesehen wurde und es jedenfalls nach damaliger Rechtskenntnis eines gemischten Abkommens bedurfte.

Zum vollständigen Inkrafttreten erfordert CETA daher – neben der im Mai 2017 erfolgten Ratifizierung Kanadas - die Ratifizierung durch alle EU-Mitgliedstaaten und schließlich des abschließenden Ratsbeschlusses über den Abschluss des CETA.

Diese abschließende Beschlussfassung im Rat über den Abschluss des CETA steht bevor (der Beschlusssentwurf der Kommission für den Ratsbeschluss über den Abschluss des CETA (KOM(2016) 443) liegt vor), so dass dann die Ratifikationserklärungen ausgetauscht werden können und CETA vollumfänglich und endgültig in Kraft tritt. Da die allermeisten EU-Mitgliedstaaten bereits zugestimmt haben und

nur noch wenige ausstehen, steht das Inkrafttreten des CETA bald zu erwarten. Auf deutscher Seite haben Bundestag und Bundesrat durch ihre Beschlüsse über ein Zustimmungsgesetz zum CETA als die maßgeblich entscheidenden Staatsorgane die Grundlage für das umfassende, vollständige Inkrafttreten, die weitere deutsche Mitwirkung hieran und die vollständige unions- wie völkerrechtliche Bindung Deutschlands an CETA und innerstaatliche Umsetzung geschaffen. Der Bundestag beschloss das Gesetz gemäß der Vorlage der Bundesregierung (BT-Drs. 20/3443) am 1.12.2022 mit großer Mehrheit und erteilte damit dem CETA in Art. 1 des Gesetzes seine Zustimmung, der Bundesrat am 16.12.2022 (BRt-Drs. 639/22; TOP 26 der 1029. Sitzung, Plenarprotokoll der 1029. Sitzung, 16.12.2022, S. 541). Die Zustimmung wurde seitens des Bundestags auf Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG gestützt (so ausweislich der Gesetzesbegründung, s. BT-Drs 20/3443, S. 8, „da es sich, soweit es in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten der Europäischen Union fällt, auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung bezieht“), seitens des Bundesrates auf Art. 84 Abs. 1 Satz 5 und 6 GG (BRt-Drs. 639/22). Das Gesetz wurde mittlerweile im BGBl. 2023 Teil II Nr. 9 vom 19.1.2023, verkündet.

2. Inhalt und abschließender Charakter der Zustimmung des Deutschen Bundestags und Bundesrates

Das Gesetz zur Zustimmung vom 1.12.2022 beschränkt sich auf zwei Artikel: Artikel 1 erklärt die Zustimmung, Art. 2 regelt das Inkrafttreten von Gesetz und Vertrag. Bei der Zustimmung am 1.12.2022 brachte der Deutsche Bundestag (BT) zugleich mit einem separaten Beschluss (s. BT-Drs 20/4731) eine Entschließung zum Ausdruck, in der der Bundestag einige Feststellungen trifft, die unter Ziffer I die Handelsagenda der Regierungskoalition und unter Ziffer II u.a. die Annahme von Ausschussbeschlüssen betreffen. So stellt der BT unter Ziffer II, Punkt 4 dieser Entschließung fest, dass Vorschläge zu Ausschussbeschlüssen dem BT gemäß EUZBBG frühestmöglich zuzuleiten seien, und dass die Erklärung Nr 19 zum Ratsprotokoll

bei der Unterzeichnung von CETA, wonach der Standpunkt von EU und Mitgliedstaaten im Gemischten CETA-Ausschuss zu einem Beschluss, der in die nationale Zuständigkeit fällt, einvernehmlich festzulegen ist, auch für die Zeit nach Inkrafttreten des CETA gelte. Unter Ziffer III.1 fordert der BT die Bundesregierung auf, zusätzliche Berichtspflichten zu CETA zu erfüllen, insbesondere über die anwendbaren Mehrheitserfordernisse im Rat und über die Berührung nationaler Zuständigkeiten durch einen Beschluss. Ferner seien auf Anforderung Bewertungen nach § 6 Abs. 3 EUZBBG vorzulegen, und die Ratsstandpunkte und CETA-Ausschussbeschlüsse zu übermitteln, und es sei frühestmöglich und fortlaufend über den Vollzug von CETA zu unterrichten. Diese Entschließung war auch Gegenstand der Zustimmung des Bundesrates (Anhang zu BRt-Drs. 639/22).

Eine weitere Befassung des Bundestags mit dem Abkommen oder der Erlass von Begleitgesetzgebung wird somit nicht erfolgen. Es gibt keine weiteren Regeln über parlamentarische Rechte des Bundestags etwa zu in Gremien des CETA beabsichtigten Vertragsänderungen von CETA oder anderen wichtigen Beschlüssen. Gleiches gilt für den Bundesrat. Auf deutscher Seite sind daher die verfassungsrechtlichen Weichen für das Inkrafttreten des CETA abschließend gestellt. Die Maßgaben, mit denen die Bundesrepublik CETA ratifizieren wird, liegen fest. Die weiteren verfahrensrechtlichen Beiträge des Bundespräsidenten und der Bundesregierung in Form der Ausfertigung der Ratifikationsurkunde und der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde haben inhaltlich keinen Einfluss mehr auf die Tragweite der Bindung Deutschlands an das CETA, sondern setzen die o.g. Beschlüsse von Bundestag und Bundesrat lediglich um.

3. Inhalt des Freihandelsabkommens

Als gemischtes Abkommen weist das CETA eine bilaterale Struktur auf. Auf der einen Seite des Vertrages stehen die Europäische Union und ihre 27 Mitgliedstaaten, auf der anderen Seite Kanada. Bei einem gemischten Abkommen verhält es sich nicht so, dass sich die vertragliche Bindung für die Union und für die Mitgliedstaaten nur

auf die in die jeweilige Binnenkompetenz fallenden Vertragsteile erstreckte und somit begrenzt wäre. Zur Funktionsweise von gemischten Abkommen gehört vielmehr, dass die Union und die Mitgliedstaaten gegenüber dem Drittstaat, hier Kanada, in allen Vertragsteilen völkerrechtlich vollständig gebunden sind und dementsprechend im Außenverhältnis Vertragserfüllung für den kompletten Vertrag schulden.

Allgemeine Auffassung: *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 216 Rn. 7; *Steinbach*, Kompetenzkonflikte bei der Änderung gemischter Abkommen durch die EG und ihre Mitgliedstaaten, EuR 2007, 109; *Stein*, Der gemischte Vertrag im Recht der Außenbeziehungen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1986, 131.

Für das CETA wird diese Funktionsweise ausdrücklich festgelegt, indem Art. 1.8 Abs. 1 CETA anordnet: „Jede Vertragspartei ist voll verantwortlich für die Einhaltung aller Bestimmungen dieses Abkommens.“

Das CETA besteht aus 30 Kapiteln. Auf deren Inhalt ist hier insoweit einzugehen, als es für diese Verfassungsbeschwerde maßgeblich wird.

Ausweislich der Präambel wollen die Vertragsparteien aufbauend auf ihren Verpflichtungen im Rahmen der Welthandelsorganisation zur Errichtung „eines erweiterten und sicheren Marktes für ihre Waren und Dienstleistungen durch den Abbau oder die Beseitigung von Handels- und Investitionshemmnissen“ gelangen. Es soll dabei zur „Aufstellung klarer, transparenter, berechenbarer und beiderseits vorteilhafter Regeln für Handel und Investitionen“ kommen. Diese Ziele wollen die Vertragsparteien dadurch erreichen, dass sie in Einklang mit Artikel XXIV GATT 1994 und Artikel V GATS eine Freihandelszone errichten (Art. 1.4 CETA). Nach Maßgabe eines in Anhang 2-A verankerten Stufenplans sollen Zölle auf Ursprungswaren weitgehend beseitigt werden (Art. 2.4 Abs. 1 CETA).

Mit Kapitel 5 verfolgen die Vertragsparteien unter anderem das Ziel, „sicherzustellen, dass die gesundheitspolizeilichen und pflanzenschutzrechtlichen (sanitary and phytosanitary, im Folgenden ‚SPS‘) Maßnahmen der Vertragsparteien keine ungerechtfertigten Handelshemmnisse schaffen“ (Art. 5.2 lit. b CETA). Zu diesem Zweck setzt der Vertrag einen „Gemischten Verwaltungsausschuss für gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen“ ein (Art. 26.2 Abs. 1 lit. d CETA).

Dieser Ausschuss hat die Befugnis, die Anhänge des Kapitels 5 zu überprüfen und zu ändern, wobei aber diese Änderungen – anders als die anderen unten noch zu benennenden Beschlussfassungskompetenzen von Ausschüssen, die keine entsprechende Regelung enthalten - der anschließenden Genehmigung durch die Vertragsparteien bedürfen (Art. 5.14 Abs. 2 lit. d CETA).

Das dem **Investitionsschutz** gewidmete Kapitel 8 verwendet einen weiten Investitionsbegriff: „Vermögenswerte jeder Art, die direkt oder indirekt im Eigentum oder unter der Kontrolle eines Investors stehen und die Merkmale einer Investition aufweisen; hierzu gehören eine gewisse Dauer und andere Merkmale wie die Bindung von Kapital oder anderen Ressourcen, die Erwartung von Wertzuwachs oder Gewinn oder die Übernahme von Risiken.“ (Art. 8.1 CETA). Ausdrücklich werden „Anteile, Aktien und sonstige Formen der Kapitalbeteiligung an einem Unternehmen“, „Rechte des geistigen Eigentums“ und „Ansprüche auf Geld oder auf Leistungen aus einem Vertrag“ umfasst, letztere aber nur, sofern sie sich nicht „lediglich aus kommerziellen Verträgen über den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen“ ergeben. Für solche Investitionen wird ein umfassender grenzüberschreitender Marktzugang eröffnet (Art. 8.4 CETA), die Beachtung von diskriminierungsfreier Inländerbehandlung sichergestellt (Art. 8.6 CETA), eine Meistbegünstigungsregel aufgestellt (Art. 8.7 CETA) und ein Grundsatz der „gerechten und billigen Behandlung“ etabliert (Art. 8.10 CETA). Für direkte und indirekte Enteignungen ist zum Marktwert zuzüglich marktüblicher Zinsen zu entschädigen (Art. 8.12 Abs. 2 und Abs. 3 CETA). Investoren können unter bestimmten Voraussetzungen ein eigens eingerichtetes und so bezeichnetes „Gericht“ (im Folgenden zur Klarstellung und Abgrenzung werden die Begrifflichkeiten Investitionsgericht(system), CETA-Gericht, CETA-Gerichtsbarkeit oder Investment Court System (ICS) synonym genutzt und damit ist ggf die nachfolgend noch erläuterte Berufungsinstanz mitgemeint) anrufen und gegen die Europäische Union oder einen Mitgliedstaat Klage erheben. Voraussetzung dafür ist unter anderem, dass der Kläger „auf sein Recht verzichtet, in

Bezug auf eine Maßnahme, die angeblich einen Verstoß gegen das Abkommen darstellt und die in seiner Klage angeführt wird, eine Klage oder ein Gerichtsverfahren nach internem oder internationalem Recht anzustrengen“ (Art. 8.22 Abs. 1 lit. f und g CETA). Dieser Verzicht kann auch noch in einem laufenden nationalen Gerichtsverfahren erklärt werden, so dass der Kläger dann auf die Investitionsklage gemäß CETA umstellen kann. Art. 8.21 Abs. 3 CETA ermächtigt die EU, in einem Streitbeilegungsverfahren zwischen kanadischen Investor*innen und einem Mitgliedstaat der EU bzw. der Union selbst, den richtigen Beklagten festzustellen.

Dem Investitionsgericht werden zunächst 15 „Gerichtsmitglieder“ angehören, die der Gemischte CETA-Ausschuss (Art. 26.1 CETA) bereits ernannt hat. Fünf Mitglieder des Gerichts müssen Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaats sein, fünf Mitglieder Staatsangehörige Kanadas und fünf Mitglieder Staatsangehörige von Drittstaaten (Art. 8.27 Abs. 2 CETA). Art. 8.27 Abs. 7 CETA regelt, dass eine Kammer mit drei Mitgliedern mit dem jeweiligen Fall zu befassen ist und dass „dabei (...) ein Rotationsverfahren zugrunde gelegt und sichergestellt (wird), dass die Zusammensetzung der Kammern nach dem Zufallsprinzip erfolgt“ und nicht vorhersehbar ist. Gegen die Entscheidungen des Investitionsgerichts kann ein Rechtsbehelf zu einem sog. „Berufungsgericht“ eingelegt werden (Art. 8.28 CETA). Auch dessen Mitglieder werden von dem Gemischten CETA-Ausschuss ernannt (Art. 8.28 Abs. 3 CETA). Der Gemischte CETA-Ausschuss ist ferner ermächtigt, die Verfahrensordnung für das „Berufungsgericht“ zu beschließen (Art. 8.28 Abs. 7 CETA).

Das Investitionsgericht wendet gem. Art. 8.31 CETA „dieses Abkommen nach den Auslegungsregeln des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge und anderen zwischen den Vertragsparteien geltenden völkerrechtlichen Regeln und Grundsätzen an.“ Es ist nicht befugt, „die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme, die angeblich einen Verstoß gegen dieses Abkommen darstellt, nach dem internen Recht einer Vertragspartei zu beurteilen“, es darf aber das interne Recht einer Vertragspartei „als Tatsache“ heranziehen (Abs. 2). In Art. 8.31 Abs. 3 CETA ist eine authenti-

sche Interpretation des CETA durch den Gemischten CETA-Ausschuss vorgesehen: „Bei ernsthaften Bedenken in Bezug auf Auslegungsfragen, die sich auf Investitionen auswirken können, kann der Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen dem Gemischten CETA-Ausschuss nach Artikel 8.44 Absatz 3 Buchstabe a die Annahme von Auslegungen dieses Abkommens empfehlen. 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.“ Diese Norm wird vom EuGH im CETA-Gutachten 1/17 dahin verstanden, dass die Sicherung der Unabhängigkeit des Investitionsgerichts und der Berufungsinstanz gebiete, dass die demnach angenommenen Auslegungen nicht für bereits anhängige Streitigkeiten gelten. „Sonst könnte der Gemischte CETA-Ausschuss auf die Verhandlung konkreter Streitigkeiten Einfluss nehmen und somit am ISDS Mechanismus teilnehmen“, so EuGH, Gutachten 1/17 – CETA, Rn. 236.

Das Investitionsgericht und ggf die Berufungsinstanz entscheidet abschließend über die nach Art. 8.23 CETA erhobenen Klagen, Art. 8.27 Abs. 1, 8.28 Abs. 9 c), d), 8.39 CETA. Es kann im wesentlichen dem Investor nur Schadensersatz oder Rückerstattung zusprechen. Das Urteil ist für die Parteien bindend, Art. 8.41 CETA. Es ist ein vollstreckbarer Titel. Jedenfalls diejenigen Urteile, die auf eine nach ICSID-Regeln¹ eingereichte Klage ergehen, sind endgültig und unmittelbar bindend für die nationalen Gerichte, weil sie sie als rechtskräftig ohne weiteres vollstrecken müssen (Art. 8.41.6 CETA i.V.m. Art. 54 ICSID). Eine erneute Kontrolle durch eine nationale Instanz oder den EuGH findet somit nicht statt.

Zwar gibt es in der Lit. eine Debatte über die Reichweite der Anordnung im CETA, dass die Entscheidungen des CETA Investitionsgerichts ein vollstreckbarer Titel im Sinne des ICSID sind. Doch besteht weitgehend Einigkeit, dass dies jedenfalls für die EU, ihre Mitgliedstaaten und Kanada so ist, wenn auch nicht notwendigerweise für Drittstaaten. Vgl. Reinisch, *Journal Intl Ec Law* 2016, 761 (785); F. Hoffmeister, *R.B.D.I* 2017, 566 (583); differenzierend für Klagen gegen die EU Bungenberg/Holzer, in Bungenberg/Reinisch (Hg) *CETA Investment Law*, 2021, Art. 8.41, Rn.

¹ ICSID Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States v. 18.3.1965 (deutsche Fassung, BGBl. 1969 II, 371).

123 ff wegen der fehlenden Mitgliedschaft der EU im ICSID. Eine Gegenansicht, die aufgrund einer angeblichen Unvereinbarkeit der CETA-Regel mit den Grundsätzen von Art 41 WVRK eine Vollstreckbarkeit gemäß ICSID Regeln ablehnen möchte, würde verkennen, dass Art 41 WVRK von den CETA-Parteien untereinander implizit abbedungen wurde. Staaten können durch Verträge untereinander vom Gewohnheitsrecht problemlos abweichen.

Diese Folge der Vollstreckbarkeit der Urteile bleibt aufgrund der Fortgeltung des CETA-Investitionsschutzes auch noch für 20 Jahre nach Beendigung von CETA für die zuvor getätigten Investitionen gültig, so Art. 30.9 Abs. 2 CETA. Somit gewähren die Regeln des Kapitel 8 CETA dem Investor erhebliche Rechte zur direkten Geltendmachung und anschließenden Vollstreckung von Schadensersatzansprüchen und Zinsen gegen die Vertragsparteien unter Abweichung von den sonst gegebenen Rechtsschutzmöglichkeiten vor nationalen Gerichten und deren Kontrolle von nicht-nationalen/ausländischen Gerichtsentscheidungen.

Schließlich erlaubt CETA dem Gemischten CETA-Ausschuss in Art. 8.29 CETA nach Etablierung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs durch Beschluss, der wiederum keiner Ratifizierung durch die Parteien bedarf, die CETA Investitionsstreitigkeiten auf den neuen Gerichtshof überzuleiten und geeignete Übergangsregelungen anzunehmen. In den Worten des EuGH: Mit der Errichtung des multilateralen Investitionsgerichtshofs „soll die Tätigkeit des CETA-Gerichts und –Rechtsbehelfsinstanz enden“ (EuGH, CETA Gutachten 1/17, Rn 7). Hier wird somit ermöglicht, die in CETA errichtete Jurisdiktionsgewalt des CETA Investitionsgerichts weiterzugeben an einen neuen, noch nicht in Ansätzen in seinen Verfahren, Regeln und Standards der Rechtstaatlichkeit und Unabhängigkeit erkennbaren Gerichtshof.

Den in Kapitel 9 durch Inländerbehandlung (Art. 9.3 CETA) und Meistbegünstigung (Art. 9.5 CETA) geprägten Bestimmungen über den Dienstleistungsverkehr liegt ein weiter Dienstleistungsbegriff zugrunde. Ausgenommen sind in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistungen (Art. 9.2 Abs. 2 lit. a CETA). Darunter ist nach 9.1 CETA „jede Art von Dienstleistung, die nicht zu kommerziellen Zwecken oder im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistern erbracht wird“, zu verstehen.

In Kapitel 21 ist die Regulierungszusammenarbeit geregelt. Die Regulierungskooperation ist breit angelegt und erstreckt sich auf alle denkbaren handelsbezogenen Regulierungen auf den Gebieten des Waren- und Dienstleistungsverkehrs. Die Zielvorgaben für die regulatorische Zusammenarbeit werden in Art. 21.2 Abs. 4 CETA in chronologischer Reihenfolge benannt. Sie umfasst die Ziele (lit. a) der Liberalisierung des Handels- und Warenverkehrs durch den Abbau vorhandener und die Verhinderung neuer Barrieren für den Handel und private Investitionen, um Handelsstreitigkeiten zu vermeiden, (lit. b) der Verbesserung des Wettbewerbsklimas und (lit. c) der Förderung von transparenten, effizienten und effektiven Regulierungsverfahren. Hinzu kommt nach Art. 21.3 lit. b i und lit. c i CETA das Ziel, „unnötige Regulierungsunterschiede“ zwischen den Vertragsparteien zu vermeiden und zu reduzieren. Die regulatorische Kooperation ist als Frühwarnsystem ausgestaltet. Die Vertragsparteien sollen nach Art. 21.4 lit. b, c und f sowie Art. 21.7 CETA möglichst frühzeitig in den Prozess der Entscheidungsfindungen der jeweils anderen Vertragsparteien einbezogen werden und in regelmäßigen Abständen Informationen über Regulierungsvorhaben austauschen, um ihre jeweiligen Perspektiven auf Regulierungsvorhaben der anderen Parteien und ihre Bedenken dagegen vortragen zu können. Es sollen Informationen – auch nichtöffentlicher Art – über geplante und begonnene Regulierungsvorhaben oder auch bereits bestehende Regulierungen aller staatlichen Ebenen, inklusive der Bundesgesetzgebung, geteilt werden. Die jeweils anderen Vertragsparteien können diese Informationen innerhalb einer ausreichenden Frist kommentieren. Informationen und Kommentare dienen dann als Grundlage für anschließende Beratungen und Folgenabschätzungen – und damit letztlich als Grundlage für eine mögliche Änderung ursprünglich nationalstaatlicher Regulierungsziele oder -mittel. Die regulatorische Kooperation im CETA wird von mehreren Institutionen gesteuert. Es sind beteiligt der Gemischte CETA-Ausschuss, Sonderausschüsse, das Forum für die Zusammenarbeit in Regulierungsfragen („Forum“) und die „Bilateralen Dialoge und Kooperationen“ des Kapitels 29. Das Forum, das als Sonderausschuss eingerichtet wird, dient als Diskussionsforum der Vertragsparteien. Daneben

unterstützt es die Parteien in ihren Bemühungen, die regulatorische Kooperation zu erweitern und zu vertiefen. Es ist zusammengesetzt aus Beamten oder Funktionären der Vertragsparteien. Den Vorsitz hat ein Vertreter der Regierung Kanadas im Rang eines „Deputy Minister“ und ein Vertreter der Europäischen Kommission im Rang eines Generaldirektors (Art. 21.6 Abs. 3 CETA). In Art. 21.7 Abs. 5 CETA ist vorgesehen, dass der Ausschuss für Warenhandel die Maßnahmen zur Durchführung des wechselseitigen Austausches über Produktwarnungen billigt. Diese Maßnahmen sollen die auszutauschenden Informationen und die Modalitäten des Austausches näher festlegen, ferner die Wahrung der Vertraulichkeit und den Schutz personenbezogener Daten sicherstellen.

In **Kapitel 26** ist eine eigene institutionelle Vertragsstruktur vorgesehen, und zwar eine **institutionelle Struktur** bestehend aus Ausschüssen, deren Aufgabe es ist, CETA weiterzuentwickeln, zu ändern oder umzusetzen. Auf diese Weise soll die Umsetzung und Anwendung des Abkommens erleichtert werden. Bei diesen Vertragsorganen handelt es sich um Entscheidungsgremien, die sich in der Regel aus Vertretern Kanadas und der EU-Kommission zusammensetzen und deren Aufgaben teilweise besonders weitreichend sind, da sie befugt sind, verbindliche Entscheidungen zu treffen, die über die bloße Anwendung der CETA-Bestimmungen hinausgehen, sondern auch die Beschlussfassung über wichtige Fragen oder die Verabschiedung allgemeiner Vorschriften umfassen. CETA überträgt ihnen zahlreiche und umfassende Befugnisse.

Das Mandat des zentralen **Gemischten CETA-Ausschusses** (Joint CETA Committee) ist sehr weit gefasst, da er "für alle Fragen des Handels und der Investitionen zwischen den Vertragsparteien sowie für die Durchführung und Anwendung dieses Abkommens zuständig ist" (Art. 26.1 Abs. 3 CETA); sein Auftrag geht über die Anwendung und Durchführung dieses Abkommens hinaus (siehe Art. 26.1 Abs. 4). Der Gemischte CETA –Ausschuss hat die weitestreichenden Befugnisse und beaufsichtigt/überwacht die themenspezifischen Ausschüsse. Der Gemischte CETA-Aus-

schuss wird besetzt mit Vertretern aus Kanada und der EU. Vertreter der Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind nicht Mitglieder dieses Ausschusses (Art. 26.1 Abs. 1 CETA). Er entwickelt das Freihandelsabkommen fort. Der Gemischte CETA-Ausschuss kann die themenspezifischen Ausschüsse des CETA auflösen, neue Ausschüsse einrichten und ihnen Aufgaben zuweisen (Art. 26.1 Abs. 5 lit. g, h CETA); er kann also das institutionelle Gefüge von CETA verändern. Er kann das CETA auch selbst in bestimmten Punkten ändern (Art. 26.1 Abs. 5 lit. c) in Verbindung mit Art. 2.13 Abs 1 b), Art. 4.7 Abs. 1 f), Art. 8.1, Art. 8.10 Abs. 3, Art. 20.22, Art. 23.11 Abs. 5 CETA) und – wie erwähnt - eine verbindliche Vertragsauslegung vorgeben (Artikel 8.31 Abs. 3, 8.44 Abs. 3, 26.1 Abs. 5 e) CETA). Er kann ferner beschließen, generell die Anhänge und Protokolle des CETA zu ändern (Art. 30.2 Abs. 2). Diese Art von Beschlüssen bedarf keiner nachfolgenden Ratifikation. Während das BVerfG das letztlich noch offen ließ (BVerfGE 143, 65, Rn. 60 f. – CETA; Beschluss vom 9.2.2022, 2BvR 1368/16 u.a., Rn 189, 191), hat der EuGH in seinem CETA-Gutachten 1/17, Rn 234 klar festgestellt, dass der Gemischte CETA Ausschuss „bindende Beschlüsse fassen [kann]... die für die Vertragsparteien .. bindend sind“. Ein Vorbehalt der Ratifikation ist dort nirgends erwähnt. Die Ausschussbeschlüsse sind mit ihrer Annahme im Ausschuss aus sich heraus bindend, wie sogleich noch näher aufgezeigt wird.

Diese allgemeinen Änderungsbefugnisse werden – wie bereits vermerkt - sektorspezifisch in den einzelnen Vertragskapiteln bezüglich der dortigen Abkommensregeln (und nicht nur bezüglich Anhänge und Protokolle) ergänzt. So kann der Gemischte CETA-Ausschuss Befreiungstatbestände bei Einfuhrzöllen beschließen, die die entsprechenden Annex-Regelungen verdrängen (Art. 2.3 Abs. 5 CETA). Er kann nach Art. 8.1 CETA das Investitionsschutzkapitel um bislang nicht erfasste Kategorien des geistigen Eigentums ergänzen und diese unter den Schutz des Vertrages stellen. Gleichzeitig kann der Ausschuss im Annex 20-A die geschützten Herkunftsbezeichnungen erweitern oder streichen. Nach Art. 8.10 Abs. 3 CETA und Art. 8.31 Abs. 3

CETA kann der Gemischte CETA-Ausschuss verbindliche Auslegungen der Schutzstandards und die sonstige authentische Interpretation des Investitionsschutzkapitels beschließen. Der Gemischte CETA-Ausschuss kann gemäß Art. 23.11 Abs. 5 CETA Änderungen im Kapitel 23 „Handel und Arbeit“ vornehmen. Von erheblicher Bedeutung als Vertragsänderung ist auch die oben bereits erwähnte Zuständigkeit anzusehen, durch Beschluss des Gemischten CETA-Ausschusses den Übergang der Investitionsschutzzuständigkeit nach CETA auf ein durch einen noch auszuhandelnden, inhaltlich derzeit völlig unbestimmten multilateralen Vertrag eingesetztes internationales Investitionsgericht gemäß Art. 8.29 CETA zu veranlassen. Dadurch wird der Investitionsschutzteil im CETA bezüglich der Investitionsgerichtsbarkeit durch ein neues Abkommen ausgetauscht.

Als Regelsetzung zu verstehen ist das Mandat des Gemischten CETA-Ausschusses, mit dem Beschluss über die Ernennung von Richtern administrative und organisatorische Aspekte der Arbeitsweise des Berufungsgerichts, einschließlich verfahrensrechtlicher Fragen, festzulegen, was auch die Festlegung von Verfahrensregeln impliziert (Art. 8.28 Abs. 3 iVm. Abs. 7 CETA).

Die **Sonderausschüsse**, die nach Art. 26.2 CETA zur Verwaltung der verschiedenen Kapitel eingerichtet werden, stehen unter der Aufsicht des Gemischten CETA-Ausschusses, arbeiten ihm zu, haben aber auch eigenständige Beschlussfassungsbefugnisse. Nach Art. 26.2 Abs. 1 CETA werden insgesamt neun Sonderausschüsse eingerichtet: (lit. a) der Ausschuss für Warenhandel, (lit. b), der Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen, (lit. c) der Gemischte Ausschuss für Zusammenarbeit im Zollbereich, (lit. d) der Gemischte Verwaltungsausschuss für SPS-Maßnahmen, (lit. e) der Ausschuss für das öffentliche Beschaffungswesen. (lit. f) der Ausschuss für Finanzdienstleistungen, (lit. g) der Ausschuss für Handel und nachhaltige Entwicklung, (lit. h) das Forum für die regulatorische Zusammenarbeit und (lit. i) der CETA-Ausschuss für geografische Angaben. Zur Besetzung der Ausschüsse enthält Art. 26.2 CETA kaum genauere Angaben. Es wird lediglich in Abs. 4 festgelegt, dass

der Vorsitz in den Ausschüssen von einem Vertreter Kanadas und der EU gemeinsam geführt wird. Die Besetzungsregeln finden sich ansonsten in den speziellen Vertragskapiteln, in denen die Ausschüsse eingesetzt werden. Insoweit finden sich nur in wenigen Fällen bei Sonderausschüssen Möglichkeiten zur Mitwirkung nationaler Vertreter der EU-Mitgliedstaaten: Art. 5.14 Abs. 1 CETA sieht Vertreter der Regulierungs- und der Handelsseite jeder Vertragspartei mit Zuständigkeit für SPS-Maßnahmen vor, Art. 6.14 Abs. 2 Vertreter von Zoll-, Handels- oder anderen zuständigen Behörden der Parteien. Art. 13.18 Abs. 1 bezieht sich auf Vertreter von Finanzdienstleistungsbehörden. Art. 19.19 Abs. 1 spricht allgemein von Vertretern der Vertragsparteien; nach Art. 21.6.3 haben im Forum für die Regulierungszusammenarbeit ein hochrangiger Vertreter Kanadas und der Kommission den gemeinsamen Vorsitz; weitere Mitglieder können „maßgebliche Beamte der Vertragsparteien“ sein.

Auch die Sonderausschüsse haben erhebliche Beschlussfassungszuständigkeiten. Diese umfassen Regelsetzung, ja eine innerstaatlicher Gesetzgebung vergleichbare Rechtsetzung. Diesbezüglich ist die Zuständigkeit des Ausschusses für den Warenhandel hervorzuheben, über Maßnahmen zur Umsetzung des Austauschs von Produktwarnungen zwischen der EU und Kanada zu entscheiden (Art. 21.7 Abs. 5), oder die Zuständigkeit des Ausschusses für Dienstleistungen und Investitionen, den Verhaltenskodex der Richter des Investitionsgerichts und die geltenden Verfahrensregeln zu ändern (Art. 8.44 Abs. 2 und 3 b) CETA). Gemäß Art. 8.44.2 und Art. 8.44.3. b) CETA umfasst der Verhaltenskodex für die Richter auch Fragen der Offenlegung, Vertraulichkeit und Transparenz, ferner Verfahrens- und Transparenzregeln. Der Ausschuss für Finanzdienstleistungen entscheidet über die Anwendbarkeit von Ausnahmen gemäß Art. 13.16.1 i.V.m. Art. 13.21.3. und 13.21.4 CETA.

Somit sind die CETA-Ausschüsse befugt, über rein exekutive Fragen begrenzter Bedeutung hinaus durchaus grundlegende oder weitreichende Fragen zu entscheiden, einschließlich der Verabschiedung allgemeiner Regeln, die möglicherweise in die Grundrechte der Wirtschaftsbeteiligten eingreifen. Die Billigung von Durchfüh-

rungsmaßnahmen für den gegenseitigen Austausch von Produktwarnungen zwischen der EU und Kanada durch den Ausschuss für den Warenverkehr (gemäß Artikel 21.7 Abs. 5 CETA) ermöglicht dem Ausschuss, gemeinsame Standards für den Schutz personenbezogener Daten und Geschäftsgeheimnisse festzulegen. Die Ausschüsse sind somit befugt, punktuell Regulierungs- und sogar Gesetzgebungsbefugnissen vergleichbare Zuständigkeiten (d.h. Befugnisse zur Annahme allgemeiner Vorschriften) wahrzunehmen.

Die Beschlüsse der Ausschüsse sind für die Parteien verbindlich und müssen umgesetzt werden. In den allermeisten Fällen ist ein Beschluss des Gemischten CETA-Ausschusses oder der Sonderausschüsse für die EU und ihre Mitgliedstaaten ohne weiteres, insbesondere ohne nachfolgende Annahme oder gar Ratifikation durch die Vertragsparteien verbindlich. Das ist auch in anderen Abkommen der EU so vorgesehen und keine Besonderheit des CETA.

Nach Art. 15.4 Freihandelsabkommen mit Korea binden die Entscheidungen des Handelsausschusses die Parteien. Eine Formulierung, die eine vorherige Annahme durch die Parteien erfordert, findet sich nur für Beschlüsse über die Änderung des Abkommens, dort Art. 15.5.2.

Art. 26.3 Abs. 2 CETA stellt als allgemeine Regel über die Verbindlichkeit der Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses (s. Art. 26.1 Abs. 4 e) CETA) die Bindungswirkung der Beschlüsse generell fest. Doch enthält er in der Parenthese für die Bindungswirkung den Vorbehalt „der Erfüllung etwaiger interner Anforderungen und des Abschlusses etwaiger interner Verfahren“; dies ist – wie oben erläutert, nach zustimmungswürdiger Ansicht der EuGH - kein Ratifikationsvorbehalt. Das CETA gibt das interne Verfahren nicht an; das ist grundsätzlich auch nicht Aufgabe eines völkerrechtlichen Abkommens. Das einzuhaltende interne Verfahren ergibt sich aus dem internen Recht der Parteien. Die Kommission versteht die Verweisung in Art. 26.3 Abs. 2 CETA auf interne Verfahren und Anforderungen dahin, dass ein Beschluss, ehe er im Gemischten CETA-Ausschuss getroffen wird, erst der internen Festlegung des Standpunkts in der EU bedarf. Denn die Kommission verweist in KOM(2016) 470 final, S. 8 für die Beschlussfassung des Gemischten CETA Aus-

schusses darauf, dass „die EU ... folglich unter Einhaltung ihrer im EU-Vertrag festgelegten internen Verfahren [entscheidet], ob sie einem Beschluss des Gemischten Ausschusses zustimmt. Damit wird auf Art. 218 Abs. 9 AEUV und auch auf Art. 218 Abs. 7 AEUV verwiesen, wie das BVerfG im CETA-Beschluss vom 9.2.2022, Rn. 190 bzgl. Art. 218 Abs. 9 AEUV mit Blick auf Art. 30.2 Abs. 2 S. 1, 8.31 Abs. 3, 26.1 Abs. 5 e) CETA festhält. Art. 218 Abs. 9 AEUV sieht u.a. vor, dass der Rat auf Vorschlag der Kommission über die Standpunkte beschließt, die die EU in einem Vertragsorgan vertritt. Bei vereinfachten Textänderungen durch Ausschussbeschluss legt Art. 218 Abs. 7 AEUV das vereinfachte Verfahren fest, in dem der Abschluss der Änderung durch den vom Rat ermächtigten Verhandlungsführer, i.d.R. die Kommission erfolgt, in Abweichung vom regulären Vertragsschlussverfahren der EU. Die Anwendung des Art. 218 Abs. 7 AEUV ist für die Beschlussfassung des Gemischten CETA-Ausschusses nach Art. 20.22 CETA zu Änderungen im Anhang 20-A vorgesehen; so ermächtigt Art. 2 des Ratsbeschlusses 2017/38 über die vorläufige Anwendung von CETA (ABLEU 2017 L 11/1080) die Kommission, diese Änderung im Gemischten CETA-Ausschuss zu billigen. Es geht somit in dem Verweis in Art. 26.3 Abs. 2 CETA um die interne Vorbereitung der übertragenen Beschlussfassung im Gemischten CETA Ausschuss durch Fassung eines Ratsstandpunkts nach Art. 218 Abs. 9 AEUV; dem entspricht die mittlerweile vorliegende Rechtspraxis zur Beschlussfassung der CETA-Ausschüsse. Dieses Verständnis des Art. 26.3.2 wird noch dadurch bestätigt, dass für manche Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses ausdrücklich eine Zustimmung oder Billigung durch die Vertragsparteien vorgesehen ist (so in Art. 2.4.4 und Art. 23.11.5 CETA), was überflüssig wäre, wenn Art. 26.3.2 CETA dies bereits enthalten würde.

Der Einfluss der EU auf die Verbindlichkeit der Ausschussbeschlüsse – und damit deren Legitimation – wird demnach dadurch sichergestellt, dass die EU dem Ausschuss Hoheitsrechte durch entsprechende Verankerung im CETA überträgt und ihre Ausübung dadurch begleitet, dass der vom Rat nach Art. 218 Abs. 9 AEUV

beschlossene Standpunkt die von der EU in dem Gemischten CETA Ausschuss anzunehmende Haltung festlegt. Somit unterbleibt eine *nachfolgende Befassung* der anderen EU-Organen oder der Mitgliedstaaten mit einem Ausschussbeschluss. Eine Ratifikation oder anderweitige interne Annahme ist nicht vorgesehen, um die Verbindlichkeit herzustellen. Der Beschluss wird mit Annahme im Ausschuss bindend. Diese autonome Verbindlichkeit der Beschlüsse regelt für die zahlreichen Sonderausschüsse der Art. 26.2 Abs. 4 CETA am Ende, wonach die Sonderausschüsse Beschlüsse fassen, wenn das CETA dies vorsieht. Es wird zwar nicht explizit festgehalten – anders als für die Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses, s. oben – dass die Beschlüsse der Sonderausschüsse für die Parteien verbindlich sind und zur Umsetzung verpflichtet. Doch ist das keine Besonderheit; auch in anderen EU-Abkommen fehlt eine explizite Klarstellung der Verbindlichkeit der vorgesehenen Beschlüsse.

Die Bindungswirkung der Beschlüsse der Sonderausschüsse für die Parteien ergibt sich im CETA– wie bei anderen EU-Abkommen - aus dem Kontext: Dem Beschluss werden auch im CETA eine nicht verbindliche Handlungsform, nämlich die Empfehlung, gegenübergestellt, so in Art. 8.10 Abs. 3, Art. 8.44.Abs. 3 a), d) und e), Art. 23.11 Abs. 5 CETA.

Diese begriffliche Differenzierung zwischen Beschlüssen und Empfehlungen findet sich auch in anderen EU Abkommen und ist für den EuGH stets Argument zugunsten der Bindungswirkung von „Beschlüssen“, auch wenn diese in den Abkommen nicht ausdrücklich angeordnet ist, vgl. *N Appel*, Das internationale Kooperationsrecht der EU, 2016, S. 212.

Ein klarer Beleg für die Verbindlichkeit der Ausschussbeschlüsse ist ferner Art. 30.7.3 d) CETA, wonach die Wirkungen der Beschlüsse von Ausschüssen des CETA mit Ende der vorläufigen Anwendung enden. Wären die Beschlüsse der Sonderausschüsse nur solche empfehlenden Charakters, bedürfte es dieser Regelung nicht. Ein weiterer Hinweis auf die Verbindlichkeit der Sonderausschussbeschlüsse ergibt sich daraus, dass für *manche* der Beschlussfassungszuständigkeiten der Sonderausschüsse als Verbindlichkeitsvoraussetzung eine eigene Annahme in den Verfahren der Parteien ausdrücklich vermerkt wird, und zwar bezüglich der Änderung der

Anhänge zu Kapitel 5, die gemäß Art. 5.14 Abs. 2 d) CETA vom Gemeinsamen Verwaltungsausschuss für SPS-Maßnahmen beschlossen werden, und in Art. 11.3 Abs. 6 CETA bezüglich der Zuständigkeit des MRA Ausschusses, der ein Zustimmungserfordernis jeder Partei („Mit der Meldung jeder Vertragspartei an den MRA-Ausschuss wird der Beschluss für die Vertragsparteien verbindlich.“) statuiert. Diese speziellen Regelungen bestätigen, dass die allgemeine Regel des Art. 26.2 Abs. 4 CETA eine Verbindlichkeit der Beschlüsse von Sonderausschüssen ohne nachfolgende Annahme/Ratifikation durch die Parteien impliziert. Wie beim Gemischten CETA-Ausschuss werden die Beschlüsse der Sonderausschüsse somit mit der Beschlussfassung für die Parteien verbindlich und sind umzusetzen.

Zu beachten ist noch, dass das CETA gemäß Art. 30.6 Abs. 1 keine Rechte gewährt und somit nicht unmittelbar anwendbar ist. Daher dürfte auch den Beschlüssen der Ausschüsse über ihre völkerrechtliche und nach Art. 216 Abs. 2 AEUV vermittelte unionsrechtliche Bindungswirkung für die Mitgliedstaaten hinaus grundsätzlich keine unmittelbare Wirkung in den nationalen Rechtsordnungen der Parteien bzw. der unionalen Rechtsordnung zukommen. Allerdings gilt dies wegen der oben dargestellten weitreichenden Wirkungen von Urteilen des Investitionsgerichts nicht für diese Urteile und dürfte daher auch nicht für die insoweit bedeutsamen Ausschussbeschlüsse gelten. Dies wird bei der Frage des Vorliegens einer Übertragung von Hoheitsgewalt noch näher thematisiert werden (unten II. 3. b) cc)).

4. Bisherige Gerichtsentscheidungen von EuGH und BVerfG zu CETA

Als relevant für die Sachverhaltsfeststellung sind auch die bisher zum Inhalt des CETA und seiner verfassungsrechtlichen Bewertung vorliegenden Entscheidungen von EuGH und BVerfG anzusehen. Der EuGH befasste sich im Gutachten 1/17 mit einigen Rechtsfragen der Primärrechtskonformität einiger Regeln des CETA insbesondere mit Blick auf die Investitionsgerichtsbarkeit. In diesem Gutachten nahm er Stellung zur Bedeutung der Autonomie der EU für den Investitionsstreitbeile-

gungsmechanismus und zur Frage der Vereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz und Art. 47 EU-Grundrechtecharta. Die Fragen der demokratischen Legitimation von CETA-Ausschüssen und ihrer Beschlüsse wie auch der Reichweite der EU-Zuständigkeiten insoweit bildete nicht Gegenstand des Verfahrens, weil das den Gutachtenantrag stellende Belgien insoweit keine expliziten Fragen erhoben hatte.

s. die Zusammenfassung des Vorbringens von Belgien in EuGH, Gutachten 1/17, Rn. 46 ff; Belgien hatte die Frage der Ausschusszuständigkeiten im Hinblick auf verfassungsrechtliche Delegationsanforderungen und –grenzen aus der Gewaltenteilung nur kurz angesprochen, s. EuGH, Gutachten 1/17, Rn. 60 und die Schlussanträge des Generalanwalts hierzu, Rn 225 ff.

Erst Recht nahm der EuGH nicht Stellung zu Fragen der verfassungsrechtlichen Bewertung von Ausschüssen und Investitionsgerichtsbarkeit im Lichte des GG, und hätte dies auch gar nicht gedurft.

Das BVerfG setzte sich in vier Entscheidungen mit CETA auseinander, nämlich in dem aufgrund von v.a. Verfassungsbeschwerden gegen die deutsche Mitwirkung bei der vorläufigen Anwendung des CETA ergangenen Urteil und späteren Beschluss im einstweiligen Rechtsschutzverfahren (BVerfGE 143, 65 und BVerfGE 144, 1), und zuletzt in der diesbezüglichen Hauptsache mit Beschluss vom 9.2.2022, Az. 2 BvR 1368/16 ua. Als viertes ist zu nennen das Urteil vom 2.3.2021, 2 BvE 4/16 zum Organstreit der Fraktion Die Linke, das sich weitestgehend auf prozessrechtliche Zulässigkeitsfragen beschränkte (ebda. Rn 54 ff) und kaum inhaltliche Aussagen zu demokratischen Legitimationsanforderungen getroffen hat.

(Zulässiger) Streitgegenstand der drei erstgenannten Entscheidungen war damals die deutsche Mitwirkung an dem Ratsbeschluss über die vorläufige Anwendung von Teilen des CETA. Dabei stellten sich Fragen der Reichweite der EU-Kompetenzen und der Berührung nationaler Kompetenzen beim Abschluss von Handelsabkommen und Fragen der hinreichenden, verfassungsrechtlich unhintergehbaren demokratischen Legitimation der vorläufigen Anwendung von Teilen des CETA im Lichte von Art 23 GG.

Das BVerfG hat in den besagten Entscheidungen im Ergebnis keine durchgreifenden Einwände gegen die demokratische Legitimation der vorläufigen Anwendung

von Teilen des CETA, gegen die Ausschusszuständigkeiten und die Intensität der Bundestagsbeteiligung insoweit erkannt; es verwies auf die nach dem ersten Urteil ergangenen Sicherungen. In BVerfGE 143, 65 hatte das Gericht zwar ausgeführt, dass sich der Beschluss des Rates über die vorläufige Anwendung im Hauptsacheverfahren möglicherweise als Ultra-vires-Akt herausstellen könnte und auch eine Berührung der durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsidentität nicht auszuschließen sei (vgl. BVerfGE 143, 65, Rn. 50). Zweifelhaft war die EU-Vertragschlusskompetenz für Portfolioinvestitionen, den Investitionsschutz, den internationalen Seeverkehr, die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen und den Arbeitsschutz (ebda Rn. 52 ff.). Nicht ausgeschlossen wurde auch, dass sich der Beschluss des Rates zur vorläufigen Anwendung von CETA auch insoweit als Ultra-vires-Akt darstellen könnte, als mit CETA Hoheitsrechte auf das Gerichts- und Ausschusssystem weiterübertragen werden sollten (vgl. Rn. 58). Ferner wurde nicht völlig ausgeschlossen, dass die Ausgestaltung des CETA Ausschusssystem die demokratische Verfassungsidentität des GG berühren könnte (vgl. Rn. 59 ff; s. auch Beschluss vom 9.2.2022, Rn. 124 f). Allerdings erkannte der Senat, dass sich die Risiken für die Schutzgüter des Art. 38 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG durch unterschiedliche Vorkehrungen praktisch ausschließen ließen. Dem Risiko eines Ultra-vires-Akts konnte nach Ansicht des Senats durch Ausnahmen von der vorläufigen Anwendung begegnet werden (Rn. 67 ff), wie es dann im Nachgang auch durch den bereits erwähnten Beschluss des Rates über die vorläufige Anwendung erfolgte. Einer etwaigen Berührung der Verfassungsidentität durch Kompetenzausstattung und Verfahren des Ausschusssystem könne, so das Gericht, jedenfalls im Rahmen der vorläufigen Anwendung, zum Beispiel durch eine interinstitutionelle Vereinbarung, nach der Beschlüsse gemäß Art. 30.2 Abs. 2 CETA nur aufgrund eines einstimmig angenommenen gemeinsamen Standpunktes nach Art. 218 Abs. 9 AEUV gefasst werden, oder durch andere Vorkehrungen begegnet werden (Rn. 71). Zudem müsse sichergestellt werden, dass Deutschland die vorläufige Anwendung von CETA auch

einseitig beenden könne (Rn. 72). In seinem Beschluss vom 9.2.2022 hat es dies resümiert (ebda. Rn. 126).

Nach Ergehen des Urteils am 13.10.2016 trafen die Vertragsstaaten gewisse Vorkehrungen in Form von Erklärungen zum Ratsprotokoll zum Beschlusses 2017/37 des Rates zur Unterzeichnung von CETA (ABl.EU 2017 L 11/1; die Erklärungen finden sich ebda. ab S. 9). Diese Erklärungen enthalten u.a. folgende Inhalte (nachfolgend ein direkter Auszug aus ABl.EU):

„ERKLÄRUNGEN: Die folgenden Erklärungen sind integraler Bestandteil des Kontextes, in dem der Rat den Beschluss über die Unterzeichnung des CETA im Namen der Union annimmt. Sie werden bei dieser Gelegenheit in das Ratsprotokoll aufgenommen

2. Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung des Artikels 20.7: Der Rat erklärt, dass sein Beschluss, insoweit er die vorläufige Anwendung des Artikels 20.7 durch die EU vorsieht, die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der EU und den Mitgliedstaaten in Bezug auf durch die Berner Übereinkunft geschützte Persönlichkeitsrechte nicht berührt.

3. Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung von Bestimmungen über Verkehr und Verkehrsdienstleistungen: Der Rat der Europäischen Union erklärt, dass sein Beschluss, insoweit er die vorläufige Anwendung von Bestimmungen im Bereich der Verkehrsdienstleistungen durch die EU vorsieht, die in die geteilte Zuständigkeit der EU und ihrer Mitgliedstaaten fallen, die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen ihnen auf diesem Gebiet nicht berührt und die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, ihre Zuständigkeiten gegenüber Kanada in nicht von diesem Abkommen erfassten Angelegenheiten oder gegenüber einem anderen Drittland im Bereich der in diese Zuständigkeit fallenden Verkehrsdienstleistungen auszuüben.

4. Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung der Kapitel 22, 23 und 24: Der Rat der Europäischen Union erklärt, dass sein Beschluss, insoweit er die vorläufige Anwendung von Bestimmungen der Kapitel 22, 23 und 24 durch die EU vorsieht, die in die geteilte Zuständigkeit der EU und ihrer Mitgliedstaaten fallen, die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen ihnen auf diesem Gebiet nicht berührt und die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, ihre Zuständigkeiten gegenüber Kanada in nicht von diesem Abkommen erfassten Angelegenheiten oder gegenüber einem anderen Drittland auszuüben.

9. Erklärung der Kommission zum Inhalt der Rechtsgrundlagen: Die Kommission nimmt zur Kenntnis, dass der Rat die materiellen Rechtsgrundlagen, die von der Kommission für den „Beschluss über die Unterzeichnung des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen

Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits“ vorgeschlagen wurden, um Artikel 43 Absatz 2, Artikel 153 Absatz 2 und Artikel 192 Absatz 1 AEUV ergänzt hat. Nach Auffassung der Kommission ist diese Änderung nicht gerechtfertigt, weil alle betroffenen Angelegenheiten vollständig in den Geltungsbereich von Artikel 207 AEUV fallen.

Zum Umfang der vorläufigen Anwendung des CETA:

15. Erklärung des Rates: Der Rat der Europäischen Union bestätigt, dass die vorläufige Anwendung nur für Angelegenheiten gilt, die in den Zuständigkeitsbereich der EU fallen.

16. Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen: Der Rat der Europäischen Union erklärt, dass sein Beschluss, insoweit er die vorläufige Anwendung von Bestimmungen auf dem Gebiet der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen durch die EU vorsieht und insoweit dieses Gebiet in die geteilte Zuständigkeit der EU und ihrer Mitgliedstaaten fällt, die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen ihnen auf diesem Gebiet nicht berührt und die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, ihre Zuständigkeiten gegenüber Kanada oder einem anderen Drittland in nicht von diesem Abkommen erfassten Angelegenheiten auszuüben.

17. Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung des Arbeitnehmerschutzes: Der Rat der Europäischen Union erklärt, dass sein Beschluss, insoweit er die vorläufige Anwendung von Bestimmungen auf dem Gebiet des Arbeitnehmerschutzes durch die EU vorsieht und insoweit dieses Gebiet in die geteilte Zuständigkeit der EU und ihrer Mitgliedstaaten fällt, die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen ihnen auf diesem Gebiet nicht berührt und die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, ihre Zuständigkeiten gegenüber Kanada oder einem anderen Drittland in nicht von diesem Abkommen erfassten Angelegenheiten auszuüben.

Zu Beschlüssen des Gemischten CETA-Ausschusses:

18. Erklärung der Kommission: Es sei festgehalten, dass es unwahrscheinlich ist, dass in naher Zukunft ein Beschluss zur Änderung des CETA und eine vom Gemischten CETA-Ausschuss anzunehmende bindende Auslegung des CETA erforderlich sein werden. Daher beabsichtigt die Kommission nicht, gemäß Artikel 218 Absatz 9 einen Vorschlag zur Änderung des CETA oder zur Annahme einer bindenden Auslegung des CETA vorzulegen, bevor das Hauptverfahren vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht abgeschlossen ist.

19. Erklärung des Rates und der Kommission: 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.

Zur Beendigung der vorläufigen Anwendung des CETA:

20. Erklärung des Rates: Falls aufgrund der Entscheidung eines Verfassungsgerichts oder nach Abschluss anderer Verfassungsverfahren und förmlicher Notifizierung durch die Regierung des betreffenden Staates die Ratifizierung des CETA auf Dauer und endgültig scheitert, muss und wird die vorläufige Anwendung beendet werden. Die erforderlichen Schritte werden gemäß den EU-Verfahren unternommen werden.

21. Erklärung Deutschlands und Österreichs: Deutschland und Österreich erklären, dass sie als Vertragsparteien des CETA ihre Rechte aufgrund Artikel 30.7 Absatz 3 Buchstabe c des CETA ausüben können. Die erforderlichen Schritte werden gemäß den EU-Verfahren unternommen werden.“

Auf die erneuten Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, die damit begründet wurden, dass die Maßgaben aus dem Urteil vom 13.10.2016 mit diesen Erklärungen nicht eingehalten worden seien, erkannte der Senat im Beschluss vom 7.12.2016 (BVerfGE 144, 1) dahin, dass die Bundesregierung die im Urteil formulierten Maßgaben vor ihrer Zustimmung zu den Beschlüssen über die Unterzeichnung und die vorläufige Anwendung von CETA durchaus umgesetzt habe (s. BVerfGE 144, 1, Rn. 21). Insbesondere habe sie keiner vorläufigen Anwendung des Abkommens in Bezug auf im Urteil vom 13. Oktober 2016 aufgeführte Sachmaterien, die die nationale Zuständigkeiten mitbetrafen, zugestimmt. Eine etwaige Berührung der Verfassungsidentität durch Kompetenzausstattung und Verfahren des Ausschusssystem sei ebenfalls nicht zu befürchten, da die Erklärung Nr. 19 des Rates und der Mitgliedstaaten dahingehend auszulegen sei, dass bei einer etwaigen Beschlussfassung des Gemischten Ausschusses im Rahmen der vorläufigen Anwendung des Abkommens alle mitgliedstaatlichen Belange berücksichtigt würden (BVerfGE 144, 1 Rn. 30). Schließlich hätten Deutschland und Österreich in der Erklärung Nr. 21 festgestellt, dass sie als Vertragsparteien von CETA ihre Rechte aufgrund Art. 30.7 Abs. 3 Buchstabe c CETA ausüben könnten, so dass das Recht zur einseitigen Beendigung der vorläufigen Anwendung gewährleistet sei (BVerfGE 144, 1 Rn. 31 f.).

In dem abschließenden Hauptsachebeschluss des BVerfG vom 9.2.2022 befand der Senat, dass bei der vorläufigen Anwendung von CETA kein *ultra vires* Handeln des Rats festzustellen sei. Die Beschränkungen, die aus den o.g. Erklärungen zu dem

Ratsbeschluss für die vorläufige Anwendung folgen, stellten sicher, dass weder ein ultra vires Akt noch ein Verfassungsidentitätsverstoß vorliege (ebda. Rn. 177, 186). Die Reichweite der vorläufigen Anwendung werde durch die Erklärungen auf die EU-Zuständigkeiten begrenzt (vgl. ebda. Rn. 179 ff). Eventuelle Grenzüberschreitungen durch Ausschussbeschlüsse werden als nicht gegeben angesehen, weil die Erklärungen Nr 19 sicherstelle, dass solche Entscheidungen einvernehmlich getroffen werden „wodurch die Zustimmung des deutschen Ratsvertreters sichergestellt wird“ (ebda. Rn. 185). Die Verfassungsidentität sei auch nicht berührt. Zwar anerkennt das BVerfG bezüglich der insoweit bestrittenen demokratischen Legitimation des Ausschusswesens in CETA (Rn. 189 ebda.), dass, auch wenn „der Gemischte Ausschuss seine Beschlüsse einvernehmlich trifft (Art. 26.3 Abs. 3 CETA), er daher Beschlüsse nicht gegen die Stimme der Europäischen Union fassen kann, es insoweit doch keine gesicherte Einflussmöglichkeit der Bundesrepublik Deutschland [gibt] (vgl. BVerfGE 143, 65 <97 Rn. 63>). Es erscheint daher denkbar, dass deutsche Stellen jedenfalls von unmittelbaren Einflussmöglichkeiten insoweit gänzlich ausgeschlossen werden, so dass eine personelle und sachliche Legitimation der Ausschusstätigkeit durch die Mitwirkung deutscher Hoheitsträger ebenso unmöglich wäre wie ihre Verantwortlichkeit gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern (vgl. BVerfGE 143, 65 <96 f. Rn. 62>).“ Das BVerfG sieht daher eine Einflussnahme nur mittelbar über die Vorbereitung des Standpunkts in dem nach Art 218 Abs. 9 AEUV vorgesehenen Ratsbeschluss als gegeben an, obschon der Rat grundsätzlich nur mit qualifizierter Mehrheit beschließt (BVerfG vom 9.2.2022, Rn. 190). „Die demokratische Legitimation und Kontrolle derartiger Beschlüsse erscheint mit Blick auf Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG zweifelhaft“ (ebda Rn 190). Das BVerfG lässt dies aber dahinstehen „weil durch die den Beschluss über die vorläufige Anwendung vom 28. Oktober 2016 flankierenden Einschränkungen in den Erklärungen Nr. 18 und Nr. 19 zum Ratsprotokoll eine Berührung des Demokratieprinzips ausgeschlossen ist. Zum einen hat die Europäische Kommission ausweislich der Erklärung Nr. 18 zugesichert, während der vorläufigen Anwendung jedenfalls bis zu einer abschließenden Entscheidung des

Senats keinen Vorschlag gemäß Art. 218 Abs. 9 AEUV zur Änderung oder zur Annahme einer bindenden Auslegung von CETA vorzulegen. Zum anderen folgt aus Entstehungsgeschichte und Kontext der Erklärung Nr. 19, dass der von der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten im Gemischten Ausschuss einzunehmende Standpunkt zu einem Beschluss dieses Gremiums immer einvernehmlich festgelegt wird. Das setzt eine Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union voraus, so dass eine etwaige Berührung der Verfassungsidentität (Art. 79 Abs. 3 GG) durch Kompetenzausstattung und Verfahren des Ausschusssystems während der vorläufigen Anwendung von CETA nicht zu besorgen ist (vgl. BVerfGE 144, 1 <16 f. Rn. 30>).“, so BVerfG vom 9.2.2022, Rn 191. Es komme daher auf die im EuGH, Gutachten 2/15 zum Handelsabkommen mit Singapur zum Ausdruck gebrachte andere Beurteilung des EuGH über die „mitgliedstaatlichen Kompetenzen im Bereich des internationalen Seeverkehrs, der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen und des Arbeitsschutzes“, die von der des Senats im Urteil BVerfGE 143, 65 abweicht, nicht an (so BVerfG, Beschluss vom 9.2.2022, Rn. 195). Die Kompetenzabgrenzung insoweit zwischen EU und Mitgliedstaaten ist demnach nicht abschließend zwischen EuGH und BVerfG geklärt.

Aus dieser Entwicklung der einschlägigen CETA Judikatur des BVerfG und des EuGH lässt sich entnehmen, dass somit bislang nicht zur Entscheidung des BVerfG die verfassungsrechtliche Bewertung des vollständigen Inkrafttretens von CETA gestanden hat, also einschließlich des Investitionsgerichtsmechanismus und der diesbezüglichen Ausschusskompetenzen. Dazu wurden keine Aussagen getroffen, insbesondere mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen aus dem GG an die Zustimmung Deutschlands und seine Mitwirkung am Abschluss des CETA insgesamt, wie auch mit Blick auf den unter die deutsche Zuständigkeit fallenden Teil des CETA. Die damals zu beurteilende vorläufige Anwendung umfasste nur den von EU-Zuständigkeiten erfassten Teil CETAs und sollte die nationalen Zuständigkeiten nicht berühren, was durch die benannten Erklärungen zum Ratsprotokoll anlässlich

der Unterzeichnung von CETA festgehalten wurde. Auch hat das BVerfG seine Einschätzungen auf die vorläufige Anwendung bezogen; die verfassungsrechtlichen Fragen mögen sich für die endgültige Inkraftsetzung wegen der dann umfassend aktivierten Ausschuss- und Gerichtszuständigkeiten anders einschätzen lassen.

Somit sind die hier noch näher aufzuwerfenden verfassungsrechtlichen Fragen der Anforderungen an die Zustimmung von Bundestag und Bundesrat zu CETA insgesamt und die weitere deutsche Mitwirkung an seinem Abschluss im Lichte einerseits des Rechts auf Demokratie der Beschwerdeführer, das sich aus Art. 38 GG ergibt, und andererseits des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG noch nicht entschieden. Generell hat sich das BVerfG noch nicht zu den Verfassungsfragen gemischter EU-Abkommen geäußert.

II. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

1. Parteifähigkeit

Die Beschwerdeführer sind allesamt als natürliche Personen parteifähig, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG. Da eine Verletzung des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gerügt wird, wird darauf hingewiesen, dass es sich bei allen Beschwerdeführern um Wahlberechtigte im Sinne dieser Verfassungsbestimmung handelt.

2. Beschwerdegegenstand

a) Hauptantrag 1: Das Vertragsgesetz zur Zustimmung zu dem Abschluss des CETA

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen den im Sachverhalt dargelegten Gesetzesbeschluss des Bundestags vom 1.12.2022 mit Zustimmung des Bundesrats vom 16.12.2022, mit dem (zumal ohne weitere Einschränkungen oder Maßgaben) in Art. 1 des Vertragsgesetzes die Zustimmung zum Abschluss des CETA zum Ausdruck gebracht wird. Das Gesetz ist mittlerweile auch ausgefertigt und verkündet in BGBl. 2023 Teil II, No. 9. Nach tradierter Rechtsprechung kann ein Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag – und das CETA ist als gemischtes Abkommen nicht nur ein Rechtsakt der EU, sondern auch ein völkerrechtlicher Vertrag Deutschlands – mit seiner Verabschiedung Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein, auch schon vor Inkrafttreten des Gesetzes (s. BVerfG, Beschluss vom 9.2.2022, BVerfGE 160, 208, Rn. 155; BVerfGE 24, 33 (53f.); 123, 267 (329); 153, 74 (Rn 94)). Das gleiche muss gelten, wenn das Gesetz zwar schon formal in Kraft ist, seine innere Wirkung der Herbeiführung einer völkerrechtlichen Bindung indes noch nicht eingetreten ist.

Damit liegt ein Akt deutscher öffentlicher Gewalt vor, der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden kann, und zwar im gesamten Umfang.

Zwar könnte bei einer formalen Betrachtung zwischen der Zustimmung zu dem nationalen Teil des CETA und der damit zugleich zum Ausdruck kommenden zum EU-Teil zu trennen sein. Das CETA als gemischtes Abkommen besteht ideell aus einem EU-Teil und einem nationalen Teil, wobei die Abgrenzung, wie oben erläutert,

stark umstritten ist. Formal stimmt der BT beim Vertragsgesetz zu einem gemischten EU Abkommen nach einer verbreiteten Sichtweise nur dem nationalen Teil zu (so etwa Schorkopf, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017, S. 220, Rn. 194). Diese Sichtweise würde jedenfalls in vorliegendem Fall verkennen, dass das hier angefochtene VertragsG sich auf das ganze CETA bezieht

- dem BT und dem BR wurden nicht nur Teile von CETA zur Zustimmung vorgelegt, auch hat er in seiner Zustimmung sich nicht nur auf Teile von CETA bezogen, vgl. wiederum BT-Drs. 20/3443 und dessen Begründung und zugehörige Denkschrift; im Anhang der Drs. ist der vollständige CETA Text wiedergegeben, allerdings ohne das gemeinsame Auslegungsinstrument -

und auch beziehen muss, weil Deutschland völkerrechtlich als Vertragspartei mit Inkrafttreten für das ganze Abkommen einsteht und auch einstehen muss (pacta sunt servanda). So sind die Ausschussbeschlüsse von den Parteien umzusetzen. Daran ändert auch Art. 1.1 CETA und die drin enthaltene Begriffsbestimmung von „Vertragspartei“ nichts. Vertragsparteien sind demnach „die EU oder ihre Mitgliedstaaten oder die EU und ihre Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer sich aus [dem EU-Primärrecht] ergebenden Zuständigkeiten“; doch lässt das gerade offen, inwieweit die Bundesrepublik nun genau nur für bestimmte Teile einstehen müsste. Die interne Abgrenzung bleibt offen; es liegt somit nicht der Fall vor, dass der anderen Vertragspartei eine Erklärung über die unterschiedlichen Zuständigkeiten und über die Abgrenzung zwischen EU und Mitgliedstaaten übergeben wurde. Ferner steht jeder Vertragspartei die Beendigung der vorläufigen Anwendung (Art. 30.7 lit c CETA) und des ganzen Abkommens zu (Art. 30.9 CETA); sie ist nicht auf „ihre“ Zuständigkeit begrenzt, was die umfassende Vertragsparteistellung Deutschlands bekräftigt. Auch das BVerfG ging in seinem Urteil zu CETA (BVerfGE 143, 65, Rn. 72) von einer einseitigen Beendigungsmöglichkeit der Bundesrepublik bzgl der vorläufigen Anwendung von CETA aus (diese Position wurde anschließend völkerrechtlich den anderen Parteien gemäß der Auflage des BVerfG ebda auch notifiziert), was nach der oben zitierten Trennungsbetrachtung nicht möglich wäre, ihr jedenfalls widerspricht.

Eine rechtliche Betrachtung der Zustimmung nur im Sinne der auf die unionale Zuständigkeitsverteilung zurück zu führenden ideellen Trennung von nationalen und

unionalen CETA-Vertragsteilen bliebe unvollständig. Sie würde die völkerrechtlichen Konsequenzen der Zustimmung des Bundestags zur Ratifikation ausblenden. Des Weiteren würde sie die Problematik der Beurteilung des politischen Charakters eines völkerrechtlichen Abkommens nach Art. 59 II GG verschärfen, weil dann konsequenterweise nur auf die Regelungen, die unter die nationale Zuständigkeit fallen, abgestellt werden dürfte. Allein schon infolge der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Bundesrepublik auch für den unter die (ggf geteilte oder ausschließliche) EU-Zuständigkeit fallenden Abkommensteil ist die Einholung einer Zustimmung des Bundestags zu dem gesamten Abkommenstext verfassungsrechtlich geboten.

Die vollständige völkerrechtliche Bindung Deutschlands an CETA ist nicht EU-rechtswidrig. Unionsrecht steht dem nicht entgegen, da die Sperrwirkung nationaler Betätigung im Bereich ausschließlicher EU-Zuständigkeit nach Art. 2 Abs. 1 AEUV nicht die verfassungsrechtlich aufgrund völkerrechtlicher Haftung ausgelösten nationalen parlamentarischen Mitwirkungspflichten beeinträchtigen kann. Für letzteres kann zum einen die wechselseitige Unionstreue nach Art. 4 Abs. 3 AEUV herangezogen werden, die die EU verpflichtet, die unionsrechtlich notwendige nationale Mitwirkung an dem Abschluss des gemischten Abkommens auch im Hinblick auf die verfassungsrechtlich notwendige Befassung nationaler Parlamente mit dem gesamten Abkommen nicht zu unterlaufen. Der EuGH betont die Verpflichtung von EU und Mitgliedstaaten zu enger Zusammenarbeit bei gemischten Abkommen bei den Verhandlungen und beim Vertragsschluss.

EuGH, Gutachten 2/91 (ILO) , Slg. 1993, I-1061, Rn. 36. Zur Einordnung dieser Aussage unter das Loyalitätsgebot vgl. Timmermanns, in EuGH (Hrsg.), *The Court of Justice and the Construction of Europe*, 2013, 659 (670).

Gemischte Abkommen sind – auch wenn der EuGH auf die Unterscheidung der Verfahrensschritte auf EU bzw nationaler Ebene besteht (EuGH, Rs. C-28/12, ECLI:EU:C:2015:282, Rn. 46 ff) - ein Gesamtgeschehen von EU und Mitgliedstaaten (Weiß, DöV 2016, 537). Mit diesem Charakter ist ein Vorwurf der Verletzung des Art. 2 Abs. 1 AEUV bei nationaler Befassung mit, ja der nationalen Zustimmung zu den unter unionale Zuständigkeit fallenden Abkommensteilen nicht vereinbar. Zum

anderen gebietet die Achtung der nationalen Verfassungsstrukturen nach Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV, die Zuständigkeit der nationalen Parlamente für die Eingehung umfangreicher völkerrechtlicher Verantwortlichkeiten zu respektieren. Mit diesen Geboten ist einem Einwand, schon die bloße Befassung des Bundestags in seinem Beschluss vom 1.12.2022 mit dem ganzen CETA-Abkommen, und damit auch seinem unionalen Teil, sei unionsrechtswidrig, zu begegnen. Für das Recht der nationalen Staatsorgane, sich mit dem gesamten Vertrag zu befassen und ihm insgesamt zuzustimmen, spricht ferner die Eigenstaatlichkeit und eigene Souveränität Deutschlands und die vom BVerfG betonte Notwendigkeit der Selbstbehauptung der Mitgliedstaaten als Völkerrechtssubjekte im internationalen Handelsgeschehen (dazu BVerfGE 123, 267 (418 ff)).

Die im Vertragsgesetz ausgedrückte Zustimmung von BT und Bundesrat ist damit nicht nur die Einwilligung dazu, dass Deutschland im Kreise der Mitgliedstaaten an das CETA (soweit nationale Kompetenz die Grundlage ist) gegenüber Kanada gebunden ist, sondern erklärt damit auch ein Einverständnis zum CETA im übrigen, soweit es als EU-Rechtsakt auf EU-Zuständigkeiten beruht und legitimiert die nationale Mitwirkung daran. Beides geht Hand in Hand und lässt sich nicht trennen.

Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, dass zu CETA, soweit es von der EU-Zuständigkeit abgedeckt sei, aus unionsrechtlichen und auch verfassungsrechtlichen Gründen (wegen des Integrationsauftrags im GG in Art. 23 GG) ohnehin vom Bundestag hätte zugestimmt werden müssen, selbst wenn dadurch Verfassungsrecht verletzt würde. Denn der Vorrang des Unionsrechts und daraus folgende Pflichten für nationale Staatsorgane finden in dem verfassungsrechtlichen Grundrecht der Beschwerdeführer aus Art. 38 iVm. Art. 20, 23 I, 79 III GG ihre Grenze, die die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle des Handelns deutscher Staatsorgane auf ultravires Akte und Wahrung der Verfassungsidentität begründen.

Der Verfahrensgegenstand ist hier auf diese Zustimmung begrenzt, auch wenn die gesetzliche Zustimmung zu einem völkerrechtlichen Vertrag mit diesem eine Einheit bildet. Der CETA-Vertrag ist noch nicht in Kraft, gleichwohl entfaltet das Gesetz

aber schon Rechtswirkung, weil es den für die deutschen Staatsorgane maßgeblichen verfassungsrechtlichen Schritt zur Herstellung einer völkerrechtlichen Bindung Deutschlands darstellt, deren weitere anschließende Verfahrensschritte (Ausfertigung und Hinterlegung der Ratifikationsurkunde) wie angemerkt keine inhaltliche Veränderung mehr mit sich bringen, sondern die Zustimmung umsetzen. Die Beschränkung der Beschwerde auf das Zustimmungsgesetz steht im Einklang mit der Judikatur des BVerfG (BVerfGE 153, 74, Rn. 93).

Soweit sich aus der Judikatur des BVerfG desweiteren ergibt, dass Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen taugliche Beschwerdegegenstände einer Verfassungsbeschwerde sind, wenn sie Regelungen enthalten, die unmittelbar in die Rechtsphäre des einzelnen eingreifen, was auch für völkerrechtliche Verträge zur Weiterentwicklung der Europäischen Union und zur Errichtung und Änderung von zwischenstaatlichen Einrichtungen, die in einem Ergänzungs- oder sonstigen besonderen Näheverhältnis zur Europäischen Union stehen, gilt,

BVerfG: Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen Zustimmungsgesetze zu ESM- und IGA-Änderungsübereinkommen, NVwZ 2023, 336 Rn. 76 ff. mwN., ferner BVerfGE 6, 290 (294f.); 40, 141 (156); 84, 123, 148 (170).

so wird dazu zusammen mit der für die Überprüfung eines Zustimmungsgesetzes zu einem völkerrechtlichen Vertrag am Maßstab von Art. 23 GG zentralen Frage, ob durch das angegriffene Gesetz Hoheitsrechte auf die Europäische Union oder eine zwischenstaatliche Einrichtung, die zu dieser in einem Ergänzungs- oder sonstigen besonderen Näheverhältnis steht, übertragen werden, im Rahmen der Beschwerdebefugnis unten näher vorgetragen werden.

b) Hauptantrag 2: Die Mitwirkung (im Sinne einer Nichtablehnung) des deutschen Vertreters beim Abschluss des CETA im Rat der EU und die entsprechende Mitwirkung bei den im Rat vereinten Mitgliedstaaten

Die nach Maßgabe der Art. 207, 218 AEUV zu treffenden Beschlüsse, die der Rat in Wahrnehmung seiner Organzuständigkeit für die in Titel V des AEUV geregelten „Internationalen Übereinkünfte“ der Union verabschiedet (und das wird auch bezüglich erfolgen), sind Unionsrechtsakte, die grundsätzlich keine tauglichen Beschwerdegegenstände im Verfahren der Verfassungsbeschwerde sind (BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juni 2016 – 2 BvR 322/13, Rn. 8; zuvor BVerfGE 129, 124 (175 f.); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 97). Allerdings können solche Rechtsakte mittelbar Gegenstand der Überprüfung durch das BVerfG sein, und zwar als Vorfrage der Beurteilung der Verfassungskonformität der deutschen Mitwirkung hieran, sofern sie die Grundrechtsberechtigten in Deutschland betreffen und aus der Integrationsverantwortung folgende Reaktionspflichten deutscher Verfassungsorgane auslösen (BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juni 2016 – 2 BvR 322/13, Rn. 9; BVerfGE 134, 366 (394 ff., Rn. 44 ff.); 135, 317 (393 f., Rn. 146).

Die Beschwerdeführer wenden sich nicht unmittelbar gegen den (bevorstehenden) Ratsbeschluss über den Abschluss des CETA, sondern gegen die in ihrem Inhalt infolge der erteilten Zustimmung zu CETA bereits jetzt absehbare Mitwirkung Deutschlands bei diesem Beschluss im Sinne einer Zustimmung und Förderung des Inkrafttretens von CETA. Sie sind der Auffassung, dass dieser Ratsbeschluss und die entsprechende Mitwirkung bei den im Rat vereinten Vertretern der Mitgliedstaaten damit mittelbar einen tauglichen Überprüfungsgegenstand bilden, weil nach ihrem – unten im einzelnen dargelegten – Vortrag eine deutsche fördernde Mitwirkung hieran und die Nichtbefolgung der aus der Integrationsverantwortung fließenden Reaktionspflicht deutscher Verfassungsorgane zu einer Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts der Beschwerdeführer aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG führen.

Diese Verletzung kann nur durch eine Ablehnung von CETA im Rat und im Rahmen der im Rat vereinten Mitgliedstaaten verhindert werden. Denn auch eine bloße Stimmenthaltung würde die für ein gemischtes Abkommen jedenfalls im Rahmen der vereinten Mitgliedstaaten erforderliche Einstimmigkeit nicht verhindern können.

Wie im Rat kann der deutsche Vertreter einen einstimmigen Beschluss nur durch Ablehnung verhindern.

Schiffbauer, Mehrheitserfordernisse für Abstimmungen im Rat über TTIP, CETA & Co., EuZW 2016, S. 252 ff.; *Obwexer/Hummer*, in: Streinz, EUV/AEUV Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 238 AEUV, Rn. 27; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 238 AEUV, Rn. 5.

Der Ratsbeschluss und der zugleich gefasste Beschluss der im Rat vereinten Mitgliedstaaten über den Abschluss des CETA ist der abschließende Verfahrensschritt zum Inkrafttreten des CETA als gemischtes Abkommen, nach EU-Recht vorgesehen in Art. 207 Abs. 4 UAbs. 1 AEUV, Art. 207 Abs. 3 iVm 218 Abs. 5 AEUV, damit das CETA als Abkommen in Kraft treten und für Deutschland als Mitgliedstaat verbindlich wird, gemäß Art 216 Abs. 2 AEUV, soweit das CETA EU-Rechtsakt ist, und gemäß Art. 30.7 Abs. 2 und Abs. 4 CETA für das völkerrechtliche Inkrafttreten auch der unmittelbaren Bindung Deutschlands.

Mit diesem Beschluss über den Abschluss wird die Betroffenheit der Beschwerdeführer endgültig ausgelöst, weil dies der letzte Schritt zum Inkrafttreten von CETA ist. Die Zustimmung des Europäischen Parlament (EP) gemäß Art 218 Abs. 6 AEUV ist dem vorgelagert und bereits erfolgt. Infolge der Bindung aus der Unterzeichnung des CETA und der Zustimmung des EP wie der Staaten wird die EU alsbald den formalen Abschlussbeschluss im Rat treffen.

Das Wirksamwerden des Abkommens im Außenverhältnis zu Kanada steht damit bevor und entfaltet im Innenverhältnis der Union nicht mehr einseitig zu ändernde Rechtsbindungen. Zwar ist der Beschluss noch nicht getroffen worden. Er liegt aber wie oben geschildert im Entwurf bereits vor. Der Entwurf wird aktiviert, sowie die letzten noch ausstehenden Mitgliedstaaten ihre Zustimmung zu CETA erteilen werden. Nach der Zustimmung Deutschlands werden die anderen Staaten voraussichtlich zügig folgen.

Zum Stand der Ratifikationen

<https://carleton.ca/tradenetwork/research-publications/ceta-ratification-tracker/>

Da der Ratsbeschluss inhaltlich bereits festliegt, und der Bundestag und Bundesrat ihre Zustimmung zu CETA erteilt haben, ist damit auch bereits die Art der Mitwirkung des deutschen Regierungsvertreters in dem Rat bzw bei den dort vereinten Mitgliedstaaten bei diesem Beschluss absehbar: Es wird eine Zustimmung erfolgen. Inhaltlich ist die deutsche Ratsmitwirkung bei diesem Beschluss mit dem Zustimmungsgesetz von Bundestag (BT) und Bundesrat abschließend festgelegt. Ebenso, wie das BVerfG das beschlossene Vertragsgesetz vor Inkrafttreten zum zulässigen Beschwerdegegenstand erklärt, um rechtzeitige Kontrolle VOR Eintreten einer völkerrechtlichen Verpflichtung zu ermöglichen, muss dies auch für die auf das Vertragsgesetz folgende inhaltlich vorhersehbare, durch dieses Gesetz inhaltlich bestimmte, festgelegte Mitwirkung des deutschen Regierungsvertreters im Rat bzw im Rat vereinten Mitgliedstaaten gelten. Andernfalls droht die Rechtzeitigkeit der verfassungsgerichtlichen Prüfung auf dieser Ebene vereitelt zu werden.

Es ist anerkannt, dass vorbeugender Rechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht gewährt werden kann, wenn andernfalls nicht mehr korrigierbare Folgen eintreten, BVerfGE 1, 396 (413); 74, 297 (318 ff.); 97, 157 (164); 108, 370 (385); 112, 363 (367); 123, 267 (329); 134, 366 (391 f., Rn. 34).

Die derzeit bestehende gewisse Unwägbarkeit der weiteren zeitlichen Abläufe auf EU-Ebene kann nicht zulasten der Beschwerdeführer gehen. Entscheidend muss sein, dass der Inhalt der deutschen Mitwirkung im Rat mit dem verabschiedeten Zustimmungsgesetz feststeht. Die Zustimmung von BT und Bundesrat ist damit nicht nur die Einwilligung dazu, dass Deutschland im Kreise der Mitgliedstaaten, also bei ihren im Rat versammelten Vertretern, dem CETA (soweit nationale Kompetenz die Grundlage ist) zustimmt. Sondern sie erklärt damit implizit auch ein Einverständnis zur weiteren deutschen Mitwirkung im Rat als EU-Organ und bei den vereinten Vertretern der Mitgliedstaaten bezüglich CETA als EU-Rechtsakt und völkerrechtlichem Abkommen. Beides, die Zustimmung im Rat durch den deutschen Vertreter und im Rahmen der dort vereinten Mitgliedstaaten, geht Hand in Hand und lässt sich

wiederum nicht trennen. Daher wird hier beides als Streitgegenstand der „deutschen Mitwirkung“ beim Abschluss von CETA zusammengefasst.

Inhaltlich ist diese weitere Mitwirkung durch das Vertragsgesetz vorbestimmt, da BT und Bundesrat dem CETA ohne Einschränkung, Vorbehalte oder dergleichen zustimmen. Sie treffen keine weiteren Maßgaben oder Anforderungen an die weitere deutsche Mitwirkung bei Abschluss des CETA. Das ergibt sich auch aus der damit angenommenen EntschlieÙung (BT-Drs. 20/3443), zu der auch der Bundesrat konsenterte (Anhang zu BRts-Drs 639/22). Denn darin hat, wie oben erläutert, der BT unter Ziffer II einige Feststellungen getroffen, was seine Beteiligung an der weiteren Entwicklung von CETA durch Ausschussbeschlüsse angeht. Insoweit verweist der BT auf seine Mitwirkungsrechte nach Art. 23 Abs. 3 GG und EUZBBG und auf die Ausübung seiner Integrationsverantwortung. Unter Ziffer III. formuliert er einige Forderungen an die Bundesregierung im Hinblick auf „zusätzliche Berichtspflichten“, was hier nicht weiter ausgeführt werden muss. Zentral ist, dass BT, wie auch der Bundesrat, damit zum Ausdruck bringen, dass sie für die Mitwirkung bzw. Zustimmung Deutschlands im Rat bzw. im Rahmen der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten keine weitere Anforderungen an die Bundesregierung formulieren oder dieser verpflichtend auferlegen. Insbesondere fehlt hier jegliche Aufforderung, im Rahmen dieser Zustimmung und Mitwirkung Deutschlands beim Abschluss des CETA irgendwelche Erklärungen oder Beschlüsse der Staaten oder des Rates zu erreichen, etwa zur Sicherstellung der Einstimmigkeit im Rat bzw der Mitgliedstaaten bei Beschlüssen der CETA-Ausschüsse oder in deren Vorfeld im Rahmen der Ratsbeschlussfassung zur Festlegung des EU/Mitgliedstaaten-Standpunkts nach Art 218 Abs. 9 AEUV. Dies wird mithin nicht als erforderlich angesehen. Insbesondere bringt die BT-EntschlieÙung in Ziffer II. Punkt 5 zum Ausdruck, dass die Erklärung 19 zum Ratsprotokoll beim Beschluss über die Unterzeichnung von CETA, die – s.o. – für das BVerfG eine zentrale Rolle für die Verfassungsmäßigkeit von CETA einnahm, nicht nur für die Zeit der vorläufigen Anwendung gelte, sondern nach Ansicht des BT „auch für die Zeit nach dem vollständigen Inkrafttreten“.

Damit wird deutlich, dass mit der BT-Zustimmung somit auch die BReg in ihrer weiteren Mitwirkung beim Abschluss von CETA als EU Rechtsakt und als völkerrechtlicher Vertrag keinerlei weiteren Maßgaben unterliegt; es ist somit inhaltlich festgelegt, dass es mit einer Zustimmung der deutschen Regierung im Rat bzw in den im Rat vereinten Mitgliedstaaten ohne weitere Einschränkungen sein Bewenden haben wird.

Dass der BT in Ziffer I. 3. Absatz der EntschlieÙung die Absicht der BReg „begrüÙt“ „die Verabschiedung einer Interpretationserklärung des Gemeinsamen CETA Ausschusses auf den Weg“ zu bringen bezüglich Investitionsschutz und Regulierungskooperation, ergänzt das Bild der unbedingten, ohne weiteres erfolgenden Zustimmung Deutschlands. Damit ist bereits jetzt erkennbar, dass dieses deutsche Mitwirken im Rat und im Rahmen der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten die noch darzulegende Rechtsverletzung der Beschwerdeführer fortsetzt. Es stellt daher einen eigenen Beschwerdegegenstand dar.

c) Hauptantrag 3: Unterlassen des Bundestags

Die Verfassungsbeschwerde wendet sich in Antrag 3 auch gegen das Unterlassen des Bundestags, die aus der Integrationsverantwortung zu ziehende Notwendigkeit eines Einschreitens gegen bestimmte Inhalte des CETA und zur Sicherung verfassungsmäßiger Rechte zu befolgen. Der Bundestag hat CETA zugestimmt, und dabei die oben beschriebene EntschlieÙung angenommen, und es damit unterlassen, seine Integrationsverantwortung im Sinne einer Herstellung und Sicherung hinreichender demokratischer Legitimation von CETA in allen seinen Bestandteilen, wie sie aus dem grundrechtsgleichen Recht der Beschwerdeführer aus Art 38 I 1 GG iVm Art 20, 23 I, 79 III GG folgt, wahrzunehmen. Der BT hat seine aus der Integrationsverantwortung fließende Pflicht zur Abwehr von Kompetenzüberschreitungen und von Verletzungen der Verfassungsidentität der Bundesrepublik nicht wahrgenommen. Eine Stellungnahme, die die Bundesregierung zur Herbeiführung von die Verfassungsrechte wahren den Erklärungen im Ratsprotokoll beim Abschluss des CETA

verpflichtet hätte, hat der Bundestag nicht formuliert, obschon er dazu verfassungsrechtlich verpflichtet gewesen wäre. Das gleiche gilt für das Unterlassen, erweiterte Beteiligungsrechte des Bundestags bezüglich der Festlegung des vorherigen Standpunkts vor Fassung von CETA-Ausschussbeschlüssen (soweit sie Vertragsänderungen, -auslegungen, Regelsetzung oder den Austausch der Investitionsgerichtsbarkeit betreffen) gesetzlich festzuschreiben und seine Mitwirkung an der Auswahl der Richter*innen des CETA-Gerichts festzulegen

d) (Hilfs)Antrag 4): Umsetzung des CETA

Die Verfassungsbeschwerde wendet sich im Antrag 4 noch – sozusagen als Folge der unzulässigen deutschen Mitwirkung – gegen die sich daran anschließende Umsetzung des Abkommens und allfälliger Folgebeschlüsse und Entscheidungen seiner darin eingesetzter Ausschussgremien und Investitionsgerichte in Deutschland. Dieser Antrag wird zugleich als Hilfsantrag gestellt für den Fall, dass die ersten drei als unzulässig oder unbegründet abgelehnt werden.

e) Antrag 5): Wiederherstellung eines verfassungsmäßigen Zustands

Schließlich sind die Verfassungsorgane, die den hier zugrunde gelegten Verfassungsverstoß verantworten, aus der Integrationsverantwortung und den verfassungsrechtlichen Pflichten zur Abstellung von Grundrechtverstößen zu verpflichten, die nötigen, ihnen zu Gebote stehenden Maßnahmen zu treffen, die einen verfassungsmäßigen Zustand wieder herstellen, auch mit Blick auf den hier vorgetragenen Gleichheitsverstoß zu Lasten des Beschwerdeführers zu 2). Da ein Gleichheitsverstoß dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten zur Beseitigung belässt, können die vorzunehmenden Maßnahmen hier nicht abschließend bezeichnet werden.

3. Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdeführer machen zum einen eine Verletzung ihres grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 20, Art. 79 Abs. 3 GG durch die Beschwerdegegenstände geltend. Die Verletzung ist in einer nicht den Anforderun-

gen des Art 23 Abs. 1 an demokratische Legitimation gerecht werdenden Hoheitsausübung zu sehen, soweit es um CETA als EU-Rechtsakt geht. Die EU nimmt mit dem Abschluss von CETA Hoheitsrechte wahr, insbesondere durch deren Weitergabe, die nicht demokratisch hinreichend legitimiert sind, wozu das Vertragsgesetz seine Hand reicht. Soweit es CETA als völkerrechtlichen Vertrag aus nationaler Zuständigkeit betrifft, ergeben sich die gleichen, nicht eingehaltenen Anforderungen an die Hoheitsübertragung aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG infolge der Anwendung von Art. 23 Abs. 1 iVm. Art. 79 Abs. 3 GG, alternativ aus Art. 24 Abs. 1 GG (falls der Senat für die deutsche Mitwirkung an CETA als völkerrechtlichem Vertrag auf Unanwendbarkeit von Art 23 GG insoweit erkennt). Wie noch näher dargelegt wird, gelten die gleichen Anforderungen für die Zustimmung bei Art. 23 wie bei Art. 24 GG, so dass es auf die Frage der Zuordnung der Zustimmungszuständigkeit nicht ankommt, obschon hier vorgetragen wird, dass sich die Kriterien nach Art. 23 GG bestimmen.

Zum anderen macht der Beschwerdeführer zu 2) eine Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG geltend.

Die Möglichkeit dieser Grundrechtsverletzungen wird nachfolgend näher dargelegt, ausgehend von vorangestellten Analysen zu den Gehalten des aus dem Wahlrecht fließenden Rechts auf Demokratie im Kontext von deutscher Mitwirkung bei EU-Hoheitsausübung und Zustimmung zu gemischten Abkommen und dann konkretisiert mit Blick auf die demokratischen Legimitationsanforderungen insoweit bei Ausübung von EU-Zuständigkeiten durch den Abschluss von CETA und die darin liegenden Hoheitsübertragungen durch Deutschland an die CETA Vertragsgremien. Nach Ansicht der Beschwerdeführer sind diese Legimitationsanforderungen hier nicht eingehalten und somit ihr Recht auf Demokratie verletzt.

a) CETA als EU-Akt: Gehalte des Rechts aus Art 38 I 1 GG iVm Art 20, 23 I, 79 III GG

aa) Recht auf Demokratie und Wahrung der Verfassungsidentität bei der Begründung und der Ausübung von EU-Zuständigkeiten

Der Abschluss des CETA ist zunächst – bei ideell getrennter Betrachtung des gemischten Abkommens – ein EU Hoheitsakt, der auf der Ausübung von EU-Zuständigkeiten nach Artikel 43 Absatz 2, Artikel 91, Artikel 100 Absatz 2, Artikel 153 Absatz 2, Artikel 192 Absatz 1 sowie Artikel 207 beruht (so Präambel zum Ratsbeschluss 2017/37 zur Unterzeichnung von CETA). Verfassungsrechtlich sind bei der deutschen Mitwirkung bei der Ausübung von EU-Zuständigkeiten die Anforderungen des GG zur Sicherung einer hinreichenden demokratischen Legitimation der EU-Hoheitsakte zu wahren. Diese ergeben sich aus Art. 23 GG; das gilt auch für den Abschluss eines gemischten Abkommens der EU als EU-Hoheitsakt, dh unzweifelhaft jedenfalls soweit das Abkommen in die EU-Zuständigkeit fällt. Für ein gemischtes Abkommen gilt grundsätzlich, dass bei Gegenständen des Abkommens, die im Kompetenzbereich der Union angesiedelt sind, und bei denen die Union Vertragspartner des Drittstaats wird, die Beteiligung deutscher Verfassungsorgane sich nach Art. 23 GG bestimmt; es handelt sich unproblematisch um Angelegenheiten der Europäischen Union im Sinne des Art. 23 Abs. 2 GG.

Streinz, Disputes on TTIP, in: Herrmann/Simma/Streinz (Hrsg.), Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship, 2015, S. 271 (289 ff.).

Mit dem Maastricht-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht anerkannt, dass Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG nicht nur ein formales Wahlrecht zum Deutschen Bundestag vermittelt, sondern den dahinter stehenden grundlegenden Gehalt dieses Rechts gewährleistet, BVerfGE 89, 155 (171 f.), nämlich das Recht auf Teilhabe an demokratischer Legitimation von in Deutschland ausgeübter Hoheitsgewalt („Recht auf Demokratie“). Als grundrechtsgleiches Recht auf Mitwirkung an der demokratischen Selbstherrschaft des Volkes bezieht sich sein Gewährleistungsbereich auf Strukturveränderungen im staatsorganisationsrechtlichen Gefüge, wie sie bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union eintreten können (vgl. BVerfGE 142, 123 (190)), und nach Überzeugung der Beschwerdeführer hier mit der Zustimmung zum Abschluss des CETA bzw der unterbliebenen Abwehr seines bevorstehenden Inkrafttretens auch in damit unvereinbarer Weise eintreten. Art. 38 Abs. 1

Satz 1 GG gewährt ein Recht des wahlberechtigten Bürgers, dass die Verfassungsorgane dafür sorgen, dass die mit dem Vollzug des Integrationsprogramms ohnehin schon verbundenen Einflussknicke und Einschränkungen seines "Rechts auf Demokratie" nicht weitergehen, als sie durch die zulässige Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union gerechtfertigt sind, und der Bürger keiner politischen Gewalt unterworfen wird, der er nicht ausweichen kann und die er nicht prinzipiell personell und sachlich zu gleichem Anteil in Freiheit zu bestimmen vermag (vgl. BVerfGE 142, 123 (209)).

Bezogen auf die europäische Integration hat das Gericht im Maastricht-Urteil ausgeführt – BVerfGE 89, 155 (187 f.):

„Weil der wahlberechtigte Deutsche sein Recht auf Teilnahme an der demokratischen Legitimation der mit der Ausübung von Hoheitsgewalt betrauten Einrichtungen und Organe wesentlich durch die Wahl des Deutschen Bundestages wahrnimmt, muss der Bundestag auch über die Mitgliedschaft Deutschlands in der Europäischen Union, ihren Fortbestand und ihre Entwicklung bestimmen. [...] Entscheidend ist, dass die Mitgliedschaft der Bundesrepublik Deutschland und die daraus sich ergebenden Rechte und Pflichten – insbesondere auch das rechtsverbindliche unmittelbare Tätigwerden der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Rechtsraum – für den Gesetzgeber voraussehbar im Vertrag umschrieben und durch ihn im Zustimmungsgesetz hinreichend bestimmbar normiert worden sind (vgl. BVerfGE 58, 1 (37); 68, 1 (98 f.)). Das bedeutet zugleich, dass spätere wesentliche Änderungen des im Unions-Vertrag angelegten Integrationsprogramms und seiner Handlungsermächtigungen nicht mehr vom Zustimmungsgesetz zu diesem Vertrag gedeckt sind ... Würden etwa europäische Einrichtungen oder Organe den Unions-Vertrag in einer Weise handhaben oder fortbilden, die von dem Vertrag, wie er dem deutschen Zustimmungsgesetz zugrunde liegt, nicht mehr gedeckt wäre, so wären die daraus hervorgehenden Rechtsakte im deutschen Hoheitsbereich nicht verbindlich. Die deutschen Staatsorgane wären aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert, diese Rechtsakte in Deutschland anzuwenden. Dementsprechend prüft das

Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen (vgl. BVerfGE 58, 1 (30 f.); 75, 223 (235, 242)).“ Neben dieser Kontrolle auf Einhaltung der übertragenen Hoheitsgewalt (sog ultra vires Kontrolle) übt das BVerfG auch eine inhaltliche Kontrolle dahingehend aus, ob die EU-Hoheitsgewalt bzw die Zustimmung oder anderweitige Mitwirkung deutscher Staatsorgane hieran und deren unterbliebene Gegenwehr hiergegen, zu Hoheitsakten führt, die die Verfassungsidentität der Bundesrepublik verletzen. Das Bundesverfassungsgericht überprüft im Rahmen der Identitätskontrolle, ob eine Maßnahme eines Organs der Europäischen Union Auswirkungen hat, die die durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungsidentität berühren (BVerfGE 142, 123 (Rn 137)). Dahinter steht, dass eine solche Maßnahme nicht auf einer wirksamen primärrechtlichen Grundlage bestehen kann, weil der Bundesgesetzgeber selbst mit der Mehrheit des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG keine Hoheitsrechte übertragen darf, deren Inanspruchnahme die von Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungsidentität berühren würde, BVerfGE 142, 123 (Rn. 134, 138). Dabei gilt, dass Art. 79 Abs. 3 GG eine „absolute Grenze“ errichtet: Berührt die Anwendung von Unionsrecht die in Art. 79 Abs. 3 GG verankerten Identitätsmerkmale, hilft eine Abwägung mit Unionsinteressen nicht weiter. Die Identitätsmerkmale des Art. 79 Abs. 3 GG sind abwägungsresistent, BVerfGE 123, 267 (348); E 142, 123 (Rn. 153). Die Identitätskontrolle des Bundesverfassungsgerichts steht nach alledem in fester Übung.

Der Schutz der Verfassungsidentität nach Art. 23 gebietet eine demokratische Legitimation der EU-Hoheitsakte und verbietet eine Selbstentäußerung des Deutschen Bundestags. Auch wenn die daraus fließenden Anforderungen an die demokratische Struktur der EU nicht identisch zu denen unter dem Grundgesetz sind (BVerfGE 123, 267, 368), gebieten sie doch gewisse Mindestanforderungen demokratischer Legitimation, auf deren Beachtung der Bürger über Art 38 Abs. 1 GG ein Recht hat. Art. 23 GG formuliert damit neben den (u.a.) demokratischen Bedingungen für die deutsche Mitwirkung an der EU und für die demokratische Legitimationsvermittlung

durch den deutschen Integrationsgesetzgeber auch demokratische Anforderungen an die Ausgestaltung der Union selbst (BVerfGE 123, 267(356, Rn. 244)). Die EU muss im Hinblick auf ihre Hoheitszuständigkeiten, Organe und Entscheidungsverfahren über ein hinreichend demokratisches Legitimationsniveau verfügen, auch im Hinblick auf den „Grad der Verselbständigung von Entscheidungsverfahren“ (BVerfGE 123, 267, 364). Der EU können Hoheitsrechte nicht so weitgehend übertragen werden, dass dem Deutschen Bundestag keine eigenen Befugnisse von substantiellem Gewicht mehr verbleiben. Das schränkt – im Interesse der Wahrung der nationalen Souveränität - nicht nur den Umfang der übertragbaren Hoheitsgewalt ein (die generelle Kompetenz-Kompetenz kann nicht übertragen werden), sondern verbietet auch eine unbestimmte Hoheitsübertragung und stellt Anforderungen an die Entscheidungsverfahren der autonomen EU-Gewalt und – das muss für die Weiterübertragung von Hoheitsgewalt durch die EU auf in EU Abkommen eingerichtete Ausschussysteme gleichermaßen gelten - auch an die Entscheidungsverfahren von durch die EU eingesetzten autonomen Entscheidungsgremien. Die Bestimmtheitsanforderungen, deren nähere Bestimmung im supranationalen Kontext noch nicht abschließend verfassungsgerichtlich erfolgt ist (BVerfGE 153, 74, Rn. 106; Rn 110: „ohne hinreichende Begrenzung“), verbieten jedenfalls Blankettermächtigungen; die gesetzliche Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG fordert eine – der Form des Gesetzes als Übertragungsakt auch gemäße - inhaltliche Bestimmtheit der Übertragung (BVerfGE 123, 267, 351, Rn. 236). Die Anforderungen an die Bestimmtheit der Übertragung dürfen andererseits nicht zu hoch angesetzt werden, weil die Errichtung einer Integrationsgemeinschaft eine Dynamik ihrer politischen und damit auch rechtlichen Entwicklung impliziert. Daher genügt es, wenn zumindest das Integrationsprogramm erkennbar und hinreichend bestimmt ist (BVerfGE 123, 267, 350, 352). Die Bestimmtheitsanforderung an die Übertragung dient ihrer demokratischen Legitimation und sichert die unionale Bindung an den Grundsatz begrenzter Einzelermächtigung. Die Wahrung der begrenzten Einzelermächtigung erfordert in der Sicht des BVerfG in bestimmten Fällen eine Sicherung,

die „verfahrensrechtlich über das in den Verträgen vorgesehene Maß hinaus“ (BVerfGE 123, 267, 370) geht. In diesen Fällen erfordert die Sicherung eines demokratischen Legitimationsniveaus den Einbezug des Bundestags in die Ausübung von EU-Zuständigkeiten. Als solche Fälle wurden zum einen die Ausübung wenig bestimmter EU-Zuständigkeiten, zum anderen die Zuständigkeiten der EU zur autonomen Veränderung des Primärrechts (Aktivierung von vereinfachten Änderungsmöglichkeiten der EU-Verträge; Brückenklauseln, die keine erneute Ratifikation erfordern) angesehen. Die Nutzung dieser Zuständigkeiten bedarf daher eines vorherigen Bundestagsbeschlusses oder gar eines Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 GG (BVerfGE 123, 267, 355 f., 384 ff). Die Ausübung wenig bestimmter EU-Zuständigkeiten durch die EU erfordert die Begleitung durch den Bundestag, damit der Bundestag im Rahmen seiner Integrationsverantwortung darüber wachen kann, ob das Integrationsprogramm des Zustimmungsgesetzes durch EU-Akte überschritten oder in einer Weise entfaltet wird, die die Grenzen der Integrationsermächtigung durch die parlamentarische Zustimmung nach Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG verletzt (BVerfGE 142, 123 (Rn. 139)). Für die demokratische Legitimation der Hoheitsübertragung auf die EU und deren anschließende Ausübung durch die EU ist maßgeblich, dass der Bundestag weiterhin „im Mittelpunkt eines verflochtenen demokratischen Systems“ steht (BVerfGE 123, 267, 371). Die nur abgeleitete Hoheitsgewalt der EU ist für die deutsche Verfassungsordnung erst durch die Rückführbarkeit des gesamten Integrationsgeschehens auf Zustimmungsakte des Bundestags und Bundesrats, zentral dabei die Zustimmungsgesetze zu den primärrechtlichen Verträgen, wirksam (BVerfGE 142, 123 (Rn 120)).

Aus grundgesetzlicher Sicht wird durch die in Art. 23 Abs. 1 GG geregelten oder daraus abgeleiteten Mechanismen die demokratische Legitimation von Hoheitsausübung der EU über den Bundestag und Bundesrat vermittelt. Diese Vermittlung demokratischer Legitimation für übertragene Hoheitsausübung über den Bundestag und Bundesrat behält zentrale Bedeutung auch für die demokratische Legitimation von Hoheits(weiter)übertragung durch die EU auf völkerrechtliche Gremien. Das

BVerfG hat anerkannt, dass auch supranationale Legitimationsstränge – also allen voran durch das Europäische Parlament – zur Legitimation von EU-Hoheitsakten beitragen und diese stützen kann, dass dies aber nichts an der Notwendigkeit einer Legitimation durch hinreichend bestimmte Ermächtigung des Bundestags als Integrationsgesetzgeber ändert (BVerfGE 142, 123 (Rn 131). Aus dem Recht auf Demokratie aus Art. 38 GG folgt damit aber auch eine Anforderung auch für die EU-Ebene selbst; nur eine hinreichend demokratisch legitimierte Union und damit eben solche Organe dürfen Hoheitsgewalt ausüben (vgl. BVerfGE 151, 202, 286 – Bankenunion).

Hinsichtlich der primärrechtlichen Brückenklauseln war für das BVerfG in seiner Bewertung des Lissabon-Vertrags problematisch, dass sie eine Änderung der deutschen Mitwirkung im Rat ermöglichen durch einen Wechsel zu Mehrheitsabstimmungen, weil sich dadurch die Verselbständigung der Entscheidungsverfahren in der EU erhöht. Es war deshalb nicht mehr sicher vorhersehbar, ob die aus deutscher Sicht gebotene Zurechenbarkeit jedes Hoheitsaktes der EU an die Zustimmung des Bundestags zum Primärrecht und damit das demokratische Legitimationsniveau der EU-Hoheitsgewalt in jedem Einzelfall gesichert war (BVerfGE 123, 267, 390).

bb) Recht auf Demokratie und Wahrung der Verfassungsidentität auch bei Hoheitsweitergabe auf beschlussfassende Vertragsorgane und auf eine Investitionsgerichtsbarkeit

Beide Argumentationsstränge zugunsten verstärkter parlamentarischer Begleitung von Hoheitsübertragung und -ausübung, nämlich der der unzureichenden Bestimmtheit und der der Verschiebung von Organzuständigkeiten hin zu größerer Verselbständigung und Strukturveränderungen, greifen auch bei der Einsetzung beschlussfassender, autonom entscheidender Vertragsorgane wie der im CETA vorgesehenen Ausschüsse ein. Dasselbe gilt für die Einsetzung autonom und abschließend entscheidender Gerichtsbarkeit.

Denn zum einen erfolgt die Errichtung von und die Hoheitsübertragung auf Vertragsorgane durch die EU auf einer wenig bestimmten Rechtsgrundlage im EUV/AEUV: Dass die EU in ihren kompetenzgemäß eingegangenen Abkommen auch beschlussfassende Ausschüsse einsetzen kann, ist im Primärrecht nirgends ausdrücklich geklärt (außer für Assoziierungen); Hinweise darauf, dass die EU das darf, ergeben sich aus Art 218 Abs. 6 und insbesondere Art. 218 Abs. 9 AEUV, wo aber nicht ausdrücklich geregelt ist, welche Art der Hoheitsgewalt übertragbar ist und in welchen Grenzen. Es herrscht insoweit also große Unbestimmtheit, zumal der EuGH sich hierzu nie explizit geäußert hat. Zum anderen werden die Beschlüsse der Vertragsgremien für die EU in einem vereinfachten Verfahren verbindlich (bloße Ratsbeschlussfassung nach Art. 218 Abs. 7, 9 AEUV); für die dadurch entstehenden zunächst völkerrechtlichen Pflichten findet nicht, wie sonst bei der Begründung völkerrechtlicher Pflichten in der Handelspolitik, das ordentliche Vertragsschlussverfahren Anwendung, das gemäß Art 218 Abs. 6 AEUV die Zustimmung des Europäischen Parlaments erfordert. Die Einrichtung von Vertragsorganen mit eigenen Beschlussfassungszuständigkeiten im CETA ist damit Ausdruck einer weiteren Verselbständigung von EU-Hoheitsgewalt, die demokratische Kontrollanforderungen auslöst. Denn die Übertragung von Zuständigkeiten an Vertragsorgane zur eigenständigen Wahrnehmung ohne Rückbindung an Organe der Vertragsparteien ist eine Form der Delegation von Hoheitsgewalt. Es handelt sich um einen neuen Weg, EU-Recht zu erlassen.

So auch P. J. Kuijper, in Neframi/Gatti (eds), *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, 2018, 201 (225); G. de Baere, in Schütze/Tridimas (Hrsg.), *Oxford Principles of EU Law*, Band I, 2018, 1234 (1246); A. Rosas, in Czuczai/Naert (Hg), *The EU as a Global Actor*, 2017, 365 (378): Art 218 (9) “is about norm-creation”.

Denn der EuGH sieht die Beschlüsse von Vertragsgremien als integrierende Bestandteile des Unionsrechts an.

EuGH, 14 November 1989, Case 30/88, *Hellenic Republic v Commission of the European Communities* ECLI:EU:C:1989:422, Rn. 13. N. Lavranos, *Legal Interaction between Decisions of International Organisations and European Law*, 2004, S. 35 ff, 53, 93

Die Vorgaben des Art. 23 GG bestätigen damit die Berechtigung und Notwendigkeit von Anforderungen an die demokratische Legitimation von Hoheitsrechtsübertragung in Form des Bestimmtheitsgebots und der demokratischen Absicherung selbständiger Entscheidungsmechanismen durch die Notwendigkeit ergänzender parlamentarischer Begleitung der Betätigung von Vertragsgremien, auf die Hoheitsgewalt übertragen wurde, zumal wenn und weil das mit der Veränderung von sonst anwendbaren EU-Entscheidungsverfahren (oder nationalen Entscheidungsverfahren) einhergeht. Es ist somit grundgesetzlich infolge Art. 23 Abs. 1 GG geboten, dass die Errichtung von Vertragsorganen mit erheblichen Zuständigkeiten dadurch ordnungsgemäß demokratisch legitimiert ist, dass keine unspezifischen Zuständigkeiten übertragen werden, und dass ihre Ausübung einer parlamentarischen Kontrolle unterliegt, deren konkretes Ausmaß abhängt von der Gewichtigkeit der Befugnisse und insbesondere bei rechtsetzungsnahen und vertragsändernden Befugnissen von Ausschüssen greift, die klassischerweise parlamentarischer Zuständigkeit unterliegen.

Die vorstehenden Überlegungen gelten auch für beschlussfassende, zur Entscheidung berufene Vertragsgremien in Form von in völkerrechtlichen Abkommen der EU eingerichteten, hierzu abschließend entscheidenden Gerichten. Die EU nimmt für sich die Zuständigkeit in Anspruch, im Rahmen ihrer internationalen Kompetenzen auch internationale Gerichte einzurichten (so gerade mit Blick auf CETA bejaht von EuGH, Gutachten 1/17, Rn. 106). Das ist unionsrechtskonform, wenn und weil dieses Gericht nur zur Auslegung und Anwendung der jeweiligen Übereinkunft berufen ist (ebda). Das insoweit auf nationaler wie auch auf EU-Zuständigkeit fußende CETA (der EuGH hat im Singapur-Gutachten 2/15 die auch nationale Zuständigkeit für Investitionsgerichte bejaht) etabliert ein vom EuGH Gutachten 1/17, Rn. 107 ff für zuständigkeits- und primärrechtskonform angesehenes Investitionsgerichtssystem, das zu abschließender Entscheidung über die Verletzung von Investitionsschutzstandards nach CETA durch EU und/oder Mitgliedstaaten, wie etwa durch eine direkte oder indirekte Enteignung oder eine unfaire Behandlung oder nach anderen, vom zuständigen Gemischten CETA Ausschuss

nach Art. 8.10 Abs. 3 CETA noch vorzusehenden Standards, berufen ist und geschädigten Investoren Schadensersatz zusprechen kann. Die endgültigen Urteile sind vollstreckbar und können, wenn die Verfahren nach ICSID Regeln betrieben wurden (Art. 8.23 Abs. 2 a) CETA), nicht mehr von einem nationalen Gericht überprüft werden (Art. 8.41 Abs. 6 CETA iVm Art 54 ICSID Konvention; dazu näher unten). Darin kommt somit eine verbindliche, ja in den nationalen Rechtsraum hineingreifende Entscheidungszuständigkeit zum Ausdruck, die CETA dem Investitionsgericht verleiht. Der Eingriff in den nationalen Rechtsraum liegt zum einen in der Verdrängung der nationalen, deutschen Justizzuständigkeit nach Wahl des Investors (kein vorrangiger Primärrechtsschutz; nur fakultativer Sekundärrechtsschutz) und zum anderen in der nicht gegebenen Möglichkeit, diese Entscheidung eines nicht-deutschen Gerichts bei ihrer Vollstreckung in oder gegen Deutschland auf Einhaltung grundlegender Anforderungen der deutschen Rechtsordnung zu überprüfen.

Auch insoweit ist grundgesetzlich infolge Art. 23 Abs. 1 GG geboten, dass die Errichtung eines solchen Investitionsgerichts mit abschließenden, erheblichen Entscheidungszuständigkeiten ordnungsgemäß demokratisch legitimiert ist, dass also auch insoweit Hoheitsausübung demokratisch in einer den Anforderungen des GG gerecht werdenden Weise legitimiert wird. Dazu zählt auch, dass die Entscheidungszuständigkeiten des Gerichts nicht in einer unspezifischen, etwa durch unbestimmte Klauseln ausweitbaren Weise übertragen werden, und dass seine Funktion im Hinblick auf demokratische Legitimation der Richter einer hinreichenden demokratischen, insbesondere parlamentarischen Kontrolle unterliegt.

In diesen Vorgaben bezieht sich die Kontrollaufgabe des Bundesverfassungsgerichts darauf, ob Handlungen in Umsetzung der EU-Kompetenzen und damit in Form der in CETA vorgesehenen Beschluss-/Entscheidungsfassungszuständigkeiten der Ausschüsse und des Investitionsgerichts den nicht übertragbaren Kern der deutschen Verfassungsidentität berühren (Identitätskontrolle) und/oder auf hinreichend qualifizierten Kompetenzüberschreitungen beruhen (Ultra-vires-Kontrolle).

Beides kann im Rahmen einer wegen Verletzung des Rechts aus Art 38 I GG erhobenen Verfassungsbeschwerde gerügt werden. Das erfolgt hier.

b) CETA als völkerrechtlicher Vertrag/nationaler Akt: Gehalte des Rechts aus Art 38 I 1 GG

Sodann ist der Abschluss des CETA – wiederum bei ideell getrennter Betrachtung des gemischten Abkommens – ein nationaler Hoheitsakt in Form eines von den Mitgliedstaaten in ihrer Hoheit mit Kanada abgeschlossenen völkerrechtlichen Vertrags, der den der EU mit Kanada ergänzt und in diesen integriert ist. Gemischte Abkommen werden deshalb geschlossen, weil sich deren Inhalt über den der Union eingeräumten Kompetenzbereich hinaus erstreckt. Für gemischte Abkommen werden zwei voneinander jedenfalls formal trennbare Ratifikationen benötigt: die Ratifikation der Union für den Bereich ihrer Zuständigkeiten (in deren Organ Rat die Mitgliedstaaten insoweit bei der Beschlussfassung mitwirken) und die Zustimmung der EU-Mitgliedstaaten als Nationalstaaten für die ihnen zugeordneten Kompetenzen. Erstere ist nach Art. 23 GG zu betrachten, die verfassungsrechtliche Behandlung letzterer ist streitig. Art. 23 Abs. 1 GG stellt sich zwar als Spezialregelung für europäische Angelegenheiten dar, kann die allgemeine Regelungen der Art. 59 Abs. 2 GG und der Hoheitsübertragung nach Art. 24 Abs. 1 GG aber nur soweit verdrängen, wie sie sachlich einschlägig ist. In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass Art. 23 Abs. 1 GG einschlägig ist, wenn der deutsche Gesetzgeber Hoheitsgewalt auf die Europäische Union überträgt oder wenn er Hoheitsgewalt auf eine juristische Person überträgt, die der EU eingegliedert ist. Darüber hinaus kann Art. 23 Abs. 1 GG Anwendung finden, wenn Hoheitsgewalt auf zwischenstaatliche Organisationen übertragen wird, die im thematischen Umfeld der Union wirken, von dieser aber zu unterscheiden sind, BVerfGE 135, 317 (Rn. 150).

Das CETA ist als gemischtes Abkommen auch ein Rechtsakt, der auf nationalen Zuständigkeiten beruht und einen völkerrechtlichen Vertrag der Bundesrepublik mit

anderen Staaten darstellt, wie er grundsätzlich nach den Regeln des Art. 59 GG abzuschließen ist. Kommt es dabei zu Hoheitsübertragung, ist Art. 24 Abs. 1 GG einschlägig als verfassungsrechtliche Grundlage, es sei denn Art. 23 als *lex specialis* für Hoheitsübertragung auf die EU oder in einem Vertrag in Nähe und Ergänzung dazu, greift ein. Alle diese Regeln führen zur Notwendigkeit einer parlamentarischen Zustimmung, wie sie der BT und Bundesrat vorliegend zu CETA erteilt haben.

aa) **Parallelität der Anforderungen des Rechts auf Demokratie bei Hoheitsübertragung nach Art. 24 Abs. 1 GG zu der nach Art. 23 Abs. 1 GG**

Auch bei Hoheitsübertragung nach Art. 24 GG und bei völkerrechtlichen Zustimmungsgesetzen sind indes stets die Grenzen des Art 79 Abs. 3 GG einzuhalten: Die Verfassungsidentität darf nicht aufgegeben werden, weder durch Eingehen einer völkerrechtlichen Bindung, noch durch Hoheitsübertragung innerhalb oder außerhalb des Rahmens der Europäischen Integration. Die verfassungsrechtlich geschützten demokratischen Mindestanforderungen selbst für Verfassungsänderungen sind auch hier zu beachten. Die deutschen Staatsorgane dürfen sich ebenso wenig wie im Rahmen der EU-Integration soweit ihrer Souveränität entäußern, dass das demokratische Wahlrecht und die damit gesicherte Teilhabe entleert wird. Es darf keine für und in Deutschland bindende Hoheitsgewalt geben, die nicht über das Wahlrecht nach Art 38 Abs. 1 GG legitimiert ist. Insoweit gehen von völkerrechtlichen Abkommen nicht weniger geringe Gefahren für die Demokratie aus: Gesetzesvertretende Abkommen können nach ihrem völkerrechtlichen Inkrafttreten nur mehr mit Zustimmung anderer Staaten geändert werden und daher nicht mehr länger allein autonom durch Änderung der nationalen Gesetze. In völkerrechtlichen Abkommen vereinbarte Standards etwa für Produkte, Grenzwerte schädlicher Substanzen und dergleichen sind daher weniger flexibel änderbar. Eine damit eingegangene völkerrechtliche Bindung schränkt den Gesetzgeber daher nicht weniger ein als Festlegungen auf EU-Ebene durch EU-Hoheitsakte. Zwar kann Völkerrecht vom Parlament überschrieben werden (dh Deutschland kann sich innerstaatlich über die Bindungen aus völkerrechtlichen Abkommen hinwegsetzen), doch führt dies einen Rechtsbruch auf

völkerrechtlicher Ebene herbei, der ggf empfindliche Nachteile (etwa Haftung) bis hin zu Problemen für die internationale Stellung der Bundesrepublik nach sich zieht. Diese Gefährdung demokratischer Prozesse erfolgt erst recht, wenn durch den Vertrag Hoheitsrechte zur eigenständigen Wahrnehmung durch in einem völkerrechtlichen Vertrag eingerichtete Vertragsgremien wie etwa Ausschüsse oder auch internationale Gerichte mit Befugnis zu abschließender Entscheidung übertragen werden. Das BVerfG hat die Übertragung von Rechtsprechungshoheit zu abschließender Entscheidung durchaus als Hoheitsübertragung nach Art. 24 Abs. 1 GG angesehen (so BVerfGE 149, 346, 366, Rn. 41). Diese übertragenen Rechte können anders als nationale Verfassungsänderungen nicht mehr ohne Weiteres zurückgeholt werden (BVerfGE 153, 74, Rn. 97). Eine damit überlassene selbständige Hoheitsausübung muss jedoch in einer Weise demokratisch legitimiert sein, die dem Recht auf Demokratie aus Art. 38 Abs. 1 GG, jedenfalls im Hinblick auf das durch Art 79 Abs. 3 GG gesicherte demokratische Minimum, entspricht. Eine Entäußerung durch unbestimmte Ausgestaltung der übertragenen Rechte oder weitreichende Hoheitsübertragung ohne hinreichende demokratische Legitimation wäre damit nicht vereinbar. Aufgrund der grundsätzlich vergleichbaren Gefährdung für die demokratische Teilhabe durch das Wahlrecht, die von völkerrechtlichen Abkommen ausgeht, die Hoheitsgewalt auf Vertragsgremien übertragen und verbindliche Gerichtszuständigkeiten einführen, muss verfassungsrechtlich das Gebot auf Wahrung der Demokratie auch insoweit bestehen. Konsequenterweise haben auch für die Übertragung nach Art 24 Abs. 1 GG dann Wahlberechtigte ein Recht auf Demokratie, wenn durch einen völkerrechtlichen Vertrag Hoheitsgewalt auf völkerrechtliche Gremien übertragen wird. Dieses Recht auf Demokratie und die daraus fließenden soeben geschilderten Anforderungen und Inhalte bestehen dann auch in demselben Umfang, der dem im Rahmen von Hoheitsübertragungen nach Art. 23 Abs. 1 GG entspricht. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn es bei der Hoheitsübertragung nicht nur um punktuelle, in einem abgrenzbaren Sachbereich stattfindende Hoheitsübertragungen nach

Art 24 Abs. 1 GG geht, sondern um eine Übertragung in einem Abkommen an zahlreiche Vertragsgremien mit autonomer Beschlussfassungszuständigkeit in unterschiedlichen Politikfeldern und auch noch an ein abschließend entscheidendes (Investitions)Gericht in ein und demselben Abkommen. Denn aus den erleichterten formalen Anforderungen des Art. 24 Abs. 1 GG im Vergleich zu Art 23 Abs. 1 GG bezüglich der Hoheitsübertragung (Zustimmung grundsätzlich ohne Bundesrat; einfache Mehrheit im Bundestag und keine 2/3 Mehrheit bei Verfassungsänderungen nötig), folgt, dass – selbst wenn man den Anwendungsbereich des Art 24 Abs. 1 GG anstelle Art 23 Abs. 1 GG für umfangreiche Hoheitsübertragung oder umfassende Integration der deutschen Hoheitsgewalt (und das auch noch im Kontext der Europäischen Integration, in dem sich das CETA und die Zustimmung hierzu bewegt), noch für einschlägig hält (ablehnend bzgl einer Heranziehbarkeit des Art 24 GG für Hoheitsübertragungen im Sinne einer „umfassenden Integration“ ohne Beschränkung auf „abgrenzbare Sachbereiche“ etwa Hillgruber, in Schmidt-Bleibtreu u.a., GG, 13. Aufl 2014, Art 24 GG, Rn. 22) – jedenfalls keine geringeren inhaltlichen Anforderungen bezüglich der demokratischen Legitimation erlaubt werden können als für Hoheitsübertragung nach Art. 23 Abs. 1 GG. Denn es geht um Wahrung des verfassungsänderungsfesten Minimums. Letztere Aussage widerspricht nicht der Feststellung des BVerfGE 153, 74, Rn. 127, wonach Art. 23 GG im Vergleich zu Art 24 GG stärkere, nicht nur prozedurale, sondern auch „materielle“ Einhegungen verankere. Dies war mit Blick auf die erweiterte „Verfassungsrelevanz“ bei Art 23 GG formuliert (ebda.); auch gibt Art. 23 Abs. 1 im Vergleich zu Art 24 GG etwa mit den Strukturanforderungen an die EU stärkere Einschränkungen für Hoheitsübertragung. Bezüglich des Kriteriums der Übertragung von Hoheitsgewalt hat das BVerfG später, in der ESM-Änderung-Entscheidung, die Parallelität von Art 23 GG und 24 GG hervorgehoben; es spricht für Art 23 GG nur noch von „erhöhten verfahrensrechtlichen Anforderungen“ (BVerfG, 2 BvR 1111/21 vom 13.10.2022, Rn. 89).

bb) Ohnehin: Art. 23 GG auch für den nationalen Teil von CETA maßgeblich

Unbeschadet dieser hier geltend gemachten Parallelität der verfassungsrechtlichen inhaltlichen Anforderungen an demokratische Legitimation und Wahrung der Verfassungsidentität auch bei Art. 24 Abs. 1 GG zu denen nach Art 23 Abs. 1 GG gehen die Beschwerdeführer ohnehin davon aus, dass auf die hier in Betracht stehende deutsche Zustimmung zu CETA, auch soweit es ein nationaler Hoheitsakt ist, Art. 23 Abs. 1 GG anzuwenden ist und nicht Art. 24 Abs. 1 GG. Denn in der Rechtsprechung des BVerfG anerkanntermaßen gelten die Anforderungen des Art 23 Abs. 1 GG auch für die Zustimmung zu Verträgen und darin liegende Hoheitsübertragungen im Näheverhältnis zum EU-Recht.

Art. 23 GG greift als Maßstabnorm zur Ermittlung der Anforderungen aus dem Recht auf Demokratie und Wahrung der Verfassungsidentität nicht nur ein, wenn Hoheitsrechte auf die EU selbst übertragen und ggf. auf wenig bestimmter, aber noch hinreichend bestimmbarer Grundlage von ihr ausgeübt werden (wie beim Abschluss eines EU-Abkommens auf der Grundlage von Art 207 AEUV), sondern auch, wenn im Kontext des EU-Rechts eine Übertragung von Hoheitsrechten durch Abkommen der Mitgliedstaaten erfolgt. Art. 23 ist auch für eine Übertragung auf andere Einrichtungen im Kontext der Europäischen Integration einschlägig. Ansatzpunkte für eine Bedeutung des Art. 23 über das Unionsrecht hinaus bietet bereits der Wortlaut des Art. 23 GG selbst. Art. 23 I 3 GG lässt sich entnehmen, dass nicht nur die Begründung der EU und jede Primärrechtänderung, sondern auch vergleichbare Regelungen (die eine inhaltliche Änderung oder Ergänzung des GG mit sich bringen oder nur ermöglichen) davon erfasst sind. Der Begriff der Angelegenheiten der EU in Art. 23 II GG wird nicht auf das Unionsrecht begrenzt, sondern darunter werden vom BVerfG alle völkerrechtlichen Verträge gefasst, die in einem Ergänzungs- oder sonstigen besonderen Näheverhältnis zum Unionsrecht stehen, so BVerfGE 131, 152, Ls. 1. Entschieden wurde das für den ESM-Vertrag, der die WWU ergänzt, aber auch für das EU-Patentgericht (BVerfGE 153, 74, Rn. 118). Nach letzterer Entscheidung liegt Art. 23 ein weites Verständnis der Europäischen Integration zugrunde, das

auch zwischenstaatliche Einrichtungen außerhalb des EU-institutionellen Rahmens umfassen kann (ebda Rn. 119). Das Wort „hierzu“ deutet darauf hin, dass jede im Rahmen des Integrationsprozesses erfolgende Hoheitsübertragung der Anwendbarkeit von Art. 23 Abs. 1 unterliegt (ebda Rn. 120). Die Hoheitsausweitung soll angesichts des bereits erreichten Stands der EU „erhöhten verfahrensrechtlichen Anforderungen unterworfen“ werden (ebda Rn. 121). Solche „funktional äquivalenten Satelliteneinrichtungen“ (ebda) liegen mit den von der EU und den MS gemeinsam errichteten Ausschüssen vor. Die EU und die MS werden durch die EU-Kommissionsvertreter in den Ausschüssen des CETA repräsentiert; das CETA als unionaler Rechtsakt und zugleich nationales völkerrechtliches Abkommen setzt die Vertragsgremien und eine Gerichtsbarkeit ein, in deren Beschlüssen bzw. bei deren Besetzung weitgehend alleine die EU auch mit Bindung für die Mitgliedstaaten mitwirkt. Die Beschlüsse der Vertragsgremien stellen anerkanntermaßen – wie erläutert – integrierende Teile der EU-Rechtsordnung dar und sind letztlich eine Art ergänzendes EU-Recht.

Als gemischte Abkommen setzen solche Verträge entsprechende *neue gemeinsame* Hoheitsträger ein. Solche Abkommen stehen in einem besonderen Näheverhältnis zum Unionsrecht, weil sie in Ausübung zentraler Unionskompetenzen eingegangen werden, von grundlegender Bedeutung für die Außen(wirtschafts)beziehungen nicht nur der EU und eng angebunden an das Integrationsprogramm (insb. die ausschließliche EU-Zuständigkeit nach Art. 207 AEUV für die Handelspolitik) sind, gleichzeitig aber über das Unionsrecht hinausgehen. Die vom BVerfG geforderte Gesamtbetrachtung für das Vorliegen des Näheverhältnisses und die Anwendung des Art. 23 GG stellt auf Inhalte, Ziele, Wirkungen, auf die Umsetzung eines Vorhabens durch Sekundärrecht, und schließlich auf den inhaltlichen Zusammenhang mit einem unionalen Politikbereich oder dem EU-Integrationsprogramm ab (BVerfGE 131, 152 (199); E 153, 74, Rn. 124 f). Das ist bei dem umfangreichen handelspolitischen Abkommen CETA gegeben, weil es Teile der EU-Integration wie den Binnenmarkt oder auch

die sonst in produkt- oder handelsrelevanter Gesetzgebung der EU erfolgende Standardsetzung auf die transatlantischen Beziehungen ausweiten will. So führt die Regulierungskooperation in CETA zu wechselseitigen Kontakten in und Teilhabe an der Rechtsetzung der anderen Partei. Zwar werden durch das CETA nicht die EU und ihre Organe selbst mit neuen Befugnissen betraut, doch sind letztere in die Funktion dieser Vertragsorgane wie dargelegt einbezogen: Im CETA vertritt die Kommission regelmäßig die EU in den CETA-Ausschüssen, und es ist die EU, die in diesen Ausschüssen mit Kanada zusammen Beschlüsse mit Relevanz für das Investitionsgericht annimmt und die Richterbanken besetzt (gemäß Art. 8.27 Abs. 2 CETA durch den Gemischten CETA-Ausschuss). Politische Herrschaft wird auf die Vertragsgremien und damit wiederum auch auf die EU verlagert (zumal wenn diese Vertragsgremien sich auch mit Angelegenheiten im Bereich nationaler Zuständigkeiten befassen), so dass auch das Ziel des Art. 23 Abs. 1 GG, solche Vorgänge im Kontext der Europäischen Integration den Anforderungen des Art. 23 GG zu unterwerfen

Dazu *Schorkopf*, in Bonner Kommentar, 153. EL August 2011, Art. 23, Rn. 65; *Streinz*, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 23, Rn. 56a. Vgl. auch *Schiffbauer*, Über Hoheitsrechte und deren „Übertragbarkeit“, AöR 2016, 551 (588 f).

für seine Anwendung auf CETA auch soweit es ein völkerrechtliches Abkommen ist, spricht.

Die (wohl nicht kumulativ zu erfüllenden) Kriterien von BVerfGE 153, 74, Rn. 124 f, dass die Unionsorgane das Vorhaben vorantreiben und in die Realisierung eingebunden sind, dass das CETA als völkerrechtlicher Vertrag allein zwischen den EU-Mitgliedstaaten abgeschlossen wird und dass es Unionsrecht ergänzt, weil die volle Verankerung der Zuständigkeit bei der EU verwehrt wurde, sind beim CETA alle gegeben.

Art. 23 GG hat somit eine Doppelrelevanz, zum einen für die Übertragung des Hoheitsrechts an die EU, ihre Hoheitsrechte an völkerrechtliche Gremien weiter zu geben, und seine Ausübung (dazu sogleich), zum anderen für die grundgesetzliche Bewertung der deutschen Mitwirkung an einem gemischten Abkommen, das neue Hoheitsträger einsetzt, in denen EU-Organe mitwirken. Die Relevanz von Art. 23 I GG

auch für die nationale Zustimmung zum CETA muss jedenfalls dann gelten, wenn die EU-Zuständigkeit nicht alle CETA-Ausschusszuständigkeiten abdeckt. Dies ist bei CETA auch der Fall, soweit Vertragsgremien mit Beschlussfassungszuständigkeiten sich auch im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten bewegen.

Das ist bei CETA gegeben für die allgemeine Auslegungskompetenz des Gemischten CETA-Ausschusses nach Art. 26.1.5 e) CETA, da sie sich auf das gesamte CETA bezieht; ferner für alle Beschlussfassungszuständigkeiten im Bereich des Investitionsschutzes bzw Investitionsgerichtsbarkeit, wie auch der EuGH im Singapur Gutachten anerkennt: Setzung von Verfahrensregelungen nach Art. 8.28.7 CETA durch den Gemischten CETA-Ausschuss etwa im Hinblick auf administrative und organisatorische Aspekte der Arbeitsweise des Berufungsgerichts; CETA-Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen nach Art. 8.44.2 und .3 b) CETA über einen Verhaltenskodex für die Richter und über Streitbeilegungs- und Transparenzregeln; oder für die Zuständigkeiten des Gemischten Ausschuss für die Anerkennung von Berufsqualifikationen/MRA-Ausschusses nach Art. 11.3 CETA. Neben dem Bereich der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen ist auch die EU-Zuständigkeit im Bereich internationaler Seeverkehr und Arbeitsschutz nicht umfassend (vgl. BVerfGE 143, 65 Rn. 52 ff.), so dass diese Bereiche betreffende Ausschusszuständigkeiten zur Änderung des CETA beim Gemischten CETA-Ausschuss nach Art. 26.1 Abs. 5 e) CETA oder zur Änderung der institutionellen Strukturen nach Art. 26.1.5 a), g) und h) CETA auch der nationalen Hoheit unterfallen.

Für die Begründung jener Ausschusszuständigkeiten ist neben der EU Zuständigkeit im Rahmen des gemischten CETA somit auch eine nationale Zuständigkeit betroffen, und damit bedarf die Mitwirkung Deutschlands an dieser Einrichtung von Hoheitsträgern zusammen mit der EU einer Hoheitsübertragung auf die CETA-Ausschüsse durch den Bundestag und den Bundesrat gemäß Art. 23 Abs. 1 GG (Dazu, dass hier Hoheit übertragen wird, sogleich unten). Die unionale Kompetenz genügt insoweit für die Begründung jener Ausschusszuständigkeiten nicht, da die Aus-

schüsse auch in Bereichen tätig werden, die zur nationalen Zuständigkeit zählen. Damit werden durch solche gemischten Abkommen die EU-Zuständigkeiten in Bereichen, in denen der EU schon erhebliche Zuständigkeiten gewährt wurden, ergänzt, gerade weil die EU-Zuständigkeiten insoweit nicht ausgebaut wurden (etwa weil Art. 207 AEUV bewusst nur auf Direkt- und nicht Portfolioinvestitionen bezogen wurde, und weil der EuGH im Singapur-Gutachten 2/15 die Investitionsschutzgerichtsbarkeit nicht alleine der EU nach Art 207 AEUV zugeschlagen hat). Das belegt den nahen inneren Zusammenhang des umfassende Handels- und Investitionsfragen gemeinsam regelnden CETA, einerseits, und dem EU-Integrationsprogramm andererseits. Es liegt daher – in den Worten des BVerfG – in dem Abschluss als gemischtes Abkommen eine Wahl der „völkerrechtlichen Koordination“ vor, weil „eine Verankerung [wir ergänzen: der umfassenden EU-Zuständigkeit in Art 207 AEUV insoweit] im Unionsrecht nicht die notwendige Mehrheit gefunden hat (BVerfGE 153, 74 Rn. 125). In diesem Lichte stellt sich insbesondere der Investitionsschutzteil des CETA wegen der Aufteilung der EU-Zuständigkeiten zwischen EU und Mitgliedstaaten im Investitionsschutz und der Investitionsgerichtsbarkeit als ein Abkommen in einem Näheverhältnis zur EU dar, weil damit die EU-Zuständigkeiten ergänzt werden, um insgesamt ein Investitionsschutzabkommen abzuschließen. Wegen einiger wie dargestellt damit verbundener, sich auch hierauf erstreckender und nicht trennbarer Ausschussbeschlussfassungszuständigkeiten hat auch der übrige in die nationale Zuständigkeit fallende CETA-Teil dieses Näheverhältnis, so dass die Zustimmung der Bundesrepublik und damit auch die Grenzen und Anforderungen hieran insgesamt nach Art 23 Abs. 1 GG zu bemessen sind.

Ferner gibt es ein letztes, die Zusammenhänge in den Blick nehmendes Argument, das für die Anwendung des Art 23 GG auf die deutsche Zustimmung zu CETA spricht: Die darin liegende Einrichtung solcher wie dargelegt umfassend zuständiger Ausschüsse stellt eine ganz neue Schicht der Errichtung in der Summe umfangreich zuständiger Hoheitsträger dar. Denn im nationalen Zuständigkeitsbereich werden

die Ausschüsse nicht auf der Basis der bisherigen bereits übertragenen Zuständigkeiten der EU errichtet. Zum anderen wird durch die Errichtung von Hoheitsträgern in Form der Vertragsgremien mit umfangreichen Zuständigkeiten zur Rechtsetzung und Vertragsänderung auch im nationalen Zuständigkeitsbereich und durch die Errichtung eines abschließend entscheidenden Investitionsgerichts die Reichweite des bisherigen Integrationsprogramms erheblich ausgeweitet, was die Anwendung von Art 23 GG auslöst (vgl BVerfGE 153, 74, Rn. 121). Die Integration wird auf eine neue Ebene gehoben, weil neue, letztlich auch nationale Hoheitsträger eingerichtet werden. Das löst das Zustimmungsbedürfnis aus Art 23 Abs. 1 GG aus (dazu bereits bezüglich CETA das BVerfG, Urteil vom 13.10.2016, Rn. 65.) Nationale Befugnisse werden auf neuartige Gremien übertragen. Neuartig sind diese Hoheitsträger, weil darin Drittstaaten in der Setzung auch die Mitgliedstaaten bindenden Rechts entscheidend, konstitutiv mitwirken. Zwar gab es schon früher Assoziationsräte und andere Vertragsgremien, die in gemischten Abkommen eingerichtet wurden und die bindende Rechtsakte erlassen, doch erfolgte diese Ausübung von Entscheidungstätigkeit aufgrund präziser Mandate in den jeweiligen (ggf gemischten) EU-Abkommen mit Drittstaaten und umfasste keine Zuständigkeit für Rechtsetzung oder gar Vertragsänderungen oder gar die Ersetzung eines kompletten Gerichtsmechanismus durch einen internationalen Investitionsgerichtshof, wie in Art. 8.29 CETA vorgesehen.

Auch die CETA-Gerichtsbarkeit steht in jenem spezifischen Näheverhältnis zur EU, das das Bundesverfassungsgericht für die Anwendbarkeit des Art. 23 GG verlangt. Die EU nimmt für sich die Zuständigkeit in Anspruch, im Rahmen ihrer internationalen Kompetenzen auch internationale Gerichte einzurichten, EuGH, CETA Gutachten 1/17, Rn. 106. Das ist unionsrechtskonform, soweit dieses Gericht auf die Auslegung und Anwendung der jeweiligen Übereinkunft, hier des Investitionsschutzkapitels im CETA, beschränkt ist. Eine zwischenstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit zur Überprüfung der Einhaltung von Investitionsschutzstandards, die ein Freihandelsabkommen wie das CETA aufstellt, das im Wesentlichen in die Handelszuständigkeit

der Union fällt, macht aber nur Sinn, wenn nicht allein die Union, sondern auch die Mitgliedstaaten als Gaststaaten kanadischer Investitionen auf die Erfüllung dieser Standards vor der zwischenstaatlichen Gerichtsbarkeit in Anspruch genommen werden können, bzw für die Nichterfüllung der garantierten Standards vor diesem Gericht zur Entschädigung gegenüber den Investor*innen des Sendestaates verurteilt werden können. Da mit dem Verzicht auf nationale Rechtswege und der Unterwerfung unter das ICS für den Fall, dass kanadische Investor*innen vor dem CETA-Gericht auf Schadensersatz oder Entschädigung klagen wollen, das dann zu einer abschließenden Entscheidung über die Verletzung von Investitionsschutzstandards nach CETA durch die Mitgliedstaaten befugt ist, die mitgliedstaatliche Rechtsprechungshoheit eingeschränkt wird, musste das CETA als gemischtes Abkommen geschlossen werden, da hier eine zwischen Union und Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit vorliegt. Die nationalen Zustimmungsgesetze zum CETA ergänzen damit den Vertrag iSd Rechtsprechung des BVerfG.

Die nationalen Zustimmungsgesetze schaffen auch funktionales Ersatzunionsrecht. Nach allgemeiner Meinung und gefestigter Rechtsprechung des Gerichts setzt die Primärrechtsäquivalenz einer durch völkerrechtliche Verträge eingerichteten zwischenstaatlichen Einrichtung ein besonderes Näheverhältnis zum Integrationsprogramm der Europäischen Union voraus. Das erforderliche Näheverhältnis muss aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller vorliegenden Umstände bestimmt werden, zu denen auch die Regelungsinhalte, Regelungsziele und Regelungswirkungen des betreffenden Vertrags herangezogen werden müssen. Für die Prüfung dieses besonderen Näheverhältnisses hat das Gericht ferner einen Kriterienkatalog aufgestellt: „Für ein Ergänzungs- oder sonstiges besonderes Näheverhältnis kann etwa sprechen, dass die geplante Einrichtung im Primärrecht verankert, das Vorhaben in Vorschriften des Sekundär- oder Tertiärrechts vorgesehen ist oder ein sonstiger qualifizierter inhaltlicher Zusammenhang mit dem Integrationsprogramm der Europäischen Union besteht. Dies gilt auch, wenn das Vorhaben (auch) von Organen der Europäischen

Union vorangetrieben wird oder deren Einschaltung in die Verwirklichung des Vorhabens – etwa im Wege der Organleihe – vorgesehen ist. Für ein qualifiziertes Ergänzungs- und Näheverhältnis spricht es darüber hinaus, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag ausschließlich zwischen Mitgliedstaaten der Europäischen Union abgeschlossen werden soll, wenn der Zweck des Vorhabens gerade im wechselseitigen Zusammenspiel mit einem der Europäischen Union übertragenen Politikbereich liegt und insbesondere dann, wenn der Weg der völkerrechtlichen Koordination gewählt wird, weil gleichgerichtete Bemühungen um eine Verankerung im Unionsrecht nicht die notwendigen Mehrheiten gefunden haben.

BVerfGE 153, 75 (Rn. 124 f.); 131, 152 (199f.).

In diesen bisher zum besonderen Näheverhältnis ergangenen Urteilen des Gerichts ging es zwar um völkerrechtliche Abkommen ausschließlich der Mitgliedstaaten, die als primärrechtlich nicht vorgesehener Anbau einmal die Währungsunion abfedern und ein einmal das Patentrecht vereinheitlichen sollten. Die den beiden Urteilen zugrundeliegenden Gedankenführungen lassen sich aber auf die nationalen Zustimmungsgesetze zum CETA übertragen. Das Gericht hat insoweit klargestellt, dass die entschiedenen Fallkonstellationen nicht abschließend gemeint sind.

Ob die Einrichtung des ICS im CETA unter Art. 23 Abs. 1 GG als speziellere Norm oder in den Anwendungsbereich der Art. 24 Abs. 1 GG u. Art. 59 Abs. 2 GG fällt, ist in der Literatur umstritten.

Einerseits *Grzeszick/Hettche*, Zur Beteiligung des Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, AöR 141 (2016), S. 225 (242 ff.); *Streinz*, Disputes on TTIP, in: Herrmann/Simma/Streinz (Hrsg.), Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship, 2015, S. 271 (288); andererseits *Nettesheim*, Umfassende Freihandelsabkommen und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Zustimmung zu CETA, https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/2017-07_Nettesheim-Gutachten_Freihandelsabkom-

[men und GG CETA-Zustimmung.pdf](#), S. 79 ff., 96 ff.; *Arnauld*, Die Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, AöR 141 (2016), S. 268 (271 f.).

Nach einer starken und überzeugenden Meinung in der Literatur sind gemischte Abkommen zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten aber geradezu ein idealtypischer Fall eines besonderen Näheverhältnisses der betreffenden völkerrechtlichen Verträge zum Integrationsprogramm der Union. Denn gerade durch die Überwindung von Kompetenzgrenzen – wie bei der Einrichtung des ICS – verfolgen Mitgliedstaaten und Union ein vorrangiges, gemeinsames Ziel einer umfassenden Handels- und Investitionspolitik mit einem Drittstaat. Das CETA – inklusive des ICS – steht in einem engen inhaltlichen Zusammenhang mit unionalen Politikbereichen und ist entschieden von Organen der EU – hier der Kommission – vorangetrieben worden. Dem Abschluss vom CETA waren mehrjährige Verhandlungen vorangegangen, die die Kommission gestützt auf ein Verhandlungsmandat des Rates aus 2009 geführt hatte. Grundsätzlich hat die Kommission hier die Marschroute, die Beteiligung der Mitgliedstaaten an großangelegten Freihandelsabkommen mit Drittstaaten zu minimieren und gemischte Abkommen möglichst zu vermeiden. Daneben besteht auf EU-Seite der Anspruch, die EU in Freihandelsabkommen nach außen alleine zu vertreten. Da aber die Union nicht für alle Materien des CETA eine eigene Zuständigkeit besitzt, war sie auf die Mitgliedstaaten angewiesen, um diese Kompetenzlücken durch ein gemeinsames Vorgehen zu schließen.

Nach einer Auffassung in der Literatur handelt „es sich bei den in mitgliedstaatlicher Kompetenz verbliebenen Regelungsbereichen gemischter völkerrechtlicher Handelsverträge gerade um solche Bereiche (...), welche die Mitgliedstaaten bewusst nicht in die völkerrechtliche Vertragsschlusskompetenz der EU übertragen haben, und welche damit nach deutschem Verfassungsverständnis auch nicht in den Kontext der Europäischen Integration und des Europaverfassungsrechts des Grundgesetzes gestellt werden sollten.“

Holterbus, Die Rolle des Deutschen Bundestags in der auswärtigen Handelspolitik der Europäischen Union – Insbesondere zu den parlamentarischen Einflussmöglichkeiten im völkerrechtlichen Vertragsschlussverfahren, EuR 2017, 234 (239).

Nach einer entgegengesetzten Auffassung beinhaltet die deutsche Zustimmung zu einem gemischten Abkommen eine Kompetenzübertragung auf die Union, über die der Union die zunächst fehlenden Zuständigkeiten im Bereich eines vollständigen Investitionsschutzes und der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit von den Mitgliedstaaten verschafft werden sollen.

So *Pantsch*, Der Abschluss des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) als „gemischtes Abkommen“, NVwZ 2016, S. 1294 (1295).

Diese Auffassung führt selbstverständlich zu einer zwingenden Anwendung des Art. 23 Abs. 1 GG, da Kompetenzlücken der EU heute nicht mehr über Art. 59 Abs. 2 GG iVm Art. 24 Abs. 1 GG geschlossen werden können, sondern allein auf Grundlage des spezielleren Europaverfassungsrechts.

Mit dieser Auffassung wird dem deutschen Zustimmungsgesetzgeber die Einrichtung eines ICS allerdings eine Bedeutung zugeschrieben, die dem Willen der Beteiligten nicht entspricht. Dem deutschen Zustimmungsgesetzgeber fehlt augenscheinlich der Wille, durch eine Kompetenzübertragung die EU in die Lage zu versetzen, das Abkommen dann als EU-Only abzuschließen. Das wäre als außergewöhnlicher Akt besonders begründungsbedürftig gewesen. Eine solche Begründung fehlt im Gesetzesbeschluss.

Hierzu *Nettesheim*, Umfassende Freihandelsabkommen und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Zustimmung zu CETA, https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/2017-07_Nettesheim-Gutachten_Freihandelsabkommen_und_GG_CETA-Zustimmung.pdf, S. 83 ff.

Plausibler erscheint es im Integrationskontext der Union dagegen, dass von mitgliedstaatlicher Seite auf der Mitwirkung der nationalen Parlamente beharrt wurde, weil

die Anforderungen an die demokratische Legitimation von unionsbezogenem, mitgliedstaatlichen Handeln auch in den Außenbeziehungen wächst und die Mitgliedstaaten im Freihandel mit Drittstaaten auch ihre Parlamente mitreden lassen möchten und so von Fall zu Fall durch ihre jeweiligen Zustimmungsgesetze Kompetenzlücken überbrücken wollen.

Mayer/Ermes, Rechtsfragen zu den EU-Freihandelsabkommen CETA und TTIP, ZRP 2014, S. 237 (238).

Um das Abkommen also rund zu machen, und den kanadischen Investor*innen einen umfassenden Rechtsschutz ihrer Investitionen auch in rechtlichen Kontexten zu bieten, die nicht vollständig unionsrechtlich determiniert sind, wurde von den Mitgliedstaaten die Kompetenzlücke der Union im Bereich Investor-Staat Streitbeilegung (ISDS) geschlossen. Das CETA-ICS ist dabei auf einen sehr umgrenzten Sachbereich bezogen, der auch in die mitgliedschaftliche Zuständigkeit fällt. Das ICS stellt zwar einen wichtigen, aber gleichzeitig einen nur untergeordneten Teil des Gesamthandelsabkommens dar.

Von einer Angelegenheit der Union ist ferner dann auszugehen, wenn für die völkerrechtliche Koordination zwischen den Mitgliedstaaten und der EU ein qualifizierter Zusammenhang mit einem in den Verträgen niedergelegten Politikbereich, also mit dem Integrationsprogramm der Union, besteht. Dass das CETA insgesamt, auch was Portfolioinvestitionen, Eigentumsordnung und Rechtsschutz betrifft, insgesamt in einem sehr engen und qualifizierten inhaltlichen Zusammenhang mit der Integrationspolitik der Europäischen Union steht, ergibt sich aus Ziel und Hauptinhalt des Abkommens. Im Rahmen der ausdrücklichen Vertragsschlusskompetenzen hat die Union die Kompetenz zum Abschluss von Handelsabkommen nach Art. 207 AEUV. Hier geht es im Kern um die WTO-Dimension. Die Gemeinsamen Handelspolitik, deren zentrale Befugnisnorm Art. 207 AEUV ist, zählen nach Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV zur Kategorie der ausschließlichen Zuständigkeiten der Union. Sie stellen den Hauptteil des Vertrages, dessen Ziel es ist, durch gemeinsame Regeln für

Handel und offene Märkte dazu beizutragen, den Wohlstand der Handelspartner – also der Union, ihrer Mitgliedstaaten und Kanadas – zu sichern und auszubauen.

Mayer, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar? https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen.pdf?__blob=publication-File&v=4, S. 2. ff.

Im Zusammenhang mit Freihandelsabkommen bzw Internationalen Investitionsschutzabkommen (IIAs) wird angenommen, dass ein für Auslandsinvestitionen förderliches Umfeld vor allem gute rechtliche Rahmenbedingungen wie ein ISDS voraussetze. Ferner wird behauptet, dass Investitionsschutzabkommen, die Rechtsschutz allein vor nationalen Gerichten zuließen, für ausländische Investoren nicht attraktiv seien und deshalb in der Praxis kaum vorkämen.

Kahlert, Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit, in: SchiedsVZ 2023, S. 2 (18).

Ausweislich des CETA selbst und auch nach dem Willen von Bundestag und Bundesregierung soll das Abkommen nicht nur dazu dienen, die gemeinsame wirtschaftliche Stellung der EU (und damit auch Deutschlands) und Kanadas in der Welt zu stärken, sondern den Vertragspartnern auch die Macht verleihen, ihre im Abkommen vereinbarten Standards allgemeingültig zu machen: „Als modernes Abkommen bietet CETA die große Chance, der fortschreitenden Globalisierung faire und gute Regeln zu setzen und sie aktiv mitzugestalten. Die hohen Standards, auf die sich die EU und Kanada geeint haben, setzen Maßstäbe für zukünftige Handelsabkommen.“

BT-Drs. 20/1008, S. 1 f.

Die machtpolitische Bedeutung umfassender Freihandelsverträge wird im CETA sogar besonders deutlich, das ohne Zweifel eine über den einfachen Abbau von tarifären und nicht-tarifären Handelshemmnissen oder Investitionsbeschränkungen hinausgehende Bedeutung zukommt. Den Vertragspartnern geht es zum einen um die

strategische Verknüpfung wichtiger westlicher Volkswirtschaften bei der Handelsintegration, der durch den gegenwärtigen Stillstand der Welthandelsorganisation nötig geworden ist. Zum anderen sollen in der kanadisch-unionalen Freihandelszone durch die frühzeitige Setzung sog. „Goldstandards“ Einfluss auf den Inhalt und den Umfang der künftigen globalen rechtlichen Ausgestaltung von Handel und Investitionen genommen werden. Dieses Ziel wird noch einmal deutlicher an den modernen und wesentlich reformierten Regelungen des CETA zum ICS, das nach Vorstellung der Vertragspartner auf eine Entwicklung hin zu einem für alle Staaten offenen multilateralen Schiedsgerichtshof ausgelegt ist.

Holterbus, Die Rolle des Deutschen Bundestags in der auswärtigen Handelspolitik der Europäischen Union – Insbesondere zu den parlamentarischen Einflussmöglichkeiten im völkerrechtlichen Vertragsschlussverfahren, EuR 2017, 234 (240 ff.).

Das CETA hat in seinen materiellen Regelungen, die vorwiegend in die ausschließliche Abschlusskompetenz der EU fallen, am Anwendungsvorrang des Unionsrechts teil. Der in den ausschließlichen Kompetenzbereich der Union fallende Teil des Abkommens wird mit dessen Ratifizierung nach Art. 216 Abs. 2 AEUV sekundäres Unionsrecht und nimmt am Vorrang des Unionsrechts teil. Das ICS ist mit diesem Unionsrecht auf das engste verbunden. Ein wesentlicher Teil der Rechtsprechungsaufgaben des CETA-Gerichts betrifft damit Unionsrecht. Das CETA-Gericht ist zwar nur insoweit an Unionsrecht gebunden, als es dieses in Form des CETA anwendet. Originäres Unionsrecht wendet das CETA-Gericht nur ausnahmsweise unmittelbar an (vgl. unten), da es grundsätzlich darauf beschränkt ist, relevantes Unionsrecht als Tatsache bei der Rechtsfindung zugrunde zu legen (Art. 8.31 Abs. 2 CETA). Die enge Verzahnung des CETA-Gerichts mit dem Integrationsprogramm der Union wird aber vor allem darin deutlich, dass das Gericht nach Art. 8.31 Abs. 3 CETA und Art. 26. 1 Abs. 5 lit. e) CETA an Auslegungen des Investitionsschutzkapitels, die der Gemischte CETA-Ausschuss (GCA) vorgibt, gebunden ist. Mit dem GCA hat das CETA ein Hauptexekutivorgan etabliert, das für die Verwirklichung

und Weiterentwicklung des CETA auch im Investitionsschutzbereich Sorge tragen soll. In diesem Exekutivorgan sind nach Art. 26.1 CETA ausschließlich Kanada und die Union vertreten. Die Mitgliedstaaten als Vertragspartner haben sich hier zurückgezogen, der Union das Feld überlassen und sind nur noch mittelbar über den Rat nach Art. 218 Abs. 9 AEUV an den bindenden Entscheidungen der CETA-Vertragsorgane beteiligt (der allerdings auf die CETA ICS Entscheidungen keine Anwendung findet). Hintergrund für die Bejahung eines Näheverhältnisses zur Union ist hier, dass der Politikbereich Rechtsschutz der Investor*innen im Freihandel mit Kanada umfassend und dauerhaft von den Mitgliedstaaten übertragen und der Dynamik der eigenständig agierenden Unionsorgane unterworfen wurde. Auch der Punkt, dass sich ein besonderes Näheverhältnis zur Union bei Hoheitsrechtsübertragung auf eine zwischenstaatliche Institution ergibt, wenn die Organe der Union in die Verwirklichung des Vorhabens eingeschaltet werden, lässt sich beim CETA bejahen.

Ähnl. BVerfGE 153, 74 (Rn. 146 f.); zur Übertragung von Hoheitsgewalt auch bzgl ICS sogleich unten.

Das CETA ist ferner auf einen gemeinschaftlichen Vollzug und vor allem auf eine gemeinsame Verantwortungsübernahme nach außen angelegt. Der gemeinschaftliche Vollzug und die gemeinsame Verantwortungsübernahme von Union und Mitgliedstaaten drücken sich vor allem in Art. 8.21 Abs. 3 CETA aus. Gerade hier ist eine intensive Verflechtung der Mitgliedstaaten mit den Organen der Union angelegt. Art. 8.21 Abs. 3 CETA ermächtigt die EU, in einem Streitbeilegungsverfahren zwischen kanadischen Investor*innen und einem Mitgliedstaat der EU bzw. der Union selbst, den richtigen Beklagten festzustellen. Die Bestimmung des richtigen Beklagten erfolgt nach einer Übersendung der Mitteilung des Investors über die Absicht, ein Schiedsverfahren einzuleiten, ausschließlich unionsintern und ist damit der Entscheidungskompetenz des Schiedsgerichts von vornherein entzogen ist. Die Union achtet bei der Bestimmung des richtigen Beklagten darauf, dass auch ihre Interessen geschützt werden.

VO (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, Erwägungsgrund Nr. 11: „Um sicherzustellen, dass die Interessen der Union angemessen geschützt werden können, ist es unabdingbar, dass die Union bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände bei Streitigkeiten, die eine von einem Mitgliedstaat vorgenommene Behandlung betreffen, selbst als Schiedsbeklagte auftritt. Diese Umstände sind auf die Fälle beschränkt, in denen die Streitigkeit zusätzlich eine von der Union vorgenommene Behandlung betrifft, in denen die von einem Mitgliedstaat vorgenommene Behandlung offenbar nach dem Unionsrecht vorgeschrieben ist und in denen eine vergleichbare Behandlung in einem verbundenen, gegen die Union geltend gemachten Anspruch im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO) angefochten wird, sofern ein Gremium eingesetzt wurde und der Anspruch dieselbe spezifische Rechtsfrage betrifft und eine kohärente Argumentation in der WTO-Streitsache zu gewährleisten ist.“

Macht die Union von dieser Befugnis Gebrauch, hat ein Mitgliedstaat gegen die unionale Feststellung seiner Beklagteneigenschaft keine Rechtsbehelfe. Die Union darf den nach außen haftenden Mitgliedstaat also bestimmen oder sich zur Wahrung unionaler Interessen selbst einschalten, ohne dass hierzu im CETA selbst nähere Vorgaben gemacht würden – oder diese Entscheidung angreifbar wäre.

Dass also ein tragfähiger Grund ersichtlich wäre, Abkommen wie das ESM-Abkommen und das zum einheitlichen Patengericht unter Art. 23 Abs. 1 GG zu subsumieren, die Einsetzung des CETA-Gerichts dagegen unter Art. 24 Abs. 1 GG und Art. 59 Abs. 2 GG zu fassen, ist nicht erskennbar. Zwar bezieht das CETA einen Drittstaat wie Kanada in seinen Geltungsbereich mit ein und wird nicht ausschließlich zwischen Mitgliedstaaten der Union geschlossen. Ein vergleichbarer Bezug besteht

aber darin, dass die Union und ihre Mitgliedstaaten im Rahmen eines Freihandelsabkommens mit dem ICS eine zwischenstaatliche öffentliche Gewalt schaffen, die sie gemeinsam tragen. Die institutionelle Verbindung des ICS zur Union ist hier eng und schafft einen hinreichend funktionalen Bezug zur unionalen Idee von Marktöffnung und Wirtschaftsliberalisierung, die dem AEUV zugrunde liegt. Eine Subsumtion der völkervertragsrechtlichen Einrichtung des CETA-Gerichts unter Art. 23 GG verlangt darüber hinaus der Zweck der verfassungsrechtlichen Integrationsnorm. Die Struktursicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG und die verfahrensrechtlichen Anforderungen des Art. 23 Abs. 2 GG sollen in allen Situationen zur Anwendung kommen, in denen die Union und ihre Mitgliedstaaten sich zusammentun, um zwischenstaatliche Einrichtungen zu erschaffen, die sich mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betrauen.

Nettesheim, Umfassende Freihandelsabkommen und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Zustimmung zu CETA, https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/2017-07_Nettesheim-Gutachten_Freihandelsabkommen_und_GG_CETA-Zustimmung.pdf, S. 96 ff.

Die wertende Gesamtschau der vom Gericht angeführten Kriterien für ergänzendes Vertragsrecht bzw ein besonderes Näheverhältnis – qualifizierter Zusammenhang mit einem Politikbereich der Union, Vorantreiben des Vorhaben durch Organe der Union und ihre Einschaltung in dessen Vollzug, völkerrechtlicher Vertrag aller Mitgliedstaaten, um Kompetenzlücken im Rechtsschutzsystem des Abkommens zu schließen, um sich dann bei Streitigkeiten mit Investor*innen in die Hände der Union zu begeben – spricht eindrücklich dafür, dass das CETA auch bezüglich des ICS in einem spezifischen Näheverhältnis zur Union steht und Art. 23 Abs. 1 GG unterfällt. Es ergibt sich somit auch für das CETA als nationalem Akt im Sinne eines völkerrechtlichen Vertrags, dass die Inhalte des darauf gerichteten Rechts auf Demokratie und der damit verbundenen Anforderungen an die Wahrung der Verfassungsidentität sich wegen der Anwendung von Art 23 GG nach den oben zu a) entwickelten

Grundsätzen bestimmen. Alternativ gelten die gleichen Anforderungen insoweit auch bei Hoheitsübertragung nach Art 24 Abs. 1 GG, wie oben aa) dargelegt.

cc) Zur Übertragung von Hoheitsgewalt auch im nationalen Teil des CETA

Bei der vorstehenden Argumentation wurde impliziert, dass die nationale Zustimmung zu CETA auch nationale Hoheitsrechte auf die darin errichteten Gremien überträgt. Denn die oben formulierten Anforderungen setzen voraus, dass in der Ausübung von Beschlussfassungszuständigkeiten durch die CETA-Ausschüsse und die Entscheidungszuständigkeit des Investitionsgerichts eine Ausübung von Hoheitsgewalt liegt. Die nationale Zustimmung zu CETA durch das Vertragsgesetz stellt insoweit auch eine Übertragung dar, denn die auf die EU bereits übertragene Hoheitsgewalt genügt dafür ja wie erwähnt nicht. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Ausschüsse mit ihren Beschlussfassungszuständigkeiten auch in Bereichen nationaler Zuständigkeit tätig werden und damit Beschlüsse treffen, die für die Bundesrepublik als CETA-Partei völkerrechtlich verbindlich sind. Dies gilt auch für die Investitionsgerichtsbarkeit, deren Entscheidungen, wenn auch begrenzt auf Zuspruch von Entschädigungsansprüchen, die Bundesrepublik binden und in ihr – wie bereits erwähnt - als ohne weiteres vollstreckbar gelten; nationale Gerichte können die Entscheidungen nicht mehr kontrollieren und sind nach Wahl des kanadischen Investors für Sekundärrechtsschutz (zumal ohne vorherigen Primärrechtsschutz) nicht mehr zuständig, sondern sind nur noch Vollstreckungsorgane der Investitionsgerichtsentscheidung. Darin ist jeweils eine Übertragung von Hoheitsgewalt zu sehen.

Für die Ausschusszuständigkeiten im CETA scheint das BVerfG dies implizit anerkannt zu haben, soweit es um die Ausübung im Bereich der EU-Zuständigkeiten im Rahmen der vorläufigen Anwendung von CETA ging. Nichts anderes kann mit Blick auf deren identische Tätigkeit (bindende autonome Beschlussfassung) im Bereich nationaler Zuständigkeit gelten. Die implizite Anerkennung liegt in der Aussage des BVerfG, dass „eine zu unbestimmte Ausgestaltung des in CETA vorgesehenen Aus-

schusssystem die Grundsätze des Demokratieprinzips als Teil der Verfassungsidentität ... berühren könnte. ... Insoweit kann Art 38 verletzt werden, wenn Hoheitsrechte ohne eine hinreichende Begrenzung an eine demokratisch nicht oder nur schwach legitimierte Institution übertragen werden“ (so BVerfGE 153, 74, Rn. 110). Implizit bejaht erscheint damit, dass im Rahmen der EU-Zuständigkeiten die Tätigkeit der CETA Ausschüsse überhaupt als Ausübung von Hoheitsrechten anzusehen ist. Fraglich waren dann nur noch die Anforderungen daran aus dem Gebot hinreichender demokratischer Legitimation. Allerdings hat das BVerfG zuletzt diese Aussage etwa zurückgenommen, da es formulierte, dass der Senat es nicht ausgeschlossen habe, dass in CETA Hoheitsrechte (weiter)übertragen werden könnten (BVerfG, v. 13.10.2022, Rn. 93 - ESM Änderung).

In der Literatur ist die Einordnung der Einsetzung von und v.a. auch der Beschlussfassung durch CETA-Ausschüssen als Ausübung von Hoheitsgewalt bestritten worden mit dem Argument, das CETA sei nicht unmittelbar anwendbar; alle Beschlüsse bedürften jedenfalls der nachfolgenden internen Umsetzung (so etwa B. Grzeszick, NVwZ 2016, 1753, 1755 ff). Diese Ansicht geht jedoch fehl. Damit wird nicht nur verkannt, dass die Beschlüsse der Vertragsgremien, jedenfalls soweit sie in Ausübung von EU-Zuständigkeiten erlassen wurden, integrierende Bestandteile des Unionsrechts und damit Teil jener supranationalen Ordnung sind (dazu bereits oben), und dass Art 216 Abs. 2 AEUV auch unbeschadet ihrer fehlenden unmittelbaren Anwendung dazu führt, dass die völkerrechtliche Bindungswirkung ihrer Beschlüsse unionsrechtlich internalisiert wird dahingehend, dass ihre Befolgung (neben den Organen der EU) den Mitgliedstaaten auch kraft unionsrechtlicher Verpflichtung aus Art. 216 Abs. 2 AEUV obliegt. Diese unionsrechtliche Anordnung stärkt die rein völkerrechtliche Bindungswirkung für die Mitgliedstaaten, soweit die Beschlüsse der Vertragsgremien im Bereich der EU-Zuständigkeiten ergehen. Diese Rechtswirkungen der Beschlüsse von in EU-Abkommen eingesetzten Vertragsgremien im EU-Recht belegen deren hohe Relevanz für die Organe der EU und die Mitgliedstaaten; sie gelten damit in der EU; sie sind Resultat von Hoheitsübertragung durch die EU.

Ferner wird durch die oben erwähnte Ansicht verkannt, dass das Erfordernis einer unmittelbaren Wirkung von Hoheitsakten, also hier von den Beschlüssen der CETA Ausschüsse, zwar eine hinreichende, aber keine unbedingt notwendige Bedingung für das Vorliegen einer Hoheitsübertragung im Sinne von Art 23 Abs. 1 (oder Art. 24 Abs. 1 GG; zur Parallelität der Auslegung dieses Merkmals bei Art 23 und 24 GG s. BVerfG, 2 BvR 1111/21, ESM-Änderung vom 13.10.2022, Rn. 88, 89) ist. Nach zustimmungswürdiger Ansicht des BVerfGE 131, 152, 218, Rn. 140 – Unterrichtung ESM ist „jede Zuweisung von Aufgaben und Befugnissen an die Europäische Union und/oder ihre Organe ... eine Übertragung von Hoheitsrechten, und zwar auch dann, wenn die Organe für die Erledigung der Aufgabe "nur" im Wege der Organleihe in Anspruch genommen und mit Befugnissen ausgestattet werden.“ Das Erfordernis einer Durchgriffswirkung findet sich hier nicht und ist nicht notwendig im Begriff der Befugnisse impliziert. Vielmehr genügt eine Zuständigkeitsübertragung zu Entscheidungen, die für Rechtsgüter in Deutschland erhebliche Relevanz haben.

vgl. *F. Wollenschläger*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 23, Rn. 44; *F. Schorkopf*, in: Bonner Kommentar, 153. EL August 2011, Art. 23, Rn. 65; *M. Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 23, Rn. 56a.

Die übertragenen Entscheidungen müssten demnach nicht notwendig Durchgriffswirkung in die nationale Rechtsordnung hinein haben, sondern es genügte, dass aus ihrer Verbindlichkeit eine Relevanz für Rechte einzelner folgt.

Zuletzt hat das BVerfG sich intensiver mit dem Merkmal der Durchgriffswirkung befasst. Es spricht im Kontext des Art 23 Abs. 1 von „Übertragung von Hoheitsrechten mit Durchgriffswirkung“ (BVerfGE 153, 74 Rn. 101). Deutlicher noch lautet der LS 1 und Rn. 91 der BVerfG Entscheidung zum ESM-Änderungsvertrag vom 13.10.2022, dass eine Übertragung von Hoheitsrechten „jedenfalls bei der Ermächtigung ... zu Maßnahmen mit Durchgriffswirkung für die Rechtsunterworfenen in Deutschland“ vorliege. Offen blieb dabei etwa, ob die Regelung „lediglich politisch oder ökonomisch bedeutsamer Sachverhalte“ eine Hoheitsübertragung nach Art 23 Abs. 1 GG darstelle (BVerfG, v. 13.10.2022, Rn. 87, 91). Die Einfügung des Wortes „jedenfalls“ verdeutlicht wieder, wie schon festgehalten, dass die Übertragung des

Erlasses unmittelbar in der deutschen Rechtsordnung wirksamer Akte eine hinreichende Bedingung für das Vorliegen einer Hoheitsübertragung ist, aber nicht notwendig stets erforderlich.

Diese Durchgriffswirkung liegt jedenfalls vor, wenn die neuen Hoheitsträger, hier also CETA-Ausschüsse und Investitionsgericht, Rechte und Pflichten für die Bürger regeln können, ohne dass dafür noch das Dazwischentreten des deutschen Gesetzgebers erforderlich ist. Es genügen auch unmittelbar wirksame „Rechtsbefehle an ... deutsche Stellen“ (BVerfG ebda Rn 92). Das BVerfG macht sich die Beschränkung des Durchgriffs nur auf den einzelnen, wie teilweise in der Lit. vertreten, nicht zu eigen (s. ebda durch Verweis auf diese Ansicht als „beschränkend“). Für die Begründung von internationalen Gerichtszuständigkeiten hat das BVerfG kürzlich im Patentgerichtsbeschluss die Übertragung von Hoheitsrechten bejaht, weil Rechtsprechungsaufgaben auf ein supranationales Gericht sowie Rechtsetzungsaufgaben auf dessen Verwaltungsorgane übertragen wurden (bestätigt in BVerfG, v. 13.10.2022, Rn. 93). Ob rein faktische Durchgriffswirkungen und faktische Grundrechtseingriffe genügen, wurde offengelassen (BVerfG ebda Rn 94 f). Nicht als Hoheitsübertragung wurden „in der Regel“ Ermächtigungen zu bloßen Maßnahmen angesehen, „die keinen unmittelbaren Bezug zur Rechtssphäre der Bürgerinnen und Bürger aufweisen“ (ebda. Rn. 98).

Diese Aussagen erfassen jedenfalls die Verfassungspraxis in einem Punkt nicht hinreichend: Denn es ist unbestritten, dass der Erlass von Deutschland bindenden EU-Richtlinien, die anerkanntermaßen idR nicht direkt wirken, Ausfluss von auf die EU übertragener Hoheitsgewalt darstellt, obschon die Umsetzung ein Dazwischentreten des deutschen Gesetzgebers erfordert. Dieser muss aber tätig werden und hat keine andere Wahl mehr, und ist inhaltlich in der Regel in großem Maße festgelegt. Eine fehlende Umsetzung bringt Sanktionen. Im Unionsrecht schließt das Bestehen einer bloßen Umsetzungspflicht ohne inhaltliche Spielräume die unmittelbare Anwendbarkeit einer Norm nicht aus. Das Beispiel verdeutlicht, dass die „Übertragung von Ho-

heitsgewalt“ die Übertragung des Erlasses bindender, zu vollziehender Entscheidungen mit Relevanz für den einzelnen einbezieht, auch ohne unmittelbare Durchgriffswirkung, jedenfalls soweit der Spielraum des nationalen Gesetzgebers erheblich eingeschränkt wird. Entscheidend ist damit die Übertragung der Zuständigkeit zum Erlass bindender Maßgaben, die nationale Gesetzgebungs- oder andere Hoheitsspielräume einschränkt. Im Lichte des Rechts auf Demokratie aus Art. 38 Abs 1 iVm Art. 23 GG muss es jedenfalls auf die Übertragung einer Zuständigkeit zu dieser Beschneidung nationaler Autonomie (jedenfalls wenn ein Bereich mit Relevanz für den einzelnen betroffen ist) ankommen, weil dadurch der Wert des Wahlrechts eingeschränkt wird.

Nach diesen Kriterien sind durch die Zustimmung zu CETA Hoheitsrechte auf die Ausschüsse und das Investitionsgericht im auch nationalen Zuständigkeitsbereich übertragen worden:

Die Ausschusszuständigkeiten greifen in die Rechtssphäre des einzelnen ein oder betreffen sie direkt. Das gilt nicht für alle, doch für etliche. So kann der Gemischte CETA-Ausschuss über textliche Veränderung in bestimmten Kapiteln beschließen, die Relevanz für den einzelnen haben. Nach Art. 2.4 Abs. 4 CETA kann er durch Beschluss die Zölle schneller abbauen als vorgesehen und dafür die Zollsätze nach Anhang 2-A ersetzen. Das verändert die Handelsbedingungen und ist unmittelbar relevant für die deutschen Unternehmen im Geschäftskontakt mit Kanada. Einer weiteren inhaltlichen Umsetzung der Zollsenkung bedarf es nicht mehr. Nach Art. 4.7 Abs.1 f) CETA kann dieser Ausschuss Änderungen an Kapitel 4 CETA über die Verpflichtungen zu technischen Handelshemmnissen vornehmen, was die Handelsbedingungen für bestimmte Produkte beeinflusst. Gleiches geschieht bei Änderungen an Kapitel 23 über Handel und Arbeit gemäß Art. 23.11 Abs. 5 CETA, womit wir im Bereich auch nationaler Zuständigkeit wären. Relevant für die Berufschancen einzelner Kanadier in Deutschland bzw Deutscher in Kanada sind auch die Möglichkeiten im Bereich Anerkennung von Berufsqualifikationen: Der MRA-Ausschuss entscheidet über die gegenseitigen Anerkennungsabkommen mit Beschluss nach

Art. 11.3 Abs. 6 CETA und bewegt sich im Feld zumindest auch nationaler Zuständigkeiten.

Die Relevanz mancher Entscheidungszuständigkeiten für Grundrechte ergibt sich schließlich bei der Beschlussfassungszuständigkeit nach Art. 21.7 Abs. 5 CETA, da der Ausschuss für Warenhandel bei der Festlegung der konkreten „Maßnahmen“ zur Durchführung der wechselseitigen Produktwarnungen dabei auch Datenschutzfragen und Fragen des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen regeln kann. Da diese Regeln den Austausch von Warnungen zwischen den Behörden festlegen, ist die Regulierung der dabei zu beachtenden Verfahren für die Behörden maßgeblich, und die der Grundrechtsstandards bezüglich der von den Warnungen betroffenen Unternehmen unmittelbar für die Rechtssphäre einzelner erheblich. Ferner ist das der Fall bei der Definition von Geistigen Eigentumsrechten nach Art. 8.1 CETA durch den Gemischten CETA Ausschuss, der damit über den insoweit gewährten Schutz von Investoren durch die Investitionsgerichtsbarkeit entscheidet.

Noch deutlicher wird das mit Blick auf die Investitionsgerichtsbarkeit im CETA, die bezüglich Entschädigungsforderungen nach der autonomen Wahl des Investors aus Kanada abschließend entscheidet. Insoweit ist ebenfalls der Bereich der auch nationalen Zuständigkeiten einschlägig, die das Zustimmungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers zu CETA auslösen. Wie angesprochen, sind diese Investitionsgerichtsentscheidungen in Deutschland ohne weiteres vollstreckbar, auch vor und durch deutsche Gerichte. Sie sind damit jedenfalls für deutsche Organe bindend und unänderlich. Des Weiteren kommen den Ausschüssen im Bereich des Investitionsschutzes und der zugehörigen Gerichtsbarkeit wichtige Beschlussfassungszuständigkeiten zu, die für die Verfahren zu den Entscheidungen, und deren Inhalte mit maßgeblich sind. Die Ausschusszuständigkeiten betreffen somit neben den Investoren auch die Individuen, die als Richter amtieren, damit potentiell auch Deutsche.

Soweit die Zuständigkeit der Investitionsgerichtsbarkeit in CETA reicht, findet aufgrund der Wahl des Investors die deutsche Gesetzgebung zu Verfahren und Gerichtszuständigkeiten keine Anwendung mehr. Für Sekundärrechtsschutz wird durch CETA eine abschließende Zuständigkeit etabliert. Die nach Art. 92 GG den Richtern deutscher Bundes- oder Ländergerichte zugewiesene rechtsprechende Gewalt wird nunmehr im Teilbereich der Entschädigung von Investoren dem in CETA etablierten Investitionsgerichtssystem übertragen, ohne dass es dafür noch eines Umsetzungsgesetzes bedürfte. Hier wird der Gerichtsaufbau in Deutschland teilweise „verändert und überformt“, was sogar die Einhaltung der 2/3 Mehrheit nach Art 23 Abs. 1 S. 3 GG erfordert (so BVerfGE 153, 74, Rn. 130 f: Übertragung von Rechtsprechung als materielle Verfassungsänderung. S. auch ebda. Rn 157). Die Zuständigkeit des Investitionsgerichts ergibt sich unmittelbar aus CETA, wie dort auch die Wirkungen der Entscheidungen als ohne weiteres vollstreckbar etabliert ist, vgl. Art. 8.41 Abs. 6 CETA.

Diese Übertragung von Hoheitsrechten durch Errichtung des ICS soll nachstehend näher begründet werden:

Mit Einrichtung des CETA-Gerichts nimmt der deutsche Zustimmungsgesetzgeber Herrschaftsrechte zugunsten der Investitionsgerichtsbarkeit zurück und überträgt damit Hoheitsrechte auf das ICS. Das CETA-Gericht übt auch Hoheitsrechte in Deutschland aus. Die in Art. 23 Abs. 1 GG und Art. 24 Abs. 1 GG vorgesehene Übertragung von Hoheitsrechten an supranationale und zwischenstaatliche Organisationen bezieht sich auf den aus der staatlichen Verfassungsordnung entnommenen Begriff der Hoheitsrechte und ist gleichbedeutend mit der Ausübung öffentlicher Gewalt durch Legislative, Exekutive oder Judikative. Er gilt einheitlich für Art. 24 Abs. 1 GG und Art. 23 Abs. 1 GG.

Wann eine zwischenstaatliche Institution Hoheitsgewalt in Deutschland ausübt, ist in der Literatur umstritten. Nach einer älteren Auffassung wird fremde Hoheitsgewalt auf deutschem Boden ausgeübt, wenn der ermächtigte Hoheitsträger in die

rechtliche Lage versetzt wird, in Deutschland Entscheidungen mit Durchgriffswirkung gegenüber den einzelnen zu erlassen: Die Hoheitsgewalt muss innerstaatlich auf die Rechtsunterworfenen einwirken. Sie ist öffentliche Gewalt, wenn die handelnde Institution ihren Willen notfalls mit Zwangsmaßnahmen durchsetzen kann. Das Bundesverfassungsgericht versteht den Begriff der Hoheitsrechtsübertragung im Rahmen der Union grundsätzlich so, dass der ausschließliche Herrschaftsanspruch der Bundesrepublik Deutschland im Geltungsbereich des Grundgesetzes zurückgenommen wird und der unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit des fremden Rechts innerhalb des staatlichen Herrschaftsbereichs Raum gelassen wird. Eine Hoheitsrechtsübertragung liegt zumindest dann unstreitig vor, wenn europäischen oder zwischenstaatlichen Organen Handlungsbefugnisse mit Durchgriffswirkung gegenüber den Bürger*innen im innerstaatlichen Bereich übertragen werden. Kennzeichen für eine Durchgriffswirkung hierbei ist es, dass es weiterer innerstaatlicher Vollzugsakte grundsätzlich nicht bedarf.

BVerfGE 73, 339 (374); 153, 74 (Rn. 143).

Diese Definition der Übertragung von Hoheitsgewalt ist dem Art. 24 Abs. 1 GG entlehnt und verengt den Anwendungsbereich des Art. 23 Abs. 1 GG auf diejenigen Fälle, in denen einer unionsnahen Institution wie dem ICS die Befugnis zur „Setzung“ von unmittelbar in Deutschland wirksamen Rechts eingeräumt wird, deren Adressat*innen die deutschen Bürger*innen sind.

v. Münch/Kunig/*Uerpmann-Wittzack*, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 23 Rn. 63 ff.

Diese Sichtweise scheint der neueren Literatur heute aber überholt zu sein, da sie sich zu sehr an dem historischen Zweck des Art. 23 GG orientiert, der die Befugnisse der Union aus dem Jahre 1992 einfriert, obwohl diese sich wesentlich weiterentwickelt haben. Ihrer Auffassung nach gibt es nicht-deutsche Handlungen im Rechtsraum des Grundgesetzes, die zwar nicht unmittelbar wirksames Recht für die einzelnen setzen, dieser Durchgriffswirkung aber in Intensität und Auswirkungen gleichkommen, und deshalb ebenso legitimatorisch abgesichert sein müssen. In Art. 23 GG wird deshalb ein funktionales Verständnis implementiert, um die Möglichkeiten

einer supranationalen oder zwischenstaatlichen Gestaltung im deutschen Rechtsraum einzufangen, die keine unmittelbare Durchgriffswirkung auf die Bürger*innen haben. Art. 23 GG erfasst danach „jede Form der Verlagerung politischer Herrschaft auf die Europäische Union“ bzw auf Institutionen, die in einem Näherverhältnis zu ihr stehen, unabhängig von einer unmittelbaren Durchgriffswirkung auf die Bürger*innen. Diese Erweiterung der Voraussetzungen des Art. 23 GG macht Sinn, da es keinen einleuchtenden Grund dafür gibt, dass die besonderen materiellen und prozessualen Sicherungen des Art. 23 GG davon abhängig sein sollen, dass Bürger*innen durch das gesetzte Recht unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden, wenn die Funktion von Art. 23 GG gerade darin liegt, nicht nur grundrechtliche Positionen, sondern auch die von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Staatsstrukturprinzipien zu sichern.

Nettesheim, Umfassende Freihandelsabkommen und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Zustimmung zu CETA, https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/2017-07_Nettesheim-Gutachten_Freihandelsabkommen_und_GG_CETA-Zustimmung.pdf, S. 100 f.

In seiner Entscheidung zum einheitlichen Patentgericht ist das Bundesverfassungsgericht dann zumindest auch implizit ganz allgemein davon ausgegangen, dass die Übertragung von Rechtsprechungsaufgaben auf eine neu zu schaffende zwischenstaatliche Einrichtung immer auch eine Übertragung von Hoheitsrechten beinhaltet. In der genannten Entscheidung hat das Gericht ausdrücklich zwar nur davon gesprochen, dass es auf der Hand läge, dass die Übertragung von Rechtsprechungsaufgaben auf ein zwischenstaatliches Gericht eine materielle Verfassungsänderung darstelle. Bezüglich der Klagebefugnis der Beschwerdeführer und des materiellen Prüfungsmaßstabes der gegen das einheitliche Patengericht erhobenen Verfassungsbeschwerde hat das Gericht die Übertragung von Rechtsprechungsaufgaben auf eine zwischenstaatliche Einrichtung mit der Übertragung von Hoheitsrechten seitens der Bundesrepublik Deutschland dann aber materiell ohne Weiteres gleichgesetzt. Ferner hat das Gericht an anderer Stelle nicht ausgeschlossen, dass auch mit dem CETA Hoheitsrechte auf das ICS übertragen werden.

BVerfGE 153, 74 (Rn. 131, 135, 157 ff.); 143, 65 (Rn. 58); BVerfG: Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen Zustimmungsgesetze zu ESM- und IGA-Änderungsübereinkommen, NVwZ 2023, 336 Rn. 93.

Selbst wenn man die üblichen allgemeinen Prüfungskriterien des Gerichts für die Übertragung von Hoheitsgewalt an rechtsprechende Institutionen auf das ICS im CETA anwendet, dann übt das CETA-Gericht Hoheitsgewalt im Bereich des GG aus, die ihr zuvor übertragen worden ist. Deutschland nimmt, soweit die Rechtsprechungsgewalt des ICS reicht, seine eigenen Herrschaftsrechte aus dem Justizmonopol zurück (1). Das CETA-Gericht hat eine machtvolle Position, aus der heraus es in politisch oder ökonomisch bedeutsame, nationale Sachverhalte eingreift und mit Durchgriffswirkung zB Schutzpflichten aus Grundrechten minimiert und so Maßnahmen trifft, die einen unmittelbaren Bezug zur Rechtsphäre der deutschen Bürger*innen aufweisen (2). Zudem sind seine Urteile ohne weitere nationale Umsetzungsakte in Deutschland vollstreckbar (3).

(1) Rücknahme von deutschen Hoheitsrechten

Mit Einrichtung des CETA-Gerichts nimmt der deutsche Zustimmungsgesetzgeber Herrschaftsrechte zugunsten der Investitionsgerichtsbarkeit zurück und überträgt damit Hoheitsrechte auf das ICS. Bezüglich der Einrichtung des einheitlichen Patentgerichts durch das EPGÜ-ZustG lag dies und damit eine Hoheitsrechtsübertragung auf das Patentgericht für das BVerfG klar auf der Hand. Das Gericht hat zur Hoheitsrechtsübertragung in dem genannten Fall ausgeführt, dass der deutsche Zustimmungsgesetzgeber durch das EPGÜ-ZustG Rechtsprechungsaufgaben auf ein supranationales Gericht übertragen und die deutsche Rechtsordnung damit derart geöffnet habe, dass der ausschließliche Herrschaftsanspruch der Bundesrepublik Deutschland im Geltungsbereich des Grundgesetzes insoweit zurückgenommen und der unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit des europäischen Rechts Raum gelassen werde. Dem einheitlichen Patentgericht würden bestimmte Rechtsstreitigkeiten zur ausschließlichen Entscheidung zugewiesen und ihm damit die Befugnis zur verbindlichen Streitentscheidung übertragen: Diese „Urform hoheitlicher Tätigkeit“

sei als eine elementare Voraussetzung für die Durchsetzung des staatlichen Gewaltmonopols und für das friedliche Zusammenleben der Menschen unverzichtbar, weshalb unproblematisch eine Übertragung von Hoheitsrechten auf das Patentgericht vorliege.

BVerfGE 153, 74 (Rn. 143) mit Bezugnahme auf BVerfGE 37, 271 (80); 58, 1 (28); 59, 63 (90); 73, 339(374 f.).

Mit der Einrichtung des CETA-Gerichts nimmt der deutsche Zustimmungsgesetzgeber das nationale Rechtsprechungsmonopol aus Art. 92 GG, das auch in die im Investitionsschutz einschlägigen Rechtsweggarantien der Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG und Art. 34 S. 3 GG geflossen ist, für kanadische Investor*innen zurück. Er überträgt Rechtsprechungsaufgaben auf ein neu geschaffenes zwischenstaatliches Gericht, das für den Investitionsschutz kanadischer Investor*innen, der zwar aus dem CETA folgt, sich – übersetzt ins nationale Recht – materiell aber mit dem Eigentumsschutz aus Art. 14 GG und dem Amtshaftungsanspruch aus Art. 34 GG deckt. Das CETA-Gericht erhält eine nach dem Willen der Investorin bzw des Investors bedingte ausschließliche Zuständigkeit, über nationale Maßnahmen zu urteilen, die die nationale Gerichtsbarkeit verdrängt. Kanadische Investor*innen haben anfänglich die Wahl, eine Verletzung ihrer Investition durch den deutschen Gaststaat entweder im nationalen Rechtsweg oder vor der CETA-Gerichtsbarkeit anzugreifen. Entscheiden sie sich für das ISDS nach CETA, müssen sie nach Art. 8.22 Abs. 1 lit f) u. g) CETA etwaige bereits nach dem innerstaatlichen Recht angestrengte Klagen oder Gerichtsverfahren in Bezug auf die angegriffene nationale Maßnahme zurücknehmen bzw einstellen, und auf ihr Recht verzichten, in Bezug auf eben jene Maßnahme eine Klage oder ein Gerichtsverfahren nach innerstaatlichem Recht anzustrengen.

Die Einrichtung des CETA-Gerichts wirkt sich damit nicht nur auf das staatliche Justizmonopol aus Art. 92 GG aus, indem sie das Justizmonopol bereichsspezifisch zurücknimmt, sondern sie verstößt sogar hiergegen. Art. 92 GG vertraut die rechtsprechende Gewalt den Richtern an: „Sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.“ Die Begründung einer zwischenstaatlichen, hybriden

Gerichtsbarkeit findet im Grundgesetz dagegen keine ausdrückliche Grundlage. Sie ist mit den Worten des Bundesgerichtshofs „weder erlaubt noch verboten“, BGHZ 65, 59 (61).

Weil sie erstens historisch gesehen nicht zum vorverfassungsrechtlichen Gesamtbild gehörte und weil sie nicht Gleichordnungsverhältnisse betrifft, sondern subordinationsrechtliche Rechtsverhältnisse im Bereich des öffentlichen Rechts, verstößt diese Form hybrider Gerichtsbarkeit gleichwohl gegen das Rechtsprechungsmonopol des Art. 92 GG. Denn insoweit werden gemeinwohlgeprägte Bereiche staatlicher Tätigkeit, die schlechterdings nicht zur Disposition nichtstaatlicher Akteure stehen, der staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen.

So auch *Hillgruber*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 92, Rn. 89: „Wegen ihrer grundrechtlichen Basis kommt private Schiedsgerichtsbarkeit von vornherein nur im zivilrechtlichen Bereich zwischen Privatpersonen in Betracht. Private ‚Verwaltungsgerichtsbarkeit‘ scheidet dagegen aus, weil Private keine Rechts- und Entscheidungsmacht gegenüber der öffentlichen Verwaltung ausüben können (...)“.

Selbst wenn das ICS als (zwischen-)staatliche Gerichtsbarkeit angesehen wird, verstößt es gegen das staatliche Justizgewährungsmonopol, da im Falle von Investorenklagen gegen Deutschland staatliche Gerichte vollständig verdrängt werden, weil das CETA-Gericht hier exklusiv urteilt. Die Ausschließlichkeit des Rechtswegs zum ICS wird durch die Dispositionsbefugnis der kanadischen Kläger*innen unter Verdrängung des nationalen Rechtswegs gesichert. Das Justizgewährungsmonopol des Art. 92 GG wird durch die Einrichtung der CETA-Gerichtsbarkeit überformt, was sogar die Einhaltung der 2/3 Mehrheit nach Art 23 Abs. 2 S. 3 GG erfordert (so BVerfGE 153, 74, Rn. 130 f). Für Sekundärrechtsschutz wird durch CETA eine abschließende Zuständigkeit etabliert. Die nach Art. 92 GG den Richtern deutscher Bundes- oder Ländergerichte zugewiesene rechtsprechende Gewalt wird nunmehr im Teilbereich der Entschädigung von Investoren dem in CETA etablierten Investitionsgerichtssystem übertragen, ohne dass es dafür noch eines Umsetzungsgesetzes bedürfte.

Schließlich: Der Gesetzgeber hat nicht einmal die Möglichkeit, etwa durch Beauftragung der Regierung zur Erreichung eines Auslegungsbeschlusses nach Art 26.5

CETA, die inhaltlichen Vorgaben für die Urteilsfindung des Investitionsgerichts zu beeinflussen. Denn der EuGH bestimmte in seinem Gutachten 1/17, Rn. 236 dass alle verbindlichen Auslegungen nur ex nunc wirken und nicht auf laufende Verfahren Einfluss nehmen. Die Ablösung der nationalen Gerichtszuständigkeit durch die des Investitionsgerichts bei Schadensersatzklagen von Investoren hat somit auch die Folge, dass die im deutschen Prozessrecht verankerten Grundsätze, etwa über die Maßgeblichkeit von Veränderungen der Rechtslage bis zur letzten mündlichen Verhandlung für die Urteilsfindung, nicht gelten.

Dazu B. *Roblfing*, Amtshaftung - Prozesstypische Aspekte und Fragenstellungen, 2017, S. 136 f; bezüglich Verwaltungsprozesse *Decker*, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 63. Edition, Stand: 01.10.2022, § 113 VwGO, Rn. 74, *Polzin*, Der maßgebliche Zeitpunkt im Verwaltungsprozess, JuS 2004, 211, 213; *Gärditz/Orth*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage im Verwaltungsprozess, JURA 2013, 1100, 1107

Das belegt die erhebliche Bedeutung der Einwirkung in den legislativen Spielraum durch die Internationalisierung der Entscheidungszuständigkeiten und zeigt damit erneut, dass hier Hoheitsrechte übertragen werden.

(2) Durchgriffswirkung der Urteile des CETA-Gerichts auf deutsche Bürger*innen
 Es könnte für eine Bejahung der Hoheitsrechtsübertragung auf das ICS allerdings an einer Durchgriffswirkung auf die Rechtsunterworfenen fehlen – wenn diese ein Ausschlusskriterium für die Hoheitsrechtsübertragung darstellen sollte. Das Gericht hat hierzu festgestellt, dass eine Übertragung von Hoheitsrechten auf eine zwischenstaatliche Einrichtung wie das ICS, die in einem Ergänzungs- oder besonderen Näheverhältnis zur Europäischen Union steht, in der Regel ausgeschlossen sei, wenn diese Institution lediglich zu Maßnahmen ermächtigt werden soll, die keinen unmittelbaren Bezug zur Rechtssphäre der Bürgerinnen und Bürger aufweisen. Die Beispiele, die das Gericht dann allerdings aufführt, um sein Ausschlusskriterium zu untermalen, treffen auf das ICS im CETA nicht zu. Eine Übertragung von Hoheitsgewalt findet wegen fehlender Durchgriffswirkung nach dem Bundesverfassungsgericht nicht statt, wenn die entsprechenden Regelungen „etwa für die konkrete Ausgestaltung von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union gelten,

ihre Organisation und ihre Verfahrensregelungen, ihr Handeln gegenüber Dritten oder die bloße Ermächtigung zu finanzwirksamem Handeln“ betreffen.

BVerfG: Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen Zustimmungsgesetze zu ESM- und IGA-Änderungsübereinkommen, NVwZ 2023, 336 Rn. 98.

Diese beispielhafte Aufzählung trifft auf das ICS nicht zu, da die CETA-Gerichte dazu ermächtigt werden, die Vertragspartner von CETA auf die Klage eines Individuums hin letztverbindlich und unmittelbar vollstreckbar zu Schadensersatz- oder Entschädigungsverpflichtungen zu verurteilen.

Das CETA sieht einen Primärrechtsschutz des kanadischen Investors bzw der Investorin, der unmittelbar zu der Aufhebung einer staatlichen Maßnahme führen könnte, nicht vor. Nach Art. 8.39 Abs. 1 lit a) und b) CETA kann das CETA-Gericht den beklagten Staat lediglich zu Schadensersatzzahlungen oder der Rückgabe von Vermögenswerten verurteilen, also nur Sekundärrechtsschutz gewähren. Das Gericht kann nationale Rechtsakte nicht ändern oder aufheben und damit auch nicht direkt in die (Grund-)Rechte der deutschen Bürger*innen eingreifen. Das bedeutet aber entgegen mancher Stimmen in der Literatur (etwa Kahlert, SchiedsVZ 2023, 2 (16)) nicht, dass das Gericht nicht hoheitlich handelt.

Bereits in der Nachrüstungsentscheidung hat das Gericht auf das Erfordernis einer unmittelbaren Durchgriffswirkung gegenüber dem einzelnen als erforderliches Begriffsmerkmal von Hoheitsgewalt verzichtet. Art. 24 Abs. 1 GG könne nicht entnommen werden, dass eine Übertragung von Hoheitsrechten immer nur dann anzunehmen sei, wenn der zwischenstaatlichen Einrichtung eine unmittelbare Durchgriffsbefugnis gegenüber dem einzelnen eingeräumt wird. Vielmehr komme es darauf an, dass ein vordem tatsächlich gegebenes oder rechtlich mögliches ausschließliches Herrschaftsrecht zugunsten fremder Staatsgewalt zurückgenommen wird. Das ist, wie oben dargelegt, mit dem ICS geschehen.

BVerfGE 68, 1 (90); umfangreiche Nachweise bei Dürig/Herzog/Scholz/*Callies*, GG, 2022, Art. 24 Abs. 1 Rn. 46 ff.

In seiner Entscheidung zu ESM und IGA-Änderungsübereinkommen bestätigte das Gericht, dass das Fehlen einer Durchgriffswirkung auf die Rechtsunterworfenen

nicht zwangsläufig dazu führen muss, dass eine Hoheitsrechtsübertragung ausgeschlossen ist, indem es die Frage aufwarf, ob es beim Fehlen einer Durchgriffswirkung für eine Hoheitsrechtsübertragung reicht, dass einer zwischenstaatlichen Institution die Befugnis übertragen wurde, politisch oder ökonomisch bedeutsame Sachverhalte zu regeln. Diese Frage hat das Gericht unbeantwortet gelassen und damit zumindest nicht verneint.

BVerfG, NVwZ 2023, S. 336 (Rn. 91).

Vor allem aber in der Literatur, die sich mit internationaler Gerichtsbarkeit und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit befasst, wird das Erfordernis einer Durchgriffswirkung als Definitionsmerkmal von übertragenen Hoheitsrechten übereinstimmend und zu Recht als zu kurz gegriffen erachtet, um die machtvolle Position der Investitionsschutzgerichtsbarkeit richtig zu erfassen. Ein breit akzeptierter Vorschlag, internationale Hoheitsgewalt zu definieren lautet wie folgt:

Internationale öffentliche Gewalt ist das auf völkerrechtlichen Verträgen basierende Vermögen einer zwischenstaatlichen Institution, andere Akteure wie die Vertragsstaaten in ihrer Freiheit rechtlich oder tatsächlich einzuschränken oder ihren Freiheitsgebrauch zu gestalten.

Dem liegt ein Verständnis von öffentlichem Recht zugrunde, das dieses als eine Ordnung zum Schutz individueller Freiheit und kollektiver Selbstbestimmung begreift und die Ausübung öffentlicher Gewalt folglich in jeder Maßnahme einer zwischenstaatlichen Institution verortet, die Auswirkungen auf die individuelle Freiheit von einzelnen oder die kollektive Selbstbestimmung hat, und bedeutsam genug ist, die Frage der demokratischen Legitimation dieser Institution plausibel zu stellen.

von *Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 151 f.; zustimmend *Steinbach*, Investor-Staatschiedsverfahren und Verfassungsrecht, *RabelsZ* 80 (2016), S. 1 (10 ff.), auch *Classen*, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, *EuZW* 2014, 611 (615), der allerdings vereinfacht für die

Übertragung von Hoheitsrechten auf die Verpflichtung der deutschen Staatsgewalt zu Entschädigungszahlungen durch das Schiedsgericht abstellt.

Die angesprochene Legitimitätsfrage stellt sich beim CETA-Gericht nicht nur plausibel, wie die Definition verlangt. Sie drängt sich geradezu auf. Schiedsurteile wirken nachgewiesen auf die nationalen Rechtsordnungen ein. Auch wenn sie einen Staat lediglich zu einer Zahlung von Schadensersatz verurteilen können, besteht angesichts der üblicherweise hohen finanziellen Forderungen von Investor*innen eine enge Verknüpfung von Sekundärrechtsschutz und Primärrechtsschutz, wenn vor allem die Höhe der Entschädigungspflicht Druck auf die staatlichen Organe aufbaut. Dieser Druck kann sich so auswirken, dass der betroffene Staat die Regelung politisch oder ökonomisch bedeutsamer Sachverhalte unterlässt. Denn die Verteidigung gegen Investor*innenklagen ist teuer. Die üblichen Kosten für die Vertretung der beklagten Staaten belaufen sich auf ca 5 Millionen USD,

Hodgson/Kryvoi/Hrcka, Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration, British Institute of International and Comparative Law, 2021, https://www.biicl.org/documents/136_isds-costs-damages-duration.pdf.

während die den Investor*innen zugesprochene Entschädigung zusätzlich oftmals in die Milliarden USD geht. Der Druck der Investorenklagen kann ebenfalls zu einer Korrektur einer nach nationalem Recht zulässigen oder auch gebotenen Primärmaßnahme führen und staatliches Handeln damit wesentlich beeinflussen. Hier nimmt die schiedsgerichtliche Rechtsprechung den auch vom Bundesverfassungsgericht selbst angesprochenen Einfluss auf politische und ökonomisch bedeutsame Sachverhalte bzw auf rechtlich zulässige staatliche Entscheidungen und damit auf die kollektive Selbstbestimmung im Sinne der oben dargelegten Definition. Tatsächliche Beeinflussungen nationaler Gesetzgeber oder nationaler Behörden iSe *regulatory chill* lassen sich zwar nur schwer erbringen,

Pohl, Societal benefits and costs of International Investment Agreements: A critical review of aspects and available empirical evidence, OECD Working

Papers on International Investment 2018, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/e5f85c3d-en.pdf?expires=1682432699&id=id&ac-cname=guest&checksum=1278E32BDDDD93FB947C15FE1156C62CA>, S. 62 ff.,

so dass idR zu ihrem „Nachweis“ mit anekdotischen Evidenzen gearbeitet wird. Doch mehren sich die Beispiele eines *regulatory chills* durch schiedsgerichtlichen Verfahrensdruck in den letzten Jahren. Und auch das Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) hat in seinen Bericht von 2022 erstmals das Faktum aufgenommen, dass „Handels- und Investitionsvereinbarungen sowie Vereinbarungen im Energiesektor die nationalen Klimaschutzbemühungen behindern.“

So *Ipp*, Was nach Urgenda noch geschah: Investitionsverträge und Investor-Staat-Schiedsverfahren, in: ZUR 2022, S. 387 (390 f. – Zitat).

Beispiele für Entschädigungsklagen wegen klimapolitischer Maßnahmen sind zB die Schiedsgerichtsklagen Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. und Uniper Benelux N.V. v Königreich der Niederlande, ICSID Fall Nr. ARB/21/22 sowie RWE AG und RWE Eemshaven Holding II BV v Königreich der Niederlande, ICSID Fall Nr. ARB/21/4. In den Klagen geht es um Schadensersatzforderungen in Höhe von über zwei Milliarden Euro wegen des Ausstiegs der Niederlande aus der Kohleverstromung.

Im Nachklapp zu diesen Klagen hat *Dänemark* seine klimapolitischen Ziele zurückgesteckt: „The Danish government has set a 2050 deadline for ceasing exploration projects, which is expected to affect just one fossil fuel licensing agreement. Had it set an earlier target of 2030 or 2040, it would have to pay “incredibly expensive” compensation to the companies that have invested in plants and equipment under fossil fuel deals, on top of revenue the Treasury would have lost, said climate minister Dan Jørgensen.“ Quelle: <https://capitalmonitor.ai/institution/government/cop26-ambitions-at-risk-from-energy-charter-treaty-lawsuits/>.

Zu den Auswirkungen auf den Zeitpunkt des deutschen Kohleausstiegs vgl. *Attac*, Teuer erkaufte. Wie der Energiechartavertrag die Kosten des deutschen Braunkohleausstiegs in die Höhe trieb, https://www.attac.at/fileadmin/user_upload/bilder/kampagnen/stopp_isds/Wie-der-ECT-die-Kosten-des-deutschen-Braunkohleausstieg-in-die-Hoehe-trieb-web.pdf.

Investor*innenklagen wirken sich auch auf den Verbraucher- und Gesundheitsschutz aus. *Neuseeland* zB verschob die Einführung des Plain Packaging für Zigarettenschachteln bis zum Ausgang des schiedsgerichtlichen Verfahrens, das Philip Morris gegen Australien angestrengt hatte: *Schill*, Internationales Investitionsschutzrecht und Gemeinwohlinteressen, in: *Der Staat* 57 (2018,) S. 563 (581 Fn. 70).

Nach *Ethyl Corporation v Kanada*, UNCITRAL, https://www.ita-law.com/sites/default/files/case-documents/ita0300_0.pdf, in der wegen des kanadischen Verbots eines gefährlichen Benzinzusatzstoffes Entschädigung in Höhe von 251 Millionen USD gefordert worden war, verpflichtete sich *Kanada*, das geplante Verbot von MMT fallen zu lassen, vgl. *foodwatch*, CETA. Angriff auf Gesundheit, Umwelt, Verbraucherschutz und Demokratie, Report 2022, S. 15.

Auch der Umweltschutz als solcher ist betroffen. Zum Einfluss des gerichtlichen Investitionsschutzes auf politische Entscheidungen, hier die Rücknahme von nach nationalem Recht zulässiger Umweltauflagen, siehe das ICSID-Verfahren zwischen Vattenfall und Deutschland wegen des Kohlekraftwerks in Hamburg-Moorburg. Dazu *Krajewski*, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), *ZUR* 2014, S. 396 (397 ff.); *Tams*, Internationales Wirtschaftsrecht als Grenze deutscher Umweltpolitik?, in: *NordÖR* 2010, 329 (329 f.);

Der Druck der schiedsgerichtlichen Urteile kann als *chilling effect* also bereits im politischen Vorfeld von Regulierungsmaßnahmen des Gesetzgebers entstehen. Er kann

aber auch im Nachhinein wirksam werden, wenn nach einer erfolgreichen Klage einer Investorin bzw eines Investors eine vergleichbare Klageflut droht. „Der durch den Sekundärrechtsschutz erzeugte oder gar gesteuerte Einfluss auf die Primärmaßnahme ist damit unmittelbar und lässt die Entschädigungspflicht somit als bestimmendes Element für die Entscheidung über die Primärmaßnahme wirksam werden.“

Steinbach, Investor-Staat-Schiedsverfahren und Verfassungsrecht, in: *RabelsZ* 80 (2016), S. 1 (12).

Diese naheliegende Befürchtung teilt auch der EuGH in seinem Gutachten 1/17 zum CETA. Hier schreibt er in Rn. 149: „Wären das CETA-Gericht und die CETA-Rechtsbehelfsinstanz befugt, Urteilsprüche zu erlassen, nach denen die Behandlung eines kanadischen Investors wegen des Niveaus des Schutzes eines öffentlichen Interesses, das von den Unionsorganen festgelegt worden ist, mit dem CETA unvereinbar ist, wäre die Union gezwungen, darauf zu verzichten, dieses Schutzniveau zu erreichen, wenn sie nicht immer wieder vom CETA-Gericht gezwungen werden will, Schadensersatz an den klagenden Investor zu leisten.“

Zudem weisen die Urteile des CETA-Gerichts vor allem dann, wenn gegen staatliche Regulierungsmaßnahmen geklagt wird, einen hohen Bezug zu zentralen Bereichen des Gemeinwohls auf, das zu definieren dem kollektiven Selbstbestimmungsrecht obliegt. Das CETA-Gericht kontrolliert öffentlich-rechtliches Handeln der Vertragsstaaten und bewertet die Zielsetzung ihrer Gesetzgebung im Verhältnis zum Schutz von privaten ausländischen Investitionen. Es nimmt so zu wichtigen nationalen sozialen Fragen nicht nur Stellung, sondern sanktioniert ihre gesetzgeberischen Lösungen, wenn es zu dem Ergebnis kommt, dass der Schaden an einer ausländischen Investition von dem verfolgten Gemeinwohlziel einer staatlichen Regulierung nicht aufgewogen wird. Daneben kann es die ausführenden Behörden sanktionieren, die diese bundes- oder landesgesetzgeberischen Aufträge gegenüber Investor*innen durchsetzen oder die Gerichte, die die behördlichen Maßnahmen gegenüber Investor*innen halten.

Das dem Investitionsschutz gewidmete Kapitel 8 aus CETA verwendet dabei einen weiten Investitionsbegriff. Nach Art. 8.1 CETA sind Investitionen Vermögenswerte jeder Art, die direkt oder indirekt im Eigentum oder unter der Kontrolle einer Investorin bzw eines Investors stehen und die Merkmale einer Investition aufweisen. Komplementär zu dem weiten Investitionsbegriff ist auch die Rechtsprechungsgewalt des CETA-Gerichts umfassend und kann tendenziell an allen möglichen nationalen Belangen andocken.

Der CETA-Gerichtsbarkeit wird damit die Befugnis übertragen, in politisch oder ökonomisch bedeutsame Sachverhalte – wenn auch nicht unmittelbar regulierend, so doch sanktionierend – einzugreifen.

Hinzu kommt, dass die Urteile des CETA-Gerichts über ihren Gemeinwohlbezug auch einen potentiellen Bezug zur Rechtsphäre der deutschen Bürger*innen haben. Nicht als Hoheitsübertragung betrachtet das BVerfG zwar „in der Regel“ völkervertragsrechtliche Ermächtigungen von Institutionen zu bloßen Maßnahmen, „die keinen unmittelbaren Bezug zur Rechtsphäre der Bürgerinnen und Bürger aufweisen.“, BVerfG, NVwZ 2023, 336 Rn. 98.

Tatsächlich weisen die Urteile des CETA-Gerichts aber potentiell einen unmittelbaren Bezug zur Rechtsphäre deutscher Bürger*innen auf, vor allem dann, wenn die Bundesrepublik Deutschland zur Zahlung von Entschädigungen verurteilt wird, weil sie durch Regulierungen Gemeinwohlbelange zB im Umwelt- und Klimaschutz oder im Verbraucherschutz verfolgt, zu denen sie sich aufgrund einer Umsetzung grundrechtlicher Schutzpflichten verpflichtet sieht, und die das CETA-Gericht dann als unverhältnismäßig sanktioniert.

Das CETA-Gericht kann Entscheidungen zu Gemeinwohlbelangen fällen, die der demokratisch gewählte Gesetzgeber eines Vertragsstaates verfolgen will. Es kann damit ebenfalls Entscheidungen zu dem Stellenwert von Grundrechten der nationalen Bevölkerung im Verhältnis zum Schutz einer kanadischen Investition treffen, ohne dass ein nationaler Instanzenzug eingehalten werden muss. Naheliegende Beispiele

für derartige Entscheidungsbefugnisse liegen zB in umwelt- und klimaschutzrechtlichen Regulierungen des deutschen Gesetzgebers. Umwelt- und klimaschutzrechtliche Regulierungen verfolgen nicht nur Gemeinwohlziele, sondern setzen auch Schutzpflichten aus Grundrechten von Bürger*innen durch.

Dass das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht nur Schutzpflichten zugunsten der einzelnen, sondern ebenso auch zugunsten künftiger Generationen enthält, hat das Gericht selbst zuletzt im Jahre 2021 entscheiden.

BVerfGE 157, 30 (LS: 1): „Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schließt den Schutz vor Beeinträchtigungen grundrechtlicher Schutzgüter durch Umweltbelastungen ein, gleich von wem und durch welche Umstände sie drohen. Die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Schutzpflicht des Staates umfasst auch die Verpflichtung, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen. Sie kann eine objektivrechtliche Schutzverpflichtung auch in Bezug auf künftige Generationen begründen.“

Beispielsfälle aus der Schiedsgerichtsrechtsprechung, in denen es ua um staatliche Schutzpflichten bzw Grundrechte der Bevölkerung ging, sind zB

Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3 – Zugang zu Wasser: Bolivien privatisierte seine Wasserversorgung und schloss einen 40 Jahre geltenden Vertrag mit Aguas del Tunari für die Wasserversorgung der regionalen Bevölkerung ab. Die Wassergebühren stiegen direkt um 100 bis 200 Prozent und konnten von den Bewohnern nicht aufgebracht werden. Nach bürgerkriegsähnlichen Protesten beendete Bolivien den Vertrag – und wurde auf 25 Millionen Dollar Schadensersatz verklagt. Hierzu die „Petition by NGOs and people to participate as an intervening party or amici curiae“ <https://www.italaw.com/cases/57>, Nr. 10: If this Tribunal were to issue an award in favor of Aguas del Tunari in this arbitration, the impact

on the Irrigators' Federation would be very damaging. Implementation of the Federation's legislative victories in 2000, which guaranteed their traditional water rights, would be effectively impossible because legislators would fear potential further challenges from transnational corporations. In addition, such an award would establish the precedent that rights to use and manage water could be undermined at any time by transnational corporations using secretive international processes.“

Santa Elena v Costa Rica, ICSID ARB/96/1, Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>, Rn. 72 – Einrichtung eines Nationalparks: „Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains.“ Auch wenn der Rechtsprechung des CETA-Gerichts die unmittelbare Durchgriffswirkung auf die rechtsunterworfenen Bürger*innen in Deutschland fehlen sollte, sind die Wirkmacht und Auswirkungen seiner Entscheidungen auf die deutsche Staatsgewalt, die im Fall der Nichterfüllung mit einem Reputations- und Investitionsverlust zu rechnen hat, und die Auswirkungen seiner Entscheidungen auf die Grundrechtsberechtigten hoch. Sie beeinträchtigen das kollektive Selbstbestimmungsrecht und auch die Grundrechte der einzelnen – wenn auch nur mittelbar. Die Rechtsprechung des CETA-Gerichts hat damit zumindest eine unmittelbare Rechtswirkung auf die deutschen Bürger*innen.

(3) Unmittelbare Vollstreckbarkeit der Urteile des CETA-Gerichts

Das BVerfG bejaht ferner eine Durchgriffswirkung einer zwischenstaatlichen Einrichtung, also die Übertragung von Hoheitsrechten, wenn die zwischenstaatliche Einrichtung, die durch völkerrechtlichen Vertrag eingerichtet wurde, unmittelbar

wirksame Rechtsbefehle an die Einzelnen *und/oder* alternativ an deutsche Stellen erteilen kann, ohne dass dies eines innerstaatlichen Umsetzungsakts durch den Gesetzgeber, deutsche Behörden oder Gerichte bedürfte.

BVerfG, NVwZ 2023, 336 Rn. 92; auch BVerfGE 153, 74 (Rn. 143): „Durch Art. 82 Abs. 1 Satz 1 EPGÜ werden die Entscheidungen und Anordnungen des Einheitlichen Patentgerichts darüber hinaus zu vollstreckbaren Titeln bestimmt.“

Diese Definition von ausgeübter Hoheitsgewalt entspricht dem Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt, die mit Zwangsmitteln verwoben ist und trifft auf die Urteile des CETA-Gerichts zu. Die Urteile des CETA-Gerichts sind letztverbindlich und bedürfen zu ihrer Vollstreckung insoweit keines weiteren Umsetzungsakts der deutschen Behörden oder Gerichte, außer dass sie in Deutschland idR von den hier zuständigen Gerichten durchgesetzt werden müssen. Die obsiegenden Investor*innen können die Urteile des CETA-Gerichts dort (oder überall anders) zwangsweise durchsetzen lassen, vgl. zB Art. 54 Abs. 1 ICSID-Übereinkommen.

Näher *Schreuer*, Art. 54, in: ders. (Hrsg.), *The ICSID Convention: A Commentary*, 2. Aufl. 2009, Rn. 23 ff.

Die Rechtskraftwirkung der Sprüche des CETA-Gerichts tritt zum einen dadurch ein, dass nach Art. 8.41 CETA jeder Urteilsspruch bindend und durch kein weiteres Gericht – weder ein nationales noch den EuGH – auf seine Richtigkeit hin überprüfbar ist. Art. 8.41 CETA ist anwendbar sowohl auf Schiedssprüche der ersten Instanz des CETA-Gerichts, als auch auf Schiedssprüche der Berufungsinstanz. Nach Art. 8.23 Abs. 2 CETA kann die klagende Investorin bzw der klagende Investor allerdings zwischen verschiedenen Schiedssystemen wählen, die sich unterschiedlich auf den Vollstreckungsprozess eines Schiedsurteils auswirken: der ICSID-Convention on Rules for Arbitration Proceedings, den UNCITRAL Arbitration Rules und jeden anderen von den Schiedsparteien einvernehmlich festgelegten Regeln. Die unterschiedlichen Rechtsregime haben Einfluss darauf, wie ein Urteil vollstreckt wird. Nach Art.

8.41 Abs. 4 CETA unterliegt die Vollstreckung des Urteilsspruchs den am Vollstreckungsort geltenden Rechtsvorschriften für die Vollstreckung von Urteilen oder Schiedssprüchen. Die etwas enigmatische Regelung in Art. 8.41 Abs. 4 CETA meint das jeweilige lokale Recht, das sich auf die Vollstreckung von Schiedssprüchen (oder Urteilen) bezieht – die sich am Vollstreckungsort idR nach der im Schiedsverfahren gewählten Verfahrensordnung richtet. Zur Zeit ist noch umstritten, ob Entscheidungen aus dem ICS tatsächlich Schiedssprüche darstellen oder Urteile sind, deren Vollstreckung nicht unter die Schiedsregeln zB der ICSID-Convention fallen.

Siehe *Bungenberg/Holzer*, in: *Bungenberg/Reinisch* (Hrsg.), *CETA Investment Law*, 2022, Art. 8.41 Rn. 63 ff.

Bis diese Rechtslage in der Praxis geklärt ist, wird davon auszugehen sein, dass die bekannten schiedsgerichtlichen Rechtsregime mit ihren Rechtsfolgen für die Vollstreckung eines Schiedsspruchs anwendbar sind. Zudem stellt Art. 8.41 Abs. 6 CETA insoweit klar, dass Urteile, denen ICSID zugrunde liegt, als Schiedssprüche im Sinne des Kapitels IV Abschnitt 6 des ICSID-Übereinkommens gelten. In den beiden vorherrschenden Verfahrensordnungen von ICSID und UNCITRAL ist die Rolle der nationalen Gerichtsbarkeit bei der Vollstreckung von Schiedssprüchen unterschiedlich geregelt. UNCITRAL sieht vor, dass ein nationales Gericht den Schiedsspruch auf seine Vereinbarkeit mit dem *ordre public* im Rahmen eines Aufhebungsverfahrens nach Art. 34 UNCITRAL iVm Art. 6 UNCITRAL und im Rahmen der Vollstreckbarerklärung nach § 1061 ZPO iVm Art. 36 UNCITRAL prüft. Abgesehen davon, dass auch diese Prüfung nur eine Minimalkontrolle durch nationale Gerichte darstellt, sieht das ICSID Übereinkommen dagegen nicht einmal diese Kontrolle vor. Nach Art. 53 ICSID findet das Ausschließlichkeitsprinzip Anwendung. Ein Schiedsspruch muss nach Art. 54 ICSID ohne weiteren Zugriff der nationalen Gerichte auf dessen Inhalt anerkannt und vollstreckt werden. Im Rahmen eines Annulment-Verfahrens (Art. 51 u. 52 ICSID) können zwar gravierende Verfahrensfehler zu einer Aufhebung des Schiedsspruchs führen, das Verfahren führt jedoch das Schiedsgericht selbst durch.

Näher *TietjeKlimke*, Internationaler Investitionsrechtsschutz, in: Ehlers/Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2021, § 5 Rn. 10 ff.; sehr krit. *Kablert*, Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit, in: SchiedsVZ 2023, S. 2 (18 f.).

Zumindest ICSID-Schiedssprüche werden nach Abschnitt 6 der ICSID-Convention von der nationalen Rechtsordnung so behandelt, als stellten sie rechtskräftige Urteile der nationalen Gerichte dar. Wählt eine Investorin bzw ein Investor diese Verfahrensordnung, was wohl in den überwiegenden Fällen der Fall sein dürfte, da die ICSID-Schiedsordnung den mit Abstand bedeutendsten prozessualen Rahmen in der Praxis darstellt,

Franck, Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration, North Carolina Law Review 2007, S. 39 ff. <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4291&context=ncr>

wird die nationale Überprüfbarkeit einer Verurteilung des Staates zu Entschädigungszahlungen gänzlich ausgeschlossen, so dass kein weiterer nationaler Umsetzungsakt zwischengeschaltet ist.

Eine andere Ansicht aus der Literatur nimmt dagegen das Erfordernis eines deutschen Umsetzungsakts auch bei einer Vollstreckung von Schiedssprüchen nach ICSID an. Sie verweist auf die Notwendigkeit der vorherigen Anerkennung eines Urteils des CETA-Gerichts durch ein nationales Gericht als Urteil unter der ICSID-Konvention.

Proelß, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gemischter EU-Handelsabkommen: Das Beispiel CETA, ZEuS 2016, S. 401 (410).

Die „Anerkennung“ des Schiedsspruchs durch ein deutsches Vollstreckungsgericht ist aber keine eigenständige Anerkennung einer fremden Maßnahme im Rechtssinne, die als Umsetzungsakt der deutschen Staatsgewalt gezählt werden könnte. Maßgeblich ist hier, dass das anerkennende Gericht hier keinen eigenen Entscheidungsspielraum hat. Es erhält direkt aus Art. 8.41 CETA den Befehl zur Vollstreckung der

Gerichtsentscheidung. Bei der Vollstreckung der Schiedsurteile unterliegt ein deutsches Gericht dabei nicht nur einer völkerrechtlichen Verpflichtung, dies zu tun, sondern infolge der bei geteilter Zuständigkeit ebenfalls anwendbaren unionsrechtlichen Regelung aus Art 216 Abs. 2 AEUV auch einer unionsrechtlichen Verstärkung dieser Befolgungspflicht. Hier ist, wie bereits vermerkt, entscheidend, dass das nationale Gericht keinen Entscheidungsspielraum hat. Es erhält direkt aus der CETA-Regelung die Anweisung zur Vollstreckung der Entscheidung des CETA-Gerichts. Die Möglichkeit des nationalen Gerichts, sich auch rechtswidrig verhalten zu können und eine Vollstreckung abzulehnen, ist kein Argument gegen die Durchgriffswirkung, zumal dann, wenn die zur Durchsetzung angerufenen nationalen Gerichte oder andere Institutionen des unterlegenen Gaststaates unkooperativ sind, die Investor*innen in das Vermögen des Gaststaates in einem anderen ICSID-Vertragsstaat, der sich kooperativer verhält, gegen den verurteilten Staat vollstrecken können. Die hier vertretene Auffassung widerspricht nicht der Regelung des Art. 30.6 CETA, die den Ausschluss der unmittelbaren Anwendung des CETA im nationalen Recht verfügt, da die Gewährung subjektiver Klagerechte an die Investor*innen und die Umgehung der nationalen Gerichtsbarkeit gerade der Sinn der Etablierung der CETA-Gerichtsbarkeit ist. Der Wortlaut des Art. 30.6 CETA passt nicht für einen Ausschluss der Rechte von Investor*innen auf Zugang zur CETA-Gerichtsbarkeit und die anschließende Vollstreckung ihrer Entscheidungen, weil es sich dabei um eine gerade durch CETA etablierte Institution handelt und nicht die Geltendmachung des CETA vor einer nationalen Instanz.

Dazu bereits oben im Sachverhalt unter 3., und die dortigen Nachweise. Die Gegenansicht verweist auf die Notwendigkeit einer vorherigen Anerkennung durch ein nationales Gericht als Urteil unter der ICSID-Konvention (so A. Proelss, ZEUS 2016, 401 (410)). Dabei unterliegt ein deutsches Gericht aber nicht nur einer völkerrechtlichen Verpflichtung, dies zu tun, sondern infolge der bei geteilter Zuständigkeit auch anwendbaren unionsrechtlichen Regelung aus Art 216 Abs. 2 AEUV auch einer unionsrechtlichen Verstärkung dieser Befolgungspflicht. Maßgeblich ist indes, dass dem

nationalen Gericht kein Entscheidungsspielraum zukommt. Es erhält direkt aus der CETA-Regelung die Anweisung zur Vollstreckung der Entscheidung. Die Möglichkeit des Gerichts, sich rechtswidrig zu verhalten, ist kein Argument gegen die Durchgriffswirkung. Das widerspricht entgegen Proelss aaO nicht Art. 30.6 CETA, dem Ausschluss der unmittelbaren Anwendung, da die Gewährung subjektiver Klagerechte an den Investor und die Umgehung nationaler Gerichtszuständigkeit gerade Sinn der Etablierung des CETA Investitionsgerichts ist. Der Wortlaut des Art. 30.6 CETA passt nicht für einen Ausschluss der Rechte von Investoren auf Zugang zum Investitionsgericht und die anschließende Vollstreckung seiner Entscheidung, weil es sich dabei um eine gerade durch CETA etablierte Institution handelt und nicht um eine Geltendmachung des CETA vor einer nationalen Instanz.

Mit der unmittelbaren Vollstreckbarkeit seiner Urteile in den Vertragsstaaten übt das CETA-Gericht somit Hoheitsgewalt aus.

Dieses Ergebnis entspricht auch dem grds weiten Begriffsverständnis des Bundesverfassungsgerichts, nach dem sich jedenfalls alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter als Ausübung von Hoheitsgewalt darstellt, da Entscheidungen die staatliche Herrschaft steuern und sich daher vom Volk herleiten müssen. „Dies gilt gleichermaßen für Entscheidungen, die unmittelbar nach außen wirken, wie für solche, die durch einen anderen Verwaltungsträger umgesetzt werden müssen, sofern dieser dazu rechtlich verpflichtet ist.“

BVerfGE 83, 60 (73); 107, 59 (94).

Und auch der EuGH ist hier eindeutig. In seinem Gutachten 1/17 zum CETA schreibt er umstandslos: „Nach Art. 8.41 Absatz 2 CETA erkennen die Streitparteien den Urteilsspruch an und kommen ihm unverzüglich nach. Würde die Union durch einen endgültigen Urteilsspruch des CETA-Gerichts oder nach den Modalitäten gem. Art. 8.28 Abs. 9 CETA von der CETA-Rechtsbehelfsinstanz verurteilt, müsste sie den entsprechenden Betrag also zahlen.“, EuGH, Gutachten 1/17, Rn. 145.

Abschließend sei nochmals betont, dass die hier thematisierten Zuständigkeiten der Ausschüsse und des Investitionsgerichtssystems Grundrechtsträger auch aus und in Deutschland betreffen und begünstigen, weil das Investitionsschutzkapitel auch für in Deutschland gegründete/aufgekaufte Unternehmen kanadischer Unternehmen/Investoren gilt, s. Art. 8.1. CETA zum Begriff des „gebietsansässigen Unternehmen“, der „nach dem Recht des Beklagten [Deutschland] gegründete... juristische Person, die direkt oder indirekt im Eigentum oder unter Kontrolle eines Investors“ Kanadas stehen, meint. Das BVerfG hat die Übertragung von Rechtsprechungsaufgaben auf ein supranationales Gericht und die von diesbezüglichen Rechtsetzungsaufgaben auf internationale Vertragsgremien in der Entscheidung zum Patentgericht als Übertragung von Hoheitsrechten nach Art 23 Abs. 1 S. 3 GG angesehen (bestätigt in BVerfG v. 13.10.2022, Rn. 93 – ESM Änderung). Das lässt sich nach dem soeben Ausgeführten ohne weiteres auch auf die CETA-Investitionsgerichtsbarkeit und die darauf bezogenen regelsetzenden Ausschusszuständigkeiten des Gemischten CETA-Ausschusses und des CETA-Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen anwenden, so etwa im Hinblick auf administrative und organisatorische Aspekte der Arbeitsweise des Berufungsgerichts und über einen Verhaltenskodex für die Richter, und über Streitbeilegungs- und Transparenzregeln, s. Art. 8.44.2 und .3 b) CETA. Die Zuständigkeiten des Investitionsgerichts wirken auch noch nach Beendigung des CETA für 20 Jahre fort (s. oben), so dass Deutschland dem nicht einmal durch Kündigung schnell entkommt. Außerdem erlaubt CETA dem Gemischten CETA Ausschuss in Art. 8.29 CETA nach Etablierung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs die CETA Investitionsstreitigkeiten auf den neuen Gerichtshof überzuleiten und geeignete Übergangsregelungen anzunehmen. Dadurch wird ermöglicht, die Hoheitsgewalt der Schadensersatzrechtsprechung auf Investorenklagen hin erneut weiterzugeben an einen neuen, noch nicht in Ansätzen erkennbaren Gerichtshof. Die Zustimmung zu CETA durch die deutschen Verfassungsorgane ermöglicht somit eine noch nicht in ihren Umrissen erkennbare

Weitergabe der begrenzten Rechtsprechungsgewalt an ein ganz anderes internationales Gericht, mit unmittelbaren Auswirkungen auf die Verfahren, die Zuständigkeit deutscher Gerichte und damit potentiell auch auf deutsche Grundrechtsträger.

Ergebnis

Somit ist insgesamt festzuhalten, dass die Zustimmung zu CETA Hoheitsrechte im Bereich des Ausschusswesens und der Investitionsgerichtsbarkeit auf neue Hoheitsträger überträgt, und dies gerade auch im nationalen Zuständigkeitsbereich. Dies löst sogar, wie oben erwähnt, als einer Verfassungsänderung vergleichbare Fortentwicklung des Integrationsprogramms – jedenfalls mit Blick auf die CETA-Investitionsgerichtsbarkeit und seine die deutsche Gerichtsbarkeit verdrängende Zuständigkeit und die diebezüglichen Ausschusszuständigkeiten zu Entscheidungsmaßstäben und Verfahren des ICS - das Bedürfnis nach Wahrung der 2/3 Mehrheit aus Art 23 Abs. 1 Satz 3 GG aus. Somit gelten auch für die Wahrung der Rechte der Beschwerdeführer aus dem Recht auf Demokratie nach Art 38 Abs. 1 GG bezüglich der Zustimmung zum nationalen Teil des CETA die oben unter a) formulierten Anforderungen an demokratischer Legitimation und Wahrung der Verfassungsidentität.

dd) Schließlich: Recht auf Demokratie und Wahrung der Verfassungsidentität auch im Hinblick auf die formellen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Übertragung von Hoheitsgewalt

Zu den eben genannten Anforderungen aus Art. 38 I iVm. Art. 20 GG zählen auch die der Einhaltung der formellen Anforderungen der Hoheitsübertragung aus Art. 23 Abs. 1 S. 2 und 3 GG (Gesetzesform, 2/3 Mehrheit), die sog. formelle Übertragungskontrolle. Dieses wurde in der Patentgerichtsentscheidung BVerfGE 153, 74, Rn. 132 ff) etabliert. Die abweichende Meinung hierzu verwies auf den angeblich unzureichenden Zusammenhang mit dem Recht auf Demokratie, da es um objektive Verfahrensvorgaben ginge und nicht um die Sicherung der demokratischen inhaltlichen Einflussmöglichkeiten der Wahlbürger (abw Meinung zu BVerfGE 153, 74, Rn

4). Die gegen die Subjektivierung objektiven Verfassungsrechts (ebda. Rn 7) vorgebrachten Argumente müssen sich fragen lassen, ob die auch von der abw Meinung anerkannte (ebda Rn. 9) Subjektivierung der Budgethoheit dann nicht auch abzulehnen wäre. Wenn es darum geht, das im Wahlrecht abgesicherte demokratische Selbstbestimmungsrecht vor Einschränkungen durch Entäußerung von Hoheitsgewalt zu schützen, oder vor Ausübung einer nicht legitimierten, von ihnen nicht beeinflussbaren Hoheitsgewalt zu schützen (so auch abw M, Rn. 10), so müssen davon auch die formalen Anforderungen an die Errichtung der neuen Hoheitsgewalt erfasst sein. Denn auch nach der abw M geht es um Schutz demokratischer Grundsätze, die auch vor Verfassungsänderungen halt machen und sich auch dadurch nicht entziehen lassen (ebda Rn 13). Dazu gehören auch die erhöhten formalen Anforderungen an inhaltliche Verfassungsänderungen, wie sie Art 23 Abs. 1 S. 3 GG aufnimmt. Die Aussage, dass dieses durch die in Art 79 Abs. 3 niedergelegten Grundsätze nicht geboten sei (vgl. abw Mng Rn 13) ist durchaus anzuzweifeln. Formal mag man mit dem Nichtverweis auf Art 79 Abs. 2 in Art. 79 Abs. 3 GG und der separaten Regelung der erhöhten Mehrheit in Art 79 Abs. 2 statt in Abs. 3 argumentieren. Doch dürfte es durchaus ein allgemeiner, unhintergebarer Verfassungsgrundsatz sein, dass Verfassungsänderungen, zumal nicht-textliche, die Art. 79 GG eigentlich nicht regelt, sondern ausschließt, erhöhten, auch formalen Anforderung unterliegen, im Interesse der Sicherung des Bestands der Verfassung. Die gegen das Argument der Senatsmehrheit, kein Wahlbürger dürfe einer (nur) formell verfassungswidrigen Hoheitsgewalt unterworfen werden, erhobenen Einwände (Abw M, Rn 16 ff) argumentieren mit dem Vorwurf einer Sonderrechtsprechung für völkerrechtliche Verträge und der dennoch gegebenen Korrekturmöglichkeit/Rückholbarkeit. Das vorliegende CETA Beispiel mag hier hingegen veranschaulichen, dass materiell verfassungsändernde Hoheitsübertragung, wie sie in der Einrichtung autonomer internationaler Investitionsgerichtsbarkeit zu sehen ist, eben nicht mehr rückholbar ist: Ein wenn auch nur formal verfassungswidrig etabliertes Gerichtssystem wie dieses wäre auch nach deutscher Kündigung (etwa um den Verfassungsverstoß ungeschehen zu

machen) noch 20 Jahre aktiv, die Vollstreckung seiner Urteile unabweisbar. Eine Norm wie Art. 82 EPGÜ (abwM, Rn. 19) gibt es in CETA nicht. Ferner erlaubt CETA dem Gemischten Ausschuss in Art. 8.29 CETA nach Etablierung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs die CETA Investitionsstreitigkeiten auf den neuen Gerichtshof überzuleiten und geeignete Übergangsregelungen anzunehmen. Hier wird somit, wie bereits ausgeführt, ermöglicht, die Hoheitsgewalt erneut weiterzugeben an einen neuen, noch nicht in Ansätzen erkennbaren Gerichtshof. Die Entscheidung darüber liegt allein in Hand des Ausschusses und ist nicht rückholbar. Indes mag dies alles dahinstehen, da in späteren einstimmigen Entscheidungen desselben Senats die formelle Übertragungskontrolle ausdrücklich bekräftigt wurde (BVerfG, Beschluss v. 13.10.2022, Rn. 83 – ESM-Änderung).

Nach diesen Ausführungen unter a) und b) zu den bezüglich der deutschen Mitwirkung am Inkrafttreten von CETA zu beachtenden Gehalten aus dem Recht auf Demokratie werden nunmehr nachfolgend konkret die durch das gerügte Zustimmungsgesetz und die bevorstehende Mitwirkung Deutschlands im Rat insoweit erfolgten bzw. erfolgenden Grundrechtsverletzungen geltend gemacht:

c) formelle Übertragungsrüge: Zustimmung durch Gesetz ohne Hoheitsübertragung

Die Beschwerdeführer machen geltend, dass ihre Rechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG dadurch verletzt werden, dass Bundestag und Bundesrat mit ihrer Zustimmung zu CETA und die dadurch veranlasste weitere Mitwirkung der Bundesregierung beim Abschluss von CETA eine vertragliche Bindung eintreten lassen, die das politische Gestaltungsrecht des Bundestages aushöhlt und die Verfassungsidentität der Bundesrepublik verändert, ohne dass die formellen Voraussetzungen für eine Übertragung von Hoheitsgewalt nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 und 3 GG beachtet wurden. Die Übertragung von Hoheitsgewalt auf Ausschüsse und durch die Errichtung der ab-

schließlich entscheidenden CETA-Gerichtsbarkeit bedarf nicht nur eines Gesetzesbeschlusses nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 zur Übertragung, sondern auch der Wahrung der weiteren formalen Anforderung an eine einer vertraglichen Änderung des Primärrechts vergleichbaren Regelung, durch die das GG seinem Inhalt nach geändert und ergänzt wird, gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 3 iVm Art. 79 Abs. 2, also der 2/3 Mehrheit von Bundesrat und Bundestag. Obschon beide Organe mit einer 2/3 Mehrheit abstimmten, erfüllte dies indes nicht die Anforderungen nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 und 3 GG. Denn die Grundlage für die Abstimmung des Bundestags war Art. 59 Abs. 2 GG und für die Zustimmung des Bundesrates Art. 84 GG. Beide Organe stimmten damit zwar CETA mit einem Vertragsgesetz zu, doch ohne Hoheitsrechte dabei übertragen zu wollen. Das ergibt sich deutlich aus den angegebenen Rechtsgrundlagen. Nirgendwo im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde auf die Vornahme einer Hoheitsübertragung hingewiesen. Sonst erfolgt das schon in der Gesetzesbegründung oder wenigstens bei der Zuleitung des Gesetzesentwurfs an den Bundestag oder Bundesrat durch die Bundesregierung.

Vgl. etwa BT-Drs 18/11137 zum Gesetzesentwurf zum Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht, bzgl Übertragung nach Art. 24 Abs. 1 GG; BT-DRs 19/22847 zum Gesetzesentwurf zum Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht; BRt-Drs 220/21 Gesetzesentwurf Übereinkommen zur Änderung des ESMV; BRt-Drs 221/21 zum Gesetzesentwurf zum IGA-Änderungsübereinkommen

Bei diesem formalen Mangel in der Begründung handelt es sich nicht um eine Nebensächlichkeit. Dass ein Gesetz und auch die 2/3 Mehrheit sozusagen zufälligerweise vorliegen, kann alleine für die Erfüllung der Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 GG nicht hinreichen. Denn entscheidend ist insoweit der Anspruch des Wahlbürgers und damit der Beschwerdeführer, dass sie nur solcher Hoheitsgewalt unterworfen sind, die verfassungskonform begründet wurde. Das Recht auf Demokratie besteht im Interesse einer Ermöglichung demokratischer Prozesse und der Teilhabe des Bürgers daran. Der hier vorliegende demokratische Prozess der Zustimmung zu CETA war hingegen defizitär, denn es erfolgte gerade keine Willensbildung in den beiden Organen zu einem Ob und einem Wie einer Hoheitsübertragung an die durch

CETA errichteten Gremien. Der Bundestag gibt somit durch seine Zustimmung Hoheitsrechte an die Ausschüsse und die Gerichtsbarkeit ab, ohne sich dessen bewußt zu sein. Auch erkennen die Verfassungsorgane nicht, dass die Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG vorliegen, weil durch die Ermöglichung der Weiterübertragung von Hoheitsrechten durch Ausschusssentscheidungen das GG seinem Inhalt nach ergänzt oder geändert wird; denn es werden mit dem CETA Investitionsgericht neue Hoheitsträger errichtet, die für Deutschland bindend Recht setzen oder abschließend auslegen.

Der Bundestag wie auch der Bundesrat haben insoweit ihre Integrationsverantwortung darüber, ob sie mit CETA Hoheitsrechte abgegeben wollen oder nicht, gar nicht erkannt und konnten sie daher nicht ausüben. Wenn die Zustimmung des Bundestags wie des Bundesrats nur aufgrund von Artikel 59 Abs. 2 und Art. 84 GG erfolgte, dann geschah dies mangels Kenntnis von der Hoheitsübertragung. Objektiv erfolgte somit – wie oben umfassend dargelegt - eine Übertragung von Hoheitsgewalt, ohne dass dem jedoch eine dahingehende Willensbildung der repräsentativen Staatsorgane Bundestag und Bundesrat zugrunde liegt. Damit ist das Recht auf demokratische Mitbestimmung, die über die Wahl zum BT erfolgt, der die Bürger in der Ausübung von Staatsgewalt vertritt, verletzt. Der BT geht eine Bindung ein und überträgt Hoheitsrechte, ohne sich dessen bewußt zu sein. Es fehlt damit dem Vorgang der Zustimmung zum CETA die hinreichende demokratische Legitimation, was die Beschwerdeführer in ihrem Recht auf Demokratie verletzt. Die vorliegende Beschwerde zielt auch darauf, diesen Verfassungsverstoss zu rügen und dadurch den demokratischen Prozess über die Frage des Ob und Wie einer entsprechenden, wie im CETA vorgesehenen Hoheitsübertragung zu eröffnen; denn erst das Bewußtsein über das Vorliegen einer Hoheitsübertragung kann den Ausgangspunkt für entsprechende Kontrollüberlegungen bilden. Bleibt dieser demokratisch-repräsentative Prozess in den Verfassungsorganen aus, verletzt die Hoheitsübertragung das Wahlrecht der Beschwerdeführer. Die formale Anforderung einer 2/3 Mehrheit für die Übertragung von Hoheitsgewalt, die das GG im Ergebnis ergänzt, dient einer Signal- oder

Warnwirkung: Die letztlich verfassungsändernde Entscheidung bedarf erhöhter Legitimation und soll dadurch einer breiten Debatte und Unterstützung zugeführt werden, auch mit Blick auf nötige Korrektur- und Kontrollmechanismen. Diese Wirkung wurde hier mangels Bewußtseins bei BT und Bundesrat über die erfolgende Hoheitsübertragung nicht erzielt. Damit schlägt der formale Mangel einer falschen Rechtsgrundlage trotz Vorliegens einer 2/3 Mehrheit durch und kann nicht durch das mehr oder minder zufällige Vorhandensein der 2/3 Mehrheit bei den Abstimmungen geheilt werden. Die Rechte der Beschwerdeführer aus Art. 38 Abs. 1 GG sind verletzt, weil der verfassungsrechtlich erforderliche demokratische Prozess der Einigung über eine Hoheitsübertragung, zumal wenn diese inhaltlich das GG verändert durch die Einführung neuer Hoheitsträger, gerade nicht gegeben war. Der demokratische Prozess hätte etwa Raum für Erwägungen zur Wahrnehmung der Integrationsverantwortung auch im Hinblick auf Kontrollmechanismen gegeben, was hier unterblieb. Dieser Ausfall wiegt auch deshalb schwer, weil – wie bereits aufgezeigt – eine Rückholbarkeit der mit Zustimmung zu CETA erfolgten Hoheitsübertragung auch bei Kündigung von CETA durch die Bundesrepublik nicht ex nunc möglich ist, da die Rechtsprechungszuständigkeit des ICS 20 Jahre fortwirkt und insoweit auch die übertragenen Ausschusszuständigkeiten im CETA mit Bezug auf Entscheidungsmaßstäbe und –verfahren im ICS weiter relevant bleiben für auch gegen die Bundesrepublik gefällte Entscheidungen.

d) Identitätsrüge bezüglich eines undemokratischen Ausschusssystems

Die Beschwerdeführer machen ferner geltend, dass ihre Rechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG dadurch verletzt werden, dass Bundestag und Bundesrat mit ihrer Zustimmung zu CETA und die dadurch veranlasste weitere Mitwirkung die Bundesregierung beim Abschluss von CETA eine vertragliche Bindung eintreten lassen, die das politische Gestaltungsrecht des Bundestages aushöhlt und die Verfassungsidentität der Bundesrepublik verändert. Das deutsche Zustimmungsgesetz zum CETA

kann einen Rechtsanwendungsbefehl nur in Übereinstimmung mit der Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland erteilen. Die Vorgaben des Art. 23 Abs. 1 GG sind auch bzgl des Zustimmungsgesetzes zum CETA zu prüfen, da das CETA zu den Angelegenheiten der Europäischen Union zählt. Das gilt – wie dargelegt – auch bei Anwendung des Art. 24 GG auf die deutsche Zustimmung. Bei jeder Übertragung von Hoheitsrechten sind die sich aus der Verfassungsidentität des Grundgesetzes hierfür ergebenden materiellen Grenzen zu beachten. Auch bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf eine in einem Ergänzungs- und sonstigen besonderen Näheverhältnis zur Europäischen Union stehende zwischenstaatliche Einrichtung hat der Integrationsgesetzgeber sicherzustellen, dass die Grundsätze der Art. 1 und Art. 20 GG nicht berührt werden. Im Rahmen der Identitätskontrolle prüft das Bundesverfassungsgericht deshalb, ob die durch Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten demokratischen Grundsätze des Grundgesetzes durch ein Integrationsgesetz und/oder einen völkerrechtlichen Vertrag berührt werden.

BVerfGE 123, 267 (344, 353 f.); 126, 286 (302); 153, 74 (Rn. 139).

Dies geschieht im CETA dadurch, dass es die Errichtung von Ausschüssen vorsieht, die mit den oben benannten erheblichen, weitreichenden Entscheidungsbefugnissen (Regelsetzung, Textänderung, verbindliche Auslegung, Überleitung der Investitionsgerichtsbarkeit) ausgestattet sind (s. unten aa) und dies auf Basis unbestimmter Mandate im CETA (s. unten bb). Diese Hoheitsausübung der Ausschüsse ist weitreichend und untersteht keiner hinreichenden demokratischen Kontrolle. Die Beschlüsse der Ausschüsse wirken zwar nicht unmittelbar, müssen aber in der EU und damit auch in Deutschland umgesetzt werden, und manche dieser Beschlussfassungszuständigkeiten sind mitbestimmend für den Inhalt eventueller Investitionsgerichtsentscheidungen. Der Deutsche Bundestag verliert insoweit erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten. Zwar hat die EU für Teile dieser Beschlussfassungszuständigkeiten die Kompetenz zu autonomer Hoheitsausübung im Rahmen der ihr bereits übertragenen Hoheitsrechte. Doch müssen die von der EU dabei etablierten Verfahren – wie oben a) dargelegt - demokratischen Mindestanforderungen entsprechen.

Das ist vorliegend nicht der Fall; die mit Erklärung Nr 19 zum Ratsprotokoll anlässlich der Unterzeichnung formulierte Selbstverpflichtung zur Einstimmigkeit, die für das BVerfG in seinem CETA Beschluss vom 9.2.2022, Rn. 191 entscheidend für die Ablehnung einer Verletzung der Verfassungsidentität im Rahmen der vorläufigen Anwendung von CETA war, wirkt für den Abschluss des Abkommens nicht. Ihre Neuverankerung ist vom Bundestag und Bundesrat ausdrücklich nicht zur Bedingung ihrer Zustimmung gemacht worden. Die Legitimationsprobleme stellen sich erst recht mit Blick auf die in nationaler Zuständigkeit fallenden Ausschussbeschlussfassungszuständigkeiten und Entscheidungszuständigkeit des Investitionsgerichts (näher dazu unten cc).

aa) bindende und umfassende Beschlussfassungszuständigkeiten der Ausschüsse

Die im CETA errichteten Ausschüsse sind zu die EU und die Mitgliedstaaten völkerrechtlich, aber im Rahmen der EU-Zuständigkeiten nach Art 216 Abs. 2 AEUV auch unionsrechtlich bindenden Beschlüssen ermächtigt, die ihnen die Ausübung erheblicher Hoheitsgewalt, nämlich im Bereich Rechtsetzung, Auslegung und Änderungen des Vertragswerks sowohl punktuell hinsichtlich des CETA-Texts als auch hinsichtlich seiner Anhänge und Protokolle erlauben (s. oben; näher sogleich), und die von den Parteien umgesetzt werden müssen (Art. 23.3 Abs. 2 CETA). Trotz Ausschluss der unmittelbaren Anwendung des CETA ist ihre ordnungsgemäße Umsetzung verpflichtend für die EU und die Mitgliedstaaten, ohne dass die Beschlüsse noch einer eigenen Zustimmung durch Parlamente oder andere nationale oder EU-Organe bedürften, jedenfalls soweit es um die hier konkret beklagten Zuständigkeiten geht. Die Beschlussfassung in den Ausschüssen wird im Rahmen der EU-Zuständigkeiten im Verfahren nach Art 218 Abs. 9 AEUV auf einen Vorschlag der Kommission hin vom Rat und nur von diesem für die EU vorbereitet, soweit es um nationale Zuständigkeiten geht im gleichzeitig verabschiedeten Beschluss der im Rat

vereinten Vertreter der Mitgliedstaaten. Eine nachfolgende Beschlussfassung in den Parteien bzw Ratifikation durch die Parteien ist nicht vorgesehen.

bb) Unbestimmtheit dieser Mandate

Wegen der Bestimmtheitsanforderungen für die Übertragung von Hoheitsgewalt und der bedenklichen Verselbständigung von Entscheidungsverfahren sind verfassungsrechtlich unzulässig solche Hoheitsrechte der Ausschüsse im CETA, die bei der Entscheidung erheblicher Fragen unbestimmte, nicht weiter eingegrenzte und erhebliche, einer parlamentarischen Entscheidung bedürftigen Gestaltungsbefugnisse gewähren oder die sogar eine Befugnis zum Normerlass übertragen, die nicht in engen Grenzen präzise gefasst ist. Denn dann fehlt es an der gebotenen hinreichenden demokratischen Kontrolle über die Ausübung dieser Hoheitsgewalt durch die Ausschüsse. Rechtsetzende Betätigung, also der Erlass abstrakt-genereller Regeln, fällt grundsätzlich unter die parlamentarische Zuständigkeit. Rechtsetzung kann von Parlamenten nur in Grenzen weitergegeben werden. Daher darf Rechtsetzung nicht durch Hoheitsübertragung auf in völkerrechtlichen Abkommen der EU errichtete Ausschüsse ohne parlamentarische Sicherung übertragen werden.

Das gleiche gilt für Befugnisse zur autonomen Änderung des CETA, soweit sie über eine Präzisierung untergeordneter Fragen hinausgehen, sondern neue Regeln festlegen. Solche Änderungen sind im normalen Änderungsverfahren durch Abschluss eines neuen völkerrechtlichen Vertrags durchzuführen, das dem Europäischen Parlament für die EU-Zuständigkeit und dem Bundestag und ggf Bundesrat jedenfalls für den nationalen Teil volle Mitspracherechte gewährt, und nicht in einem vereinfachten, parlamentarisch nicht begleiteten Verfahren nach Art 218 Abs. 7 oder 9 AEUV oder durch die Regierungen der EU-Mitgliedstaaten, also auch die deutsche, ohne bestimmende Mitwirkung des Bundestags.

Zu nennen sind daher folgende mit der Verfassungsidentität nicht vereinbare Beschlussfassungszuständigkeiten, die oben im Sachverhalt zum Teil schon näher vorgestellt wurden:

Art. 8.1 CETA: Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschuss zur Erweiterung des Begriffs Geistiges Eigentum (insoweit auch von nationaler Kompetenz getragen wegen der Relevanz auch für Portfolioinvestitionen)

Art. 8.10 Abs. 3 CETA: Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschusses zur Festlegung des sog. FET Standards (insoweit auch von nationaler Kompetenz getragen, da Investitionsschutz auch vom EuGH, Singapur Gutachten, als nicht alleinige Zuständigkeit der EU anerkannt)

Art. 8.28 Abs. 7: Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschuss zum Erlass von Regeln zur Arbeitsweise des Berufungsgerichts (auch von nationaler Zuständigkeit getragen, da Investitionsgerichtsbarkeit auch unter die nationale Zuständigkeit fällt)

Art. 8.29: Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschuss zur Überleitung der Investitionsschutzzuständigkeit auf einen neuen multilateralen Investitionsgerichtshof (auch von nationaler Zuständigkeit getragen, da Investitionsgerichtsbarkeit auch unter die nationale Zuständigkeit fällt)

Art. 8.44 Abs. 2 CETA: Zuständigkeit eines Sonderausschusses zum Erlass eines Verhaltenskodex für die Richter (auch von nationaler Zuständigkeit getragen, da Investitionsgerichtsbarkeit auch unter die nationale Zuständigkeit fällt)

Art. 8.44 Abs. 3b) CETA: Zuständigkeit eines Sonderausschusses zum Erlass von Verfahrensregeln für die Richter (auch von nationaler Zuständigkeit getragen, da Investitionsgerichtsbarkeit auch unter die nationale Zuständigkeit fällt)

Art. 26.1 Abs. 5 e) iVm. Art. 8.31 Abs. 3, 8.44 Abs. 3 a): Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschuss zur verbindlichen Auslegung des CETA (auch von nationaler Zuständigkeit getragen, soweit für dortige Ausschusskompetenzen relevant)

Art. 26.1 Abs. 5 lit. g) h): Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschusses zur Änderung der Aufgaben der Sonderausschüsse

Art. 30.2 Abs. 2: Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschuss zur Änderung von Anhängen und Protokollen (betrifft auch CETA-Teile in nationaler Zuständigkeit)

Die Verletzung der Verfassungsidentität ergibt sich bei diesen Regelungsbefugnissen mit eigenem Gestaltungsspielraum für die Ausschüsse daraus, dass dieser sachlich-inhaltlich demokratisch legitimiert sein muss, es aber nur in unzureichendem Maße ist. Hier werden durch offene Blankettregeln in CETA Befugnisse übertragen, und das im auch nationalen Zuständigkeitsbereich:

Art. 8.1 CETA gewährt im Rahmen der Definition der Rechte des Geistigen Eigentums dem Gemischten CETA-Ausschuss die Möglichkeit, durch Beschluss den Begriff des Geistigen Eigentums durch die Festlegung weiterer Kategorien auszuweiten. Diese Ausweitung des Begriffs um neue Kategorien ist eine textliche Veränderung des CETA. Die Norm enthält insoweit keinerlei Einschränkung oder konkretisierende Maßgabe dahingehend, welche neuen Eigentumsrechts in den CETA-Kontext einbezogen werden. Der Ausschuss hat völlig freies Ermessen.

Nach Art. 8.10 Abs. 3 CETA beschließt der Gemischte CETA-Ausschusses auf Vorschlag des Dienstleistungsausschusses über den Inhalt der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung der Investoren, was sich allgemein auf eine inhaltliche Bestimmung des Standards bezieht („Inhalt der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung“), ohne nähere konkretisierende oder sein Ermessen dirigierende Vorgabe. Nach der Erklärung im Gemeinsamen Auslegungsinstrument der Parteien zu CETA (ABLEU 2017 L 11/3, Buchstabe 6.e)) sollen Auslegungszuständigkeiten des Gemischten Ausschusses – und als solche ordnet der EuGH auch die Kompetenz nach Art 8.10 Abs. 3 CETA ein, EuGH, Gutachten 1/17, Rn. 232 – dazu dienen, Fehlentwicklungen in der Auslegungstätigkeit der Investitionsgerichte zu korrigieren. Doch gibt auch diese recht offene Zielrichtung – es wird nicht deutlich, was Fehlentwicklungen sein sollen - keine inhaltliche Maßgabe.

Nach Art. 8.28 Abs. 7 CETA trifft der Gemischte CETA-Ausschuss eine Regelung, in der administrative und organisatorische Aspekte der Arbeitsweise des Berufungsgerichts geregelt werden. Dabei geht es insbesondere auch um Verfahrensfragen. Zwar sind die Gegenstände der Verfahrensregelungen in Art. 8.28 Abs. 7 lit a) bis f) einzeln benannt, doch folgt in lit g) eine Auffang- oder Abrundungsklausel, die sich auf alle sonstigen für das Funktionieren erforderlichen Aspekte bezieht. In welche Richtung der Ausschuss sein Gestaltungsermessen ausüben soll, ist damit nicht vorbestimmt. Damit kommt dem Ausschuss eine rechtsetzende Funktion ohne weitere inhaltliche Eingrenzung zu. Er hat ein weites Ermessen.

Noch problematischer ist die Zuständigkeit des Ausschusses für Dienstleistungen und Investitionen nach Art. 8.44 Abs. 2 CETA, einen Verhaltenskodex für die Richter festzulegen, der auch, aber nicht nur („unter anderem“) Fragen der Offenlegung, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter und der Vertraulichkeit regeln soll. Ferner hat er nach Art. 8.44 Abs. 3 b) die Zuständigkeit, die Streitbeilegungsregeln des CETA zu ergänzen und auch Transparenzregeln zu erlassen, die die im CETA vorgesehen ändern können. Das CETA enthält insoweit wiederum keinerlei sachlich-inhaltlichen Maßgaben, die das Regelsetzungsermessen des Ausschusses lenken und die inhaltliche Ausgestaltung des Verhaltenskodex oder der Transparenzregeln anleiten. Zwar bestimmen sowohl Art. 8.44 Abs. 2 als auch Art. 8.44 Abs. 3, dass der Ausschuss diese Regelungen „im Einvernehmen mit den Vertragsparteien“ nach Erfüllung ihrer jeweils internen Vorschriften und Verfahren erlässt. Damit sind aber ausweislich der bereits bestehenden Vertragspraxis der Parteien, die hierzu bereits im Ausschuss Beschlüsse getroffen haben, ehe diese CETA-Regeln überhaupt anwendbar waren, nur die Regeln nach Art 218 Abs. 9 AEUV gemeint. Zu den bereits erlassenen Ausschussbeschlüssen auf Grundlage von Art. 8.44 Abs. 2 und Abs. 3 lit c) CETA s. die Beschlüsse Nr. 1/2021 des Ausschusses für Dienstleistungen und Investitionen vom 29. Januar 2021 zur Festlegung eines Verhaltenskodexes für die Mitglieder des Gerichts, die Mitglieder der Rechtsbehelfsinstanz und die Mediatoren,

ABl.EU 2021 L 59/1 und Beschluss Nr. 2/2021 des Ausschusses für Dienstleistungen und Investitionen vom 29. Januar 2021 über die von den Streitparteien bei Investitionsstreitigkeiten anzuwendenden Mediationsregeln, ABl.EU 2021 L 59/8.

Diese Beschlüsse ergingen nach Art. 8.44 CETA, obgleich diese Norm von der vorläufigen Anwendung ausgenommen war und die Beschlussfassungszuständigkeit auch nationale Kompetenz in der Investitionsgerichtsbarkeit berührt; gleichwohl wurden die Beschlüsse bereits im Januar 2021 gefasst. Für die Beurteilung der deutschen Mitwirkung an der vorläufigen Anwendung mag das – wie das BVerfG meint – „ohne Belang“ für die verfassungsrechtliche Beurteilung gewesen sein (so Rn. 194 des Beschlusses vom 9.2.2022). Die ebda in Bezug genommene Aussage der Bundesregierung, die Ausschüsse würden keine Beschlüsse in Bereichen treffen, die in die mitgliedstaatliche Kompetenz fallen, erweist sich indes als unzutreffend.

Das CETA enthält ebensowenig Vorgaben für die Ausübung des Gestaltungsspielraums in der pauschalen Befugnisübertragung zur Überleitung der Investitionsgerichtsbarkeit nach Art. 8.29 CETA, der nicht weiter vorgibt, wie der neue Mechanismus ausgestaltet sein muss. Eine eigenständige nachfolgende Billigung des Beschlusses durch die Parteien ist nicht vorgesehen. Art. 8.29 enthält eine inhaltliche Anforderung nur hinsichtlich des Bestehens einer Berufungsinstanz. Er trifft aber keine Aussage dazu, welche Anforderungen an die Unabhängigkeit oder die Verfahrenstransparenz oder den Schutz der Geschäftsgeheimnisse von Unternehmen eingehalten werden müssen. Auch das verletzt die Beschwerdeführer in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 GG, weil hier mit einem völlig unbestimmtem Mandat, letztlich einer Blankettklausel dem Gemischten CETA Ausschuss erlaubt wird, Hoheitstätigkeit auf ein zwischenstaatliches Gericht weiter zu übertragen, über dessen eigene demokratische Legitimation sich in Ermangelung von Wissen über Besetzungsverfahren, Verfahren und Anforderungen, und Rechtsprechungsbefugnisse derzeit nichts sagen lässt, außer dass unter der Ägide von UNCITRAL ein Brainstorming hierzu läuft. Die Zustimmung zu CETA durch die deutschen Verfassungsorgane ermöglicht somit eine noch nicht in ihren Umrissen erkennbare Weitergabe der Rechtsprechungsgewalt des CETA-ICS an ein ganz anderes internationales Gericht, mit unmittelbaren

Auswirkungen auf die Verfahren und die Zuständigkeit deutscher Gerichte und damit auch auf deutsche Grundrechtsträger. Wie erwähnt, darf der Bundestag sich seiner Integrationsverantwortung nicht dadurch entziehen, dass er anderen Akteuren wie dem Gemischten CETA-Ausschuss unter dem CETA unbestimmte Ermächtigungen überträgt, sich von diesem Organ fremdbestimmen lässt und nicht Herr seiner eigenen Entschlüsse bleibt, BVerfGE 89, 155 (187); 129, 124 (179 f.); 153, 74 (Rn. 140).

Allgemein hat der Gemischte CETA-Ausschuss die Zuständigkeit, das CETA verbindlich auszulegen, gemäß Art. 26.1 Abs. 5 e), ferner speziell im Investitionsschutzkapitel in Art. 8.31 Abs. 3 i.V.m. Art. 8.44 Abs. 3 a) CETA. Auch die Zuständigkeit nach Art. 8.31 Abs. 3 ist nicht gegenständlich eingeschränkt und gilt nicht nur für Kapitel 8 des CETA. Gegenständlich ist die Auslegungszuständigkeit nicht begrenzt, noch auf spezifische Fälle oder Situationen beschränkt.

Völlig offen und unbestimmt ist auch die nach Art. 26.1 Abs. 5 lit g) CETA vorgesehene Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschusses zur Änderung der Aufgaben der Sonderausschüsse. Damit kann der Ausschuss bzgl. der anderen Ausschüssen die im CETA ihnen übertragenen Zuständigkeiten ändern, was auch die Übertragung ganz neuer Zuständigkeiten und damit eine textliche Änderung des CETA einbezieht. Diese Befugnis ist sehr weit und nicht weiter eingegrenzt, also eine Blankovollmacht. Das ist gleichbedeutend mit einer Befugnis zu intensiven Veränderungen der institutionellen Struktur des CETA. Dafür sind die Vertragsgremien nach der ausdrücklichen Ausnahme in Art 218 Abs. 9 AEUV nicht zuständig; solche Kompetenzen dürfen ihnen nicht übertragen werden. Das begründet nicht nur einen *ultra vires* Verstoß (dazu sogleich), sondern auch eine Identitätsverletzung. Denn die signifikante Vertragsänderung läuft über den Ausschuss sowohl am Europäischen Parlament wie auch am Bundestag vorbei, die eigentlich für Vertragsänderungen zuständig sind, gerade solcher institutioneller Art, die auch die nationalen Zuständigkeiten betreffen können. Damit werden die demokratischen Strukturen entleert, was wiederum die Verfassungsidentität Deutschlands verletzt.

Bedenklich wegen ihrer Offenheit ist schließlich die Befugnis des Gemischten CETA-Ausschusses nach Art. 30.2 Abs. 2 CETA, Anhänge und Protokolle zu verändern. Die Weite der dadurch erlaubten Änderungen an diesen Texten ist völlig unbestimmt und wird auch nicht durch Einschränkungen, etwa durch einen Vorbehalt „soweit es im CETA vorgesehen ist“, gemildert.

Alle die soeben ausgeführten Beschlussfassungszuständigkeiten sind somit in höchstem Maße im Hinblick auf Ausmaß, Art und Umfang der übertragenen Zuständigkeiten unbestimmt; das wird in der Begründetheit unten unter 1.2 noch näher dargelegt werden. Die oben benannten Ermächtigungen stellen daher Blankettzuweisungen dar, die zwar jeweils zum Teil nur in bestimmten Bereichen Anwendung finden, in der Summe aber den Ausschüssen eine erhebliche Befugnis ergeben, das CETA zu ändern, neues Recht zu erlassen und den Investitionsgerichtsmechanismus auszutauschen.

Wir machen somit geltend, dass angesichts dieser Fülle von Ausschusszuständigkeiten mit erheblicher, über bloße technisch-administrative Durchführung – wie etwa Festlegung von Gehältern – hinausgehender Bedeutung, das bisherige Integrationsprogramm der EU überschritten wird und daher eine unbestimmte, nicht eingegrenzte Hoheitsübertragung auf neue, bisher nicht vorgesehene Hoheitsträger erfolgt, die die Beschwerdeführer in ihren Rechten verletzt. Denn durch diese wenig bestimmten vertraglichen Befugnisübertragungen sind die Autonomie des Bundestages und damit die demokratische Struktur der Rechtsetzung und des Eingehens völkerrechtlicher Verträge in Deutschland betroffen, zumal es an jeder Möglichkeit demokratischer Kontrolle seitens des Bundestags fehlt, wie nunmehr näher ausgeführt wird:

cc) fehlende deutsche Mitwirkung in den Ausschüssen und fehlende parlamentarische Kontrolle über sie

Die durch die Zustimmung zum Abschluss des CETA herbeigeführte Ausübung von Hoheitsgewalt durch die entscheidungsbefugten Vertragsorgane ist nicht parlamentarisch kontrolliert und verletzt damit die Verfassungsidentität, weil die zu stellenden demokratischen Legitimationsanforderungen, deren Maß angesichts dieser Übertragung erheblicher Entscheidungszuständigkeit eine Kontrollmöglichkeit des Parlaments erfordert, nicht erreicht werden. Die für die Beschlussfassung der Ausschüsse und für die Beschlussfassung über den von der EU und ihren Mitgliedstaaten über den dabei einzunehmenden Standpunkt vorgesehenen Verfahren stellen das erforderliche Maß parlamentarischer Beteiligung nicht sicher.

Zum einen fehlt es bereits an einer Kontrollmöglichkeit des Bundestags unmittelbar über einen deutschen Regierungsvertreter im CETA-Ausschuss bei oder im Vorfeld der Beschlussfassung dort. Denn deutsche Repräsentanten der Legislative oder der Exekutive sind in den CETA-Ausschüssen nicht vertreten (s. oben Sachverhalt). Der Deutsche Bundestag hat keinerlei Möglichkeit (und hat auch im Rahmen seiner Zustimmung zu CETA nicht dafür Sorge getragen, dass solche geschaffen werden), auf die Arbeit in den CETA-Ausschüssen über nationale Vertreter unmittelbar einzuwirken.

Ferner gibt es keine mittelbare Einflussnahmemöglichkeit, jedenfalls keine effektive. Zwar kann der Bundestag versuchen, auf den deutschen Vertreter im Rat bei seiner Abstimmung über den im Rahmen einer bevorstehenden Beschlussfassung eines Ausschusses für die EU einzunehmenden Standpunkt nach Art 218 Abs. 9 AEUV Einfluss zu nehmen durch Entschließungen, Maßgaben und dergleichen für das deutsche Stimmverhalten im Rat oder im Rahmen der im Rat vereinten Mitgliedstaaten, doch ist das weder bindend noch effektiv, da nicht maßgeblich. Stellungnahmen nach Art. 23 Abs. 3 GG werden nur „berücksichtigt“ (Art. 23 Abs. 3 S. 2 GG), obschon die Ausschüsse in Bereichen der genuin gesetzgeberischen Zuständigkeit tätig werden: Sie legen das Verfahren der CETA-Investitionsgerichte fest, bestimmen teilweise Maßgaben für den Investitionsschutzstandard und bewegen sich damit

in einem gesetzgeberischen Zuständigkeitsbereich. Der Gesetzgeber hätte nicht einmal die Möglichkeit, etwa durch Beauftragung der Regierung zur Erreichung eines Auslegungsbeschlusses nach Art 26.5 CETA, die inhaltlichen Vorgaben für die Urteilsfindung des Investitionsgerichts zu beeinflussen. Denn der EuGH bestimmte in seinem Gutachten 1/17, Rn. 236 dass alle verbindlichen Auslegungen nur ex nunc wirken und nicht auf laufende Verfahren Einfluss nehmen. Die Ablösung der nationalen Gerichtszuständigkeit durch die des Investitionsgerichts bei Schadensersatzklagen von Investoren hat somit auch die Folge, dass die im deutschen Prozessrecht verankerten Grundsätze, etwa über die Maßgeblichkeit von Veränderungen der Rechtslage bis zur letzten mündlichen Verhandlung für die Urteilsfindung, nicht gelten.

Dazu B. *Roblfing*, Amtshaftung - Prozesstypische Aspekte und Fragenstellungen, 2017, S. 136 f; bezüglich Verwaltungsprozesse *Decker*, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 63. Edition, Stand: 01.10.2022, § 113 VwGO, Rn. 74, *Polzin*, Der maßgebliche Zeitpunkt im Verwaltungsprozess, JuS 2004, 211, 213; *Gärditz/Orth*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage im Verwaltungsprozess, JURA 2013, 1100, 1107

Das belegt die erhebliche Bedeutung der Einwirkung in den legislativen Spielraum durch die Internationalisierung der Entscheidungszuständigkeiten und zeigt damit erneut, dass hier Hoheitsrechte übertragen werden.

Entsprechendes gilt für die oben angegebenen Vertragsänderungszuständigkeiten der CETA-Ausschüsse, die an die Stelle des Bundestags treten, der eigentlich berufen ist, über völkerrechtliche Abkommen in nationaler Zuständigkeit letztentscheidend zu bestimmen gemäß Art 59 Abs. 2 GG, ggf iVm. Art 23 GG.

In seiner Entschließung zum CETA-VertragsG beschränkt sich der Bundestag unter Ziffer II auf Feststellung der Bedeutung der Vertragsfortentwicklung durch die Ausschüsse und stellt die Beteiligungsmöglichkeiten nach Art. 23 Abs. 2 und 3 GG fest. Zu zusätzlichen Berichtspflichten wird die Bundesregierung vom Bundestag unter Ziffer III. 1. nur „aufgefordert“. Der Bundestag legte somit keinerlei neuen, effektiveren Beteiligungsrechte für die hier behandelten erheblichen Ausschusszuständigkeiten fest, keine Art von Parlamentsvorbehalt, noch legt er in seiner Entschließung zum CETA-Vertragsgesetz irgend eine Absicht in dieser Richtung vor, auch nicht im

Bereich nationaler Zuständigkeiten und insoweit relevanter Ausschusszuständigkeiten.

Da somit solche oder vergleichbare Sicherungen eines effektiven, wirksamen Einflusses des Bundestags fehlen, sind die erheblichen Hoheitsübertragungen auf die Ausschüsse demokratisch schwerwiegend defizitär. Das verletzt die Beschwerdeführer in ihrem Recht auf Demokratie.

Und selbst wenn der Bundestag die Möglichkeit hätte, dem Regierungsvertreter bindende Weisungen für seine Abstimmung im Rat bzw im Rahmen der vereinten Vertreter der Mitgliedstaaten im Bereich dieser erheblichen Ausschusszuständigkeiten zu erteilen, so bliebe das weitere Problem, dass jedenfalls im Rat der deutsche Vertreter überstimmt werden kann. Der Rat stimmt auch im Rahmen der Entscheidung nach Art 218 Abs. 9 AEUV gemäß Art. 16 Abs. 3 EUV grundsätzlich mit qualifizierter Mehrheit ab (dazu sogleich näher).

Diese fehlende demokratische Rückbindung gilt auch für diejenigen erheblichen, also rechtsetzenden oder vertragsändernden Ausschusszuständigkeiten, soweit sie unter EU-Zuständigkeit fallen. Denn auch auf EU-Ebene wird das Europäische Parlament über Ausschussbeschlüsse nur nach Art. 218 Abs. 10 AEUV informiert. Diese neue Hoheitsgewalt in Form der Ausschusszuständigkeiten ist bei Inkrafttreten als EU-Akt in Deutschland anzuerkennen und insoweit, als deren Zuständigkeit reicht, besitzt der Bundestag keine Zuständigkeit mehr. Seine Autonomie wird damit erheblich eingeschränkt. Der Bundestag und andere deutsche Staatsorgane müssen die von diesen Ausschüssen demokratisch defizitär gesetzten Hoheitsakte in Form ihrer Beschlüsse umsetzen, ohne insoweit Spielraum zu haben. Solche Vorgaben verletzen die Rechte der Beschwerdeführer aus Art 38 Abs. 1 iVm Art 20, 23 und 79 Abs. 3 GG.

Wir erkennen somit eine Verletzung der grundlegenden demokratischen Anforderungen der Verfassungsidentität aus Art 79 Abs. 3 GG, wenn Regelsetzungs- und Vertragsänderungszuständigkeiten gemäß CETA an die Ausschüsse im Bereich der EU-Zuständigkeiten wie auch im Bereich der nationalen Zuständigkeit übertragen

werden, ohne dass demokratische Legitimationsmechanismen auch im Hinblick auf die sachlich-inhaltliche Ausübung der oben genannten erheblichen Befugnisse greifen. Die Ausschusszuständigkeitsregeln im CETA sichern bei grundlegend bedeutsamen Entscheidungen keinerlei demokratisch notwendige Rückkopplung an demokratisch legitimierte Instanzen, weder an das Europäische Parlament noch, und insoweit hier maßgeblicher, den Bundestag.

Das BVerfG hat in seinem CETA Beschluss vom 9.2.2022, Rn. 191, festgestellt, dass die Verfassungsidentität durch die Kompetenzausstattung und Verfahren des CETA Ausschussystems jedenfalls für die Zeit der vorläufigen Anwendung dann nicht verletzt sei, wenn sichergestellt werde, dass der deutsche Regierungsvertreter bei der Ratsabstimmung gemäß Art 218 Abs. 9 AEUV über die von der EU einzunehmende Position im Ausschuss eine maßgebliche Stimme habe. Das könne durch Verpflichtung auf Einstimmigkeit im Rat sichergestellt werden. Das BVerfG verweist ebda. insoweit auf die Erklärung Nr 19, die ins Ratsprotokoll anlässlich des Beschlusses zur Unterzeichnung des CETA aufgenommen worden war, s. ABl.EU 2017 L 11/9 und bereits oben im Sacherhalt.

Eine solche Verpflichtung zur Einstimmigkeit im Rat ist jedoch – obschon unbedingt erforderlich, damit die Einflussrechte des Bundestags auf die deutsche Mitwirkung im Rahmen von CETA überhaupt effektiv werden können (s. oben) - zum einen nicht hinreichend, weil sie zwar einen maßgeblichen Einfluss der deutschen Regierung, also der Exekutive, ermöglicht, nicht aber dem Bundestag nähere Rechte oder effektive Einwirkungsmöglichkeiten gewährt. Zum anderen gibt es keine Erklärung Nr 19 für den Abschluss des CETA. Der Bundestag und der Bundesrat haben eine solche nicht gefordert, sondern gehen in ihrer Entschliebung zum CETA-Vertragsgesetz unter Ziffer II., 5. Punkt, vielmehr davon aus („stellen fest“), dass die bestehende o.g. Erklärung, die im Rahmen der Unterzeichnung abgegeben worden ist, auch für den Abschluss gelte; dies ist jedoch nicht der Fall. Ferner geht die Entschliebung des Bundestags ebda. davon aus, dass die Einstimmigkeit nur im Bereich nationaler Zuständigkeit geboten sei. Auch das erweist sich rechtlich als unzutreffend.

Für diese letztgenannten drei Punkte wird auf die nähere Darlegung in der Begründetheit, dort unten 1.3 verwiesen.

Somit verletzt die bedingungslose, umfassende Zustimmung des Bundestags zu den CETA Regeln über Zuständigkeiten und Verfahren des Ausschusssystem bezüglichen Vertragsänderungen, -auslegungen, Regelsetzung und Auswechslung des Investitionsgerichtsmechanismus die Grundsätze der Demokratie nach Art 23 iVm Art. 79 Abs. 3 GG. Die Beschwerdeführer machen daher eine Verletzung ihres Wahlrechts dadurch geltend, dass die im CETA enthaltenen diesbezüglichen Bestimmungen die Autonomie des Deutschen Bundestages beschränkende, massive und strukturelle Einschränkungen mit sich bringen. Diese Einschränkungen verändern die demokratische Verfassungsstruktur der Bundesrepublik und betreffen damit ein essentielles Element der in Art 79 Abs. 3 GG garantierten Verfassungsidentität. Durch die weitere Mitwirkung am Abschluss des CETA wird diese Verfassungsverletzung weiter fortgesetzt.

e) Identitätsrüge und Rüge der Verletzung des Artikel 3 Abs. 1 GG durch Zustimmung zur Errichtung des CETA Investitionsgerichtssystems

Eine Grundrechtsbeeinträchtigung aus Art. 38 Abs. 1 GG bezüglich des Rechts auf Demokratie wird schließlich auch geltend gemacht im Hinblick auf CETA, soweit es ein Investitionsgerichtssystem errichtet. Auch insoweit berührt das Zustimmungsgesetz zum einen die Verfassungsidentität und damit das Recht der einzelnen Wähler und damit auch der Beschwerdeführer aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, nur einer Hoheitsgewalt ausgesetzt zu sein, an deren Legitimation sie ausreichend beteiligt waren (aa). Zum anderen greift die Schaffung des CETA-Investitionsgerichts als Sondergerichtsbarkeit für kanadische Investor*innen in Deutschland unmittelbar in Art. 3 Abs. 1 GG des Beschwerdeführers zu 2) ein, da die Schaffung eines zusätzlichen Rechtswegs für kanadische Investor*innen eine Ungleichbehandlung darstellt. Unmittelbar durch das deutsche Zustimmungsgesetz selbst, mit dem dem CETA zugestimmt wird, dass das ICS einrichtet, verletzt der deutsche Gesetzgeber den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG (bb).

aa) fehlende demokratische Legitimation des ICS

Wie ausgeführt, ist grundgesetzlich geboten, dass die Errichtung des Gerichts mit abschließenden Entscheidungszuständigkeiten ordnungsgemäß legitimiert ist. Die Identitätsrüge bezieht sich insoweit darauf, dass die mit CETA und damit der EU-Handlung und der Zustimmung bzw. Mitwirkung Deutschlands hierzu erfolgende Errichtung des Gerichts den nicht übertragbaren Kern der deutschen Verfassungsidentität berührt: Es geht um eine unzureichende demokratische Legitimation der Errichtung und damit der Betätigung des Gerichts. Die darin liegende Ausübung von Hoheitsgewalt ist nicht hinreichend demokratisch legitimiert, weil Gerichtszuständigkeiten einem nicht-staatlichen Gericht übertragen werden, dessen Entscheidungen die Zuständigkeiten nationaler deutscher Gerichte zumindest teilweise ersetzen. Als legitimierungsbedürftige öffentliche Gewalt wird das CETA Gericht nicht den Anforderungen an die zwischenstaatliche Gerichtsbarkeit gemäß der zu fordernden funktionellen, personellen und sachlichen Legitimation gerecht. Die Maßstäbe für die weitreichenden Zuständigkeiten, die dem Gericht einen im Hinblick auf seine Einwirkungsmöglichkeiten auf das nationale/Unionale gesetzgeberische Spielräume verfassungsgerichtsähnlichen Einfluss geben, sind nicht hinreichend klar. Das sachlich-inhaltliche Legitimationsniveau ist mit Blick auf die inhaltliche Unbestimmtheit vieler seine für Zuständigkeit maßgeblichen Rechtsbegriffe defizitär; das würde mit Blick auf den Begriff der gerechten und billigen Behandlung, dessen Tatbestände zumal vom zuständigen Ausschuss vermehrt werden können, und der indirekten Enteignung aus Art. 8.10 und 8.12 CETA bereits vermerkt. Ferner sind die Richter im ICS mit umfassender Interessenabwägung zwischen Gemeinwohlbelangen und Investitionsschutzinteressen betraut. Die personelle Legitimation der im Rahmen des ICS tätigen Richter, die vom Gemischten CETA- Ausschuss bestellt werden, ist nicht auf das deutsche Parlament rückführbar, da Deutschland im Ausschuss nicht vertreten ist und auch sonst kaum einen entscheidenden Einfluss auf die Richterauswahl hat. Hinzu kommt, dass die Entscheidungen des ICS keiner ausreichenden Rückholmöglichkeit unterliegen. So ist etwa, wie bereits erwähnt, selbst bei Kündigung

des CETA das ICS noch für viele Jahre tätig. Ferner wurde bereits oben erwähnt, dass der deutsche Gesetzgeber nicht einmal die Möglichkeit hätte, etwa durch Beauftragung der deutschen Regierung zur Erreichung eines Auslegungsbeschlusses nach Art 26.5 CETA, die inhaltlichen Vorgaben für die Urteilsfindung des Investitionsgerichts zu beeinflussen. Denn der EuGH bestimmte in seinem CETA-Gutachten 1/17, Rn. 236 dass alle verbindlichen Auslegungen nur ex nunc wirken und nicht auf laufende Verfahren Einfluss nehmen. Die Ablösung der nationalen Gerichtsbarkeit durch die des Investitionsgerichts bei Schadensersatzklagen von Investoren hat somit auch insoweit keine Korrekturmöglichkeit für den deutschen Gesetzgeber für in einem Verfahren absehbare Fehlentwicklungen in der Rechtsauffassung des CETA-Gerichts und ist auch deshalb demokratisch defizitär.

bb) Verletzung von Artikel 3 Abs. 1 GG

Der Beschwerdeführer zu 2) macht ferner eine Verletzung seines Gleichbehandlungsrechts geltend.

Bereits der deutsche Akt der Übertragung von Hoheitsgewalt auf das ICS verstößt selbst gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Grundgesetzes. Mit dem Zustimmungsgesetz werden Rechtsstreitigkeiten kanadischer Investor*innen um eine in Deutschland getätigte Investition, die ohne das Investitionsschutzregime im CETA im nationalen Rechtsweg geklärt werden müssten, aus diesem ausgegliedert und auf ein besonderes Gericht übertragen, während gleichgelagerte Rechtsstreitigkeiten deutscher Investor*innen in Deutschland weiterhin ausschließlich dem nationalen materiellen und Prozessrecht unterliegen. Bereits die Einrichtung des ICS stellt also einen Gleichheitsverstoß dar, der sich unmittelbar aus dem Zustimmungsgesetz selbst ergibt.

Das CETA Investitionsschutzkapitel 8 wird von drei Grundsätzen beherrscht: dem der Inländerbehandlung in Art. 8.6 CETA, dem der Meistbegünstigung in Art. 8.7 CETA und dem des Investitionsschutzes in Kapitel 8 Abschnitt D CETA sowie dessen Einklagbarkeit nach Abschnitt F des Kapitels 8 CETA.

Im CETA garantieren die Vertragsparteien kanadischen Investor*innen eine gerechte und billige Behandlung ihrer Investitionen sowie deren vollen Schutz und volle Sicherheit (Art. 8.10 Abs. 1 CETA). In Art. 8.12 Abs. 1 u. 2 CETA gewähren die Vertragsparteien kanadischen Investor*innen Schutz vor entschädigungsloser Enteignung und vor Maßnahmen gleicher Wirkung, der sog. indirekten Enteignung. Nach Art. 8.18 Abs. 1 lit a) und b) CETA können kanadische Investor*innen vor der CETA-Schiedsgerichtsbarkeit wegen einer Verletzung der genannten Pflichten (Inländerbehandlung, gerechte und billige Behandlung, voller Schutz und volle Sicherheit ihrer Investitionen, direkte oder indirekte Enteignung) vor dem CETA-Gericht Klage erheben. Nach Art. 8.39 Abs. 1 lit a) und b) CETA verurteilt das Gericht in einem endgültigen, von einer Berufungsinstanz allerdings überprüfbaren Urteilsausspruch den beklagten Staat zu Schadensersatzzahlungen in Geld oder zur Rückerstattung von Vermögenswerten.

Mit der Möglichkeit, sich vor den im CETA vorgesehenen Gerichten auf das CETA zu berufen, wird kanadischen Investor*innen in Form von natürlichen oder juristischen Personen Kanadas, die in Deutschland investieren, eine spezielle Möglichkeit der Klage gegen alle Arten gesetzgeberischer und behördlicher Maßnahmen gewährt. Diese Möglichkeit haben Unternehmen und natürliche Personen aus Deutschland oder anderen Mitgliedstaaten der Union, die wie die Unternehmen und natürlichen Personen Kanadas in Deutschland investieren, nicht. Wegen der Regelung des Art. 30.6 Abs. 1 CETA können sie sich auch vor deutschen Gerichten nicht unmittelbar auf die Vorschriften des CETA berufen. Art. 30.6 Abs. 1 CETA lautet insofern: „Dieses Abkommen ist nicht dahingehend auszulegen, dass es andere Rechte oder Pflichten für Personen begründet als die zwischen den Vertragsparteien nach dem Völkerrecht geschaffenen Rechte oder Pflichten, noch dass es in den innerstaatlichen Rechtsordnungen der Vertragsparteien unmittelbar geltend gemacht werden kann.“

Während also kanadischen Investor*innen, die in Deutschland investieren und dabei dem deutschen Recht unterliegen, bei vermeintlicher Verletzung ihrer Investitionen

durch die deutsche Staatsgewalt nach den Vorschriften des CETA wahlweise bzw. hintereinandergeschaltet vor deutschen Gerichten oder wegen Verletzung des Freihandelsabkommens durch die deutsche Staatsgewalt vor dem CETA-Gericht klagen können, können deutsche Investor*innen (oder Investor*innen aus anderen Mitgliedstaaten der Union), die in denselben Handels- oder Industriesektor in Deutschland investieren und denselben hoheitlichen Maßnahmen unterliegen wie die Kanadier*innen, wegen hoheitlicher Maßnahmen, die sie ebenso treffen wie die kanadischen Investor*innen weder die mögliche Doppelung des Rechtswegs noch den in der deutschen Rechtsordnung nicht bekannten Vorrang des Sekundärrechtsschutzes für sich in Anspruch nehmen. Dieser investitionsschutzrechtliche Rechtsweg vor das CETA-Gericht wäre aber auch für deutsche Investor*innen in Deutschland mit Vorteilen verbunden. Zum einen hätten deutsche Investor*innen einen zusätzlichen Rechtsweg. Zum anderen wären sie nicht auf den sowohl im Enteignungs- als auch im Staatshaftungsrecht zwingend vorrangigen Primärrechtsschutz gegen staatliche Maßnahmen verwiesen, sondern könnten (und müssten) nach eigener Wahl gemäß Art. 8.39 Abs. 1 lit a) CETA mit Schadensersatz- bzw. Entschädigungsforderungen gegen dieselben nationalen Maßnahmen vorgehen. Dass ihnen dieser Weg nicht offensteht, stellt eine nachteilige Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG durch den Einrichtungsakt des ICS im deutschen Zustimmungsgesetz selbst dar, die sich nicht hinreichend rechtfertigen lässt.

Eine Hoheitsrechtsübertragung als solche kann verfassungswidrig sein, weil sie selbst bereits in Grundrechte eingreift. Als einfaches formelles Gesetz, das Hoheitsrechte überträgt, steht auch das Zustimmungsgesetz nach Art. 23 Abs. 1 GG unter dem Vorbehalt, dass es mit dem Grundgesetz im Einklang stehen muss. Dabei sind Integrationsgesetze als Akte deutscher Staatsgewalt auch grds an die Grundrechte des Grundgesetzes, hier den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG, gebunden.

Zwar stellt sich bei Zustimmungsgesetzen im Dunstkreis der europäischen Integration stets die Frage, welche Grundrechte hier neben Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG verletzt

sein können, denn das Zustimmungsgesetz selbst wird klassische Grundrechtsverletzungen selten auslösen. IdR gehen Grundrechtsverletzungen vielmehr anschließend erst von den durch das Zustimmungsgesetz errichteten Organen auf der Grundlage des neu geschaffenen Vertragsrechts aus. Ginge es hier darum, die Rechtsprechung des ICS selbst wegen antezipierter Verstöße gegen die Grundrechte des Grundgesetzes anzugreifen, würde dies eine nur mittelbare Kontrolle von Rechtsakten zwischenstaatlicher Einrichtungen darstellen. Bislang hat das Bundesverfassungsgericht bezüglich der Kontrolle von zwischenstaatlichen Rechtsprechungsorganen im Wesentlichen Stellung bezogen zu Verfahrensordnungen von Gerichten oder den materiellen Rechtsgrundlagen ihrer Rechtsprechung, die durch völkerrechtlichen Vertrag nach Art. 24 Abs. 1 GG eingerichtet wurden, und hier seinen Kontrollumfang anhand bundesdeutscher Grundrechte auf einen Mindeststandard zurückgefahren, wobei unentschieden geblieben ist, was unter diesem Mindeststandard konkret zu verstehen ist.

BVerfGE 58, 1 (40 f.); 59, 63 (93); 149, 346 (Rn. 31).

Mit dem hier zur Prüfung gestellten Sachverhalt geht es um solche Fälle aber gerade nicht. Es geht nicht um eine Beschwerde wegen möglicher Grundrechtsverletzungen durch die Rechtsprechung des ICS, weil diese ein bestimmtes Grundrechtsniveau von vornherein nicht garantieren kann, sondern um eine Verfassungsbeschwerde gegen ein nationales völkervertragliches Zustimmungsgesetz und damit den deutschen Übertragungsakt selbst, mit dem das ICS eingerichtet wird.

Die Möglichkeit einer Verletzung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG durch das Zustimmungsgesetz, soweit es der Einrichtung der CETA-Gerichtsbarkeit zustimmt, besteht trotz gegenteiliger Auffassung des EuGH zu Art. 20 GRCh in seinem Gutachten 1/17 zum CETA und ist nicht dadurch präjudiziert. Das Gutachten ist insoweit irrelevant (1), und eine autonome Grundrechtsprüfung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 durch das BVerfG ist weiter möglich (2).

(1) Irrelevanz des EuGH-Gutachtens insoweit

Die besonderen Verfahren im Rahmen des Art. 23 Abs. 1 GG – Ultra-Vires- und Identitätskontrolle – wendet das Bundesverfassungsgericht europarechtsfreundlich an. Das bedeutet vor allem, dass in Fällen des Europaverfassungsrechts, in denen der EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV mit der Sache befasst war und eine Entscheidung getroffen hat, das Bundesverfassungsgericht seiner Prüfung die streitgegenständliche Maßnahme in derjenigen Auslegung zugrunde legt, die ihr in dem Vorabentscheidungsverfahren durch den Gerichtshof gegeben wurde.

BVerfG, NJW 2023, 425 Rn. 139; BVerfG, NJW 2014, 907 Rn. 22 ff.; BVerfGE 126, 286 (304); BVerfGE 142, 123 (Rn. 156).

Im vorliegenden Fall war der EuGH mit der Unionsrechtskonformität des CETA zwar nicht in Form einer Vorabentscheidung befasst, aber in Form eines Gutachtens, in dessen Rahmen er befunden hat, dass die CETA-Schiedsgerichtsbarkeit nicht gegen den Gleichheitssatz aus Art. 20 der europäischen GRCh verstoße.

EuGH, Gutachten 1/17, Rn. 162 ff.

Die Auslegung des Gleichheitssatzes in Bezug auf das ICS durch den EuGH ist hier allerdings aus mehreren Gründen irrelevant.

Das BVerfG beschränkt in seiner einschlägigen Rechtsprechung seine Folgebereitschaft gegenüber dem EuGH ausschließlich auf die Verfahren der Ultra-Vires- und der Identitätskontrolle, mit der eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 38 Abs.1 GG iVm Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG u. Art. 79 Abs. 3 GG gerügt wird.

BVerfG: Eigenmittelbeschluss-Ratifizierungsgesetz – Corona-Aufbaufonds, NJW 2023, 425 Rn. 139: „Die Ultra-vires- und die Identitätskontrolle sind zurückhaltend und europarechtsfreundlich anzuwenden. Dies setzt voraus, dass der EuGH, soweit erforderlich, im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Absatz III AEUV mit der Sache befasst wird und das BVerfG seiner Prüfung die Maßnahme in der Auslegung zugrunde legt, die ihr in dem Vorabentscheidungsverfahren durch den Gerichtshof gegeben wird.“

In der Rüge einer Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG durch das deutsche Zustimmungsgesetz liegt aber weder eine Ultra-Vires- noch eine Identitätskontrolle, sondern die Rüge einer einfachen Grundrechtsverletzung durch den deutschen Zustimmungsgesetzgeber, so dass dieser europarechtsfreundliche Maßstab hier nicht anwendbar ist.

Die Gleichheitsprüfung des EuGH entlang des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 20 GRCh läuft in etwa nach denselben Kriterien ab wie die Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG. Der EuGH führt dazu aus: „In Art. 20 der Charta (Gleichheit vor dem Gesetz) ist der Grundsatz der Gleichbehandlung verankert, der verlangt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist (...). Das für die Feststellung einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes geltende Erfordernis der Vergleichbarkeit der Situationen ist anhand aller die betreffenden Situationen kennzeichnenden Merkmale zu beurteilen, insbesondere im Hinblick auf den Gegenstand und das Ziel des Rechtsakts, mit dem die Unterscheidung vorgenommen wird; dabei sind die Grundsätze und Ziele des Regelungsbereichs zu berücksichtigen, dem der Rechtsakt unterfällt. (...) Soweit sich die Situationen nicht miteinander vergleichen lassen, verstößt ihre unterschiedliche Behandlung nicht gegen die in Art. 20 der Charta garantierte Gleichheit vor dem Gesetz.“

EuGH, Gutachten 1/17, Rn. 176 f.

Der EuGH kommt in seinem Gutachten also sehr kurz und sehr bündig zu dem Ergebnis, dass bereits eine Ungleichbehandlung nicht vorliege, da kanadische Investor*innen in der EU nicht mit Investor*innen verglichen werden könnten, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaates der EU besäßen und in den Mitgliedstaaten der Union investierten. Zu vergleichen seien die kanadischen Investor*innen in den Mitgliedstaaten der Union ausschließlich mit natürlichen und juristischen Personen aus EU-Mitgliedstaaten, die in Kanada investierten.

EuGH, Gutachten 1/17, Rn. 180.

Diese Vergleichsgruppenbildung ist allerdings zu kurz gegriffen und damit falsch (vgl. unten). Das Bundesverfassungsgericht ist an diese Rechtsauslegung des EuGH nicht gebunden, da es die aufgeworfene Frage der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung am autonomen Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes prüft.

(2) Prüfungsmaßstab: autonome Grundrechtsprüfung des Art. 3 Abs. 1 GG

Unionsrecht bzw die Auslegung der GRCh durch den EuGH stehen der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen, zumal es sich beim deutschen Zustimmungsgesetz zu ICS weder um einen Umsetzungsakt zum Unionsrecht handelt, noch der Kompetenzbereich, in den die Einrichtung des ICS fällt, durch Unionsrecht determiniert ist. Dass das ICS in einem spezifischen Näherverhältnis zu den Angelegenheiten der Europäischen Union nach Art. 23 GG steht, ändert hieran nichts.

Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG gibt dem Bund die Erlaubnis, an der Verwirklichung eines geeinten Europas mitzuwirken, solange die Union einen dem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Diese Strukturvorgabe setzt dem deutschen Gesetzgeber einen zwingend zu beachtenden Handlungsmaßstab. Sie dient zugleich dem Bundesverfassungsgericht als Kontrollmaßstab bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von deutschen Hoheitsakten im Bereich der Angelegenheiten der Europäischen Union. Da alle Maßnahmen zur Entwicklung der Europäischen Union naturgemäß den Willen zum politischen Kompromiss voraussetzen, ist bei der Auslegung der grundgesetzlichen Strukturvorgaben grds ein dem europäischen Integrationsprozess angepasster Prüfungsmaßstab zu wählen.

BeckOK GG/Heintschel von Heinegg/*Frau*, GG, Art. 23 Rn. 10.

Dieser angepasste Prüfungsmaßstab gilt auch für den Grundrechtsschutz, den Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG adressiert. Allerdings trifft der Zweck des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG nicht die vorliegende Fallkonstellation. Nach Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG muss die deutsche Staatsgewalt gewährleisten, dass die europäische Hoheitsgewalt – oder eine zwischenstaatliche Einrichtung, die in jenem spezifischen Näherverhältnis zu ihr steht, wie das ICS – in seinen Hoheitsakten einen im Sinne der Norm ausreichenden

Grundrechtsstandard gewährleistet, da die fremde, doch gleichwohl auch auf dem Staatsgebiet der Bundesrepublik wirksame Hoheitsgewalt keiner Bindung an deutsche Grundrechte unterliegt, und ihre Hoheitsakte damit auch vom BVerfG nicht auf die Einhaltung von Grundrechten überprüft werden kann. Das Schutzniveau des Art. 23 Abs. 1 GG muss im Übertragungsakt sichergestellt sein und der deutsche Staat darf sich nicht an einer Übertragung von Hoheitsrechten auf europäische Organe oder Organe, die in einem Näherverhältnis zu europäischen Angelegenheiten stehen, beteiligen, die in der Ausübung der ihr übertragenen Gewalt gegen diese Mindestanforderungen verstoßen.

Uerpmann-Witzack, in: v. Münch/Kunig, 7. Aufl. 2021, Art. 23 Rn. 46 ff.

Hier wird allerdings ein Verstoß des deutschen Zustimmungsgesetzes selbst gegen Art. 3 Abs. 1 GG gerügt, also ein deutscher Hoheitsakt angegriffen, der gegen Grundrechte verstößt, und nicht ein zu geringes Grundrechtsniveau des ICS gerügt, an dem sich Regierung und Parlament nicht hätten beteiligen dürfen. Dieses Zustimmungsgesetz steht allerdings – soweit es ICS betrifft – in einem spezifischen Näherverhältnis zu den Angelegenheiten der Union und damit einem europaverfassungsrechtlichen Kontext.

Auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 GG kann der Integrationsgesetzgeber deutsche Stellen, soweit sie in Deutschland öffentliche Gewalt ausüben, von einer umfassenden Bindung an die Gewährleistungen des Grundgesetzes freistellen, wenn sie das Recht der Europäischen Union durchführen. Das Gericht urteilt in ständiger Rechtsprechung auch, dass die im Grundsatz umfassende Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht im Verfahren der Verfassungsbeschwerde eingeschränkt sein kann in Fällen, in denen eine Vorschrift einen „Bezug zu europäischem Gemeinschaftsrecht“ aufweist.

BVerfGE 118, 79 (95); 142, 123 (Rn. 119).

Hier könnte ein Bezug des ICS zum europäischen Gemeinschaftsrecht vermutet werden, da mit dem CETA-Gericht eine zwischenstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit eingerichtet wird, die in einem spezifischen Näheverhältnis zu den Angelegenheiten der Europäischen Union steht (vgl. oben).

Mit dem weiten Begriff des „Bezugs zum europäischen Gemeinschaftsrecht“ ist aber in der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts nicht der erweiterte Tatbestand des Art. 23 Abs. 2 GG gemeint, dass nämlich ein deutsches Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag wie hier in einem besonderen Näheverhältnis zu den Angelegenheiten der Union steht, sondern es sind die üblichen Fälle gemeint, in denen es um grundrechtsrelevante Maßnahmen der Union selbst geht, die vor dem Bundesverfassungsgericht angegriffen werden, oder um Maßnahmen der deutschen Hoheitsgewalt, die in Umsetzung von Unionsrecht ergehen.

Mit der Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG soll weder Grundrechtsschutz gegen Akte der Europäischen Union, einer mit ihr verbundenen Institution wie dem ICS oder gegen deutsche Hoheitsakte gewährt werden, die Unionsrecht ausführen. Hier wäre der Prüfungsmaßstab des Gerichts tatsächlich eingeschränkt, weil die Verfassungsbindung bei unionsrechtlich gesteuerten Durchführungsakten des deutschen Gesetzgebers gelockert ist. Die Grundrechtsbindung der deutschen Hoheitsgewalt ist hier dabei deshalb zurückgenommen, weil selbst deutsche Gesetzgebungsakte im Umsetzungsbereich von Unionsrecht bei funktioneller Betrachtungsweise als unionsrechtliche Maßnahmen zu sehen sind, Unionsrecht hier Vorrang hat, und die mitgliedstaatlichen Parlamente nur noch als mehr oder weniger verlängerte Arme der Union agieren. Soweit der Anwendungsvorrang des Unionsrechts reicht, kommt den Grundrechten des Grundgesetzes dann nur eine Reservefunktion zu, deren Aktivierung hohen Substantiierungsanforderungen unterliegt.

BVerfGE 118, 79 (95 ff.); 143, 38 (51 f.); 158, 1 (Rn. 40).

Hier wäre der grundrechtliche Zugriff des Gerichts nur insoweit unproblematisch, als eine Verletzung der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG gerügt würde oder es

um einen Eingriff in ein Grundrecht auf der Grundlage eines Ultra-Vires Akts der betreffenden Institution ginge.

BVerfGE 140, 317 (Rn. 48 f.); *Uerpmann-Witzack*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 23 Rn. 50 u. 99.

Der grundrechtliche Prüfungsmaßstab des Gerichts ist im vorliegenden Fall aber weder aufgehoben noch gelockert, da das deutsche Zustimmungsgesetz, soweit es die Einrichtung des ICS betrifft, nicht in Durchführung des Unionsrechts ergangen ist. Das CETA ist gerade im Hinblick auf den gerichtlichen Investitionsschutz aus Kapitel 8 CETA als gemischtes Abkommen geschlossen worden. Als solches muss es nicht nur unionsrechts-, sondern ebenso auch verfassungskonform sein, zumindest was denjenigen Teil betrifft, der – wie der gerichtliche Investitionsschutz – in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.

Insbesondere wegen der im Investitionsschutzkapitel geregelten Portfolioinvestitionen, die nicht in die Kompetenz der Union gehören, und vor allem auch wegen der Einrichtung einer Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit in Form des CETA-Gerichts, fällt das CETA in die Kategorie der gemischten Abkommen, es kann nicht als EU-Only Abkommen geschlossen werden; so hat es der EuGH in seinem Singapur-Gutachten 2/15 erkennen lassen. Das Zustimmungsgesetz bleibt – soweit es sich auf die Einrichtung des ICS bezieht – ein unionsrechtlich ungebundener Akt der deutschen Hoheitsgewalt, da die Mitgliedstaaten kraft ihrer eigenen Zuständigkeiten in den Vertragsschluss einbezogen sind und derzeit auch nicht bereit sind, eine EU-Only Kompetenz zum Abschluss von Investitionsschutzabkommen anzuerkennen.

Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Weiß*, AEUV Art. 207 Rn. 93 f.; auch BVerfGE 143, 65 (Rn. 54).

Im Rahmen des Singapur-Gutachtens stellte der EuGH klar, dass für die Institutionalisierung eines investitionsschutzrechtlichen Streitbeilegungsmechanismus in Freihandelsabkommen in Form einer hybriden Schiedsgerichtsbarkeit wie CETA sie vorsieht, eine zwischen EU und Mitgliedstaaten geteilte Vertragsschlusskompetenz besteht.

EuGH ECLI:EU:C:2017:376, Gutachten 2/15, Rn. 290 ff.

Der Abschluss von CETA bedarf also insbesondere wegen der Einrichtung des ICS der Ratifikation durch alle 27 EU-Mitgliedstaaten. Bei den Verhandlungen zum CETA hat sich die Kommission zunächst zwar dafür stark gemacht, den Freihandelsvertrag als EU-Only Abkommen abzuschließen. Erst auf Druck der Mitgliedstaaten und einen entsprechenden rechtlichen Diskurs ist die Kommission von diesem Vorhaben abgerückt.

Zur Verlaufsgeschichte nur *Mayer/Ermes*, Rechtsfragen zu den EU-Freihandelsabkommen CETA und TTIP, ZRP 2014, S. 237 (237 ff.)

Aus diesem Sachverhalt lässt sich ersehen, dass die Mitgliedstaaten nicht bereit waren, ihre Kompetenzen das ICS betreffend der Europäischen Union zu unterstellen oder das ICS als alleinige Angelegenheit der Union zu betrachten. Vielmehr waren sie strikt darauf bedacht, ihre Souveränität und das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung hier zu wahren und zu verteidigen: Bei den in auch mitgliedstaatlicher Kompetenz verbliebenen Regelungsbereichen gemischter völkerrechtlicher Handelsverträge handelt es sich gerade um solche Bereiche, welche die Mitgliedstaaten bewusst nicht in die völkerrechtliche Vertragsschlusskompetenz der EU übertragen haben, und welche damit nach deutschem Verfassungsverständnis auch nicht in den Kontext der Europäischen Integration und des Europaverfassungsrechts des Grundgesetzes gestellt werden sollten.

Holterbus, Die Rolle des Deutschen Bundestags in der auswärtigen Handelspolitik der Europäischen Union – Insbesondere zu den parlamentarischen Einflussmöglichkeiten im völkerrechtlichen Vertragsschlussverfahren, EuR 2017, 234 (239):

Zwar gibt es Stimmen in der deutschen Literatur, die der Auffassung sind, dass die deutsche Zustimmung zu einem gemischten Abkommen eine Kompetenzübertragung auf die Union beinhaltet, über die der Union die zunächst fehlenden Zuständigkeiten im Bereich des Investitionsschutzes und der Investor-Staat-Schiedsgerichts-

barkeit von den Mitgliedstaaten verschafft werden sollen. Durch das gemischte Abkommen hätten also Kompetenzlücken der Union geschlossen werden sollen, die auch die Einrichtung des ICS zu einer alleinigen Angelegenheit der EU gemacht hätten.

So *Pautsch*, Der Abschluss des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) als „gemischtes Abkommen“, NVwZ 2016, S. 1294 (1295).

Mit dieser Auffassung wird dem deutschen Zustimmungsgesetz zur Einrichtung eines ICS aber eine Bedeutung zugeschrieben, die dem Willen der Beteiligten nicht entspricht. Dem deutschen Zustimmungsgesetzgeber fehlt augenscheinlich der Wille, durch eine Kompetenzübertragung die EU in die Lage zu versetzen, das Abkommen dann EU-Only abschließen zu dürfen. Das wäre als außergewöhnlicher Akt besonders begründungsbedürftig gewesen. Eine solche Begründung fehlt im Gesetzesbeschluss.

Hierzu *Nettesheim*, Umfassende Freihandelsabkommen und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Zustimmung zu CETA, https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/2017-07_Nettesheim-Gutachten_Freihandelsabkommen_und_GG_CETA-Zustimmung.pdf, S. 83 ff.

Zudem zeigt die Freihandelspolitik der Union, die nach dem Gutachten des EuGH zum Singapur Freihandelsabkommen einsetzte, dass auch die Union die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten in Investor-Staat-Streitigkeiten respektiert. Die EU hat ihre Investitionsschutzpolitik von ihrer Handelspolitik separiert.

Bungenberg/Reinisch, An Overview of the CETA-Investment Chapter (Chapter 8), in: dies. (Hrsg.), CETA Investment Law, 2022, S. 1 Rn. 10 ff.

Soweit Teile des CETA also wie der Investitionsschutz und das ICS auch in die Zuständigkeit der Bundesrepublik Deutschland fallen und der Zustimmung des deutschen Gesetzgebers bedürfen, liegt damit keine Umsetzung von Unionsrecht vor, die eine autonome Prüfung des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht ausschließen würde.

In seiner neuesten Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht bezüglich seiner Prüfungskompetenz unterschieden zwischen innerstaatlichen Rechtsakten, die Unionsrecht umsetzen und hierbei einen Spielraum ausfüllen, und innerstaatlichen Rechtsakten, die Unionsrecht umsetzen und hierbei ohne Spielraum zwingend gebunden sind. Im letzteren Fall ist eine Bindung des Gesetzgebers an deutsche Grundrechte genauso ausgeschlossen, wie eine Überprüfung des nationalen Umsetzungsakts anhand der deutschen Grundrechte durch das Bundesverfassungsgericht, da deren Gewährleistungsgehalte durch die europäischen Grundrechte mit besorgt werden, die grds. der Rechtsprechung des EuGH unterliegen.

BVerfGE 156, 182 (Rn. 33 ff.); 118, 79 (98); 129, 78 (90 f.); 129, 186 (199); 142, 123 (187); 148, 40 (48 ff.); 152, 216 (Rn. 60 ff.).

Hat der deutsche Gesetzgeber dagegen einen Spielraum bei der Umsetzung von Unionsrecht, prüft das Gericht innerstaatliches Recht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes.

BVerfGE 152, 152 (Rn. 42).

Inwieweit eine Rechtsfrage unionsrechtlich determiniert ist, richtet sich nach den Normen, aus denen die Rechtsfolgen für den streitgegenständlichen Fall abzuleiten sind. Hierbei sind maßgeblich die im konkreten Fall anzuwendenden Vorschriften in ihrem Kontext, eine allgemeine Betrachtung des in Rede stehenden Regelungsbereichs reicht nicht aus.

BVerfGE 158, 1 (Rn. 42); 152, 216 (Rn. 78).

Mit der Übertragung der rechtsprechenden Gewalt auf das ICS im deutschen Zustimmungsgesetz agiert der deutsche Gesetzgeber nicht nur in einem unionsrechtlichen nicht voll durchdeterminierten Spielraum, er ist vielmehr sogar unionsrechtlich ungebunden, da er insoweit überhaupt kein Unionsrecht umsetzt.

Wohl auch *Arnauld*, Die Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, AöR 141 (2016), S. 268 (270): „Daher sollte im Ansatz ein Modell gewählt werden, dass von der Idee zweier getrennter Rechtsräume ausgeht (...).“

Die EU besitzt zwar nach Art. 3 Abs. 1 AEUV die ausschließliche Zuständigkeit für die gemeinsame Handelspolitik und ist auf diesem Gebiet stellvertretend für alle Mitgliedstaaten für die auswärtigen Maßnahmen im Bereich des Handels, einschließlich handelsbezogener Rechtsvorschriften und internationaler Handelsabkommen verantwortlich. Die Zuständigkeit für die Handelspolitik wird in Art. 216 iVm 207 AEUV durch eine völkerrechtliche Vertragsabschlusskompetenz ergänzt. Die ausschließliche Zuständigkeit der Union für die Außenhandelspolitik erstreckt sich aber nicht auf den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags über das ICS. Wie viele völkerrechtliche Übereinkünfte, an denen die Union beteiligt ist, wurde deshalb auch CETA als gemischtes Abkommen abgeschlossen. Der EuGH hat in Bezug auf gemischte Abkommen klargestellt, dass die Union und ihre Mitgliedstaaten beim Aushandeln, beim Abschluss und bei der Durchführung des Übereinkommens gemeinsam vorgehen müssen, wobei eine Pflicht zur engen und loyalen Zusammenarbeit zwischen ihnen besteht.

Calliess/Ruffert/*Schmalenbach*, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 216 Rn. 5 mwN.

Damit hat der EuGH aber ebenfalls implizit klargestellt, dass zumindest der Teil eines gemischten Abkommens, der in die geteilte Kompetenz von Union und Mitgliedstaaten fällt, nicht durch gesetztes Recht, sondern allenfalls durch ungeschriebene Loyalitätspflichten determiniert ist.

Mangels unionsrechtlicher Determinierung des hier betroffenen Vertragsfeldes tritt also bei Übertragung der Rechtsprechungszuständigkeit über den Investitionsschutz auf das CETA-Gericht auch kein anderes Grundrechtsregime an die Stelle oder neben die Grundrechte des Grundgesetzes, so dass das Bundesverfassungsgericht auch insoweit nicht an die Auslegung des EuGH zu Art. 20 GRCh gebunden ist. Art. 51 GRCh, der den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte auf die Mitgliedstaaten der Union ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union beschränkt, ist nicht einschlägig, da mit dem Zustimmungsgesetz zum ICS Unionsrecht insoweit nicht durchgeführt wird.

Das Bundesverfassungsgericht hält insgesamt den Anwendungsraum des Art. 51 GRCh und damit das Kooperationsverhältnis mit dem EuGH bei der Anwendung von Grundrechten klein. Es führt zur Anwendbarkeit der Grundrechte in unionsrechtlich nicht oder nicht vollständig determinierten Bereichen aus, dass die Bindung an die deutschen Grundrechte ein Korollar der politischen Entscheidungsverantwortung ist, der Grad der Bindung des deutschen Gesetzgebers also der jeweiligen eigenständigen legislativen Verantwortung entspricht. Das schließe es zwar nicht aus, dass neben der Bindung an die Grundrechte des Grundgesetzes im Einzelfall auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union Geltung beanspruchen könne: „In Betracht kommt das freilich nur im Rahmen der unionsrechtlichen Verträge und damit dann, wenn nach Art. 51 Absatz 1 Satz 1 GRCh die ‚Durchführung von Unionsrecht‘ in Frage steht.“ Hierdurch wird der innerstaatliche Anwendungsbereich der Charta bewusst begrenzt gehalten und der sonstige Grundrechtsschutz den Mitgliedstaaten und ihren innerstaatlichen Grundrechtsverbürgungen überlassen. Einer gleichzeitigen Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte neben den Grundrechten des Grundgesetzes sind damit Grenzen gesetzt. Dies darf auch durch eine übermäßig weite Auslegung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh nicht unterlaufen werden.

BVerfGE 133, 277 (Rn. 91); 152, 152 (Rn. 43).

Damit ist das Gericht auch insoweit nicht an die Auslegung des EuGH in seinem Gutachten 1/17 zum CETA gebunden, soweit der Gerichtshof eine Einschlägigkeit des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 20 GRCh verneint.

Nur in Fällen, in denen Unionsgrundrechte gemäß Art. 51 Abs. 1 GRCh zu denen des Grundgesetzes hinzutreten, muss das Bundesverfassungsgericht dafür Sorge tragen, dass das Schutzniveau der Charta, wie sie vom EuGH ausgelegt wird, nicht beeinträchtigt wird, und hat dessen Auslegung bei seiner eigenen Kontrolle am Maßstab der Grundrechte zu berücksichtigen. Das ist hier – wie dargelegt – nicht der Fall, da die Einrichtung des ICS unionsrechtlich nicht gesteuert ist.

BVerfGE 152, 152 (Rn. 45, 48).

Allerdings bezieht das Gericht die Unionsgrundrechte aufgrund der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes insgesamt als Auslegungshilfe für den Gehalt der deutschen Grundrechte in seine Grundrechtsprüfung mit ein. Es betont dabei jedoch, dass die Berücksichtigung der Unionsgrundrechte die Eigenständigkeit der Grundrechte des Grundgesetzes nicht infrage stellt und insbesondere nicht dazu führt, dass „jede Interpretation internationaler oder europäischer Entscheidungsinstanzen und Gerichte zu übernehmen ist,“ sondern dass vielmehr die Unionsgrundrechte und die Grundrechte des Grundgesetzes autonom auszulegen sind.

BVerfGE 152, 152 (Rn. 60 ff., 66).

Der zweite Senat des Gerichts geht zwar von einer regelmäßigen Konvergenz der Grundrechte des Grundgesetzes und derjenigen der Grundrechtscharta aus. Letztere seien ein funktionales Äquivalent zu den nationalen Grundrechten und auch inhaltlich weitgehend deckungsgleich, wobei ein Großteil der gleichwohl möglichen Divergenzen weniger auf konzeptionellen Unterschieden in den konkreten Gewährleistungen liege, denn auf unterschiedlichen Konkretisierungen in der Rechtsprechung der verschiedenen Verfassungsgerichte beruhe.

BVerfGE 158, 1 (Rn. 35, 67, 73).

Diese Aussagen trifft das Gericht allerdings in Bezug auf die Prüfung eines deutschen Hoheitsaktes an den Grundrechten der Union in einem vollständig von dieser determinierten Umsetzungsbereich. Seine Ausführungen sind ein Vorspann dazu, dass das deutsche Verfassungsgericht anschließend Unionsrecht selbst auslegt, weil allein dieses als Prüfungsmaßstab in dem entsprechenden Fall zur Anwendung kam. Die Konvergenzrechtsprechung des zweiten Senats in dieser Sondersituation ändert also im Endeffekt nichts daran, dass das Gericht die deutschen Grundrechte in einem unionsrechtlich nicht determinierten Hoheitsbereich der deutschen Staatsgewalt weiterhin autonom auslegt und anwendet, und die Rechtsprechung des EuGH, die zu „konvergenten“ Unionsgrundrechten ergangen ist, lediglich als Auslegungshilfe, von der es abweichen kann, zugrunde legt.

Im Ergebnis gilt also hier, dass weder ein Anwendungsvorrang des unionalen Rechts noch ein zwingender Auslegungsgleichklang zwischen Art. 20 GRCh und Art. 3 Abs. 1 GG im Bereich des ICS besteht, das Bundesverfassungsgericht vielmehr autonom darüber entscheidet, ob die Einrichtung des ICS den Gleichheitssatz des deutschen Grundgesetzes verletzt, da die Reichweite verfassungsrechtlicher Kompetenzen des deutschen Zustimmungsgesetzgebers insoweit nicht vom Unionsrecht bestimmt wird, sondern vollumfänglich vom Grundgesetz.

Ähnl. *Tietje*, Ganz, aber doch nur teilweise – die Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen der EU, <https://verfassungsblog.de/ganz-aber-doch-nur-teilweise-die-beteiligung-des-deutschen-bundestages-an-gemischten-voelkerrechtlichen-abkommen-der-eu/>.

f) Ultra-vires-Rügen

Neben der Identitätskontrolle „stellt die Ultra-vires-Kontrolle einen besonderen, an das Zustimmungsgesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG anknüpfenden Anwendungsfall des allgemeinen Schutzes der Verfassungsidentität durch das Bundesverfassungsgericht dar“, BVerfGE 142, 123, Rn. 153. Bereits in der Honeywell-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht die Voraussetzungen dieses spezifischen Kontrollinstrumentes beschrieben, BVerfGE 126, 286 (304):

„Eine Ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht kommt darüber hinaus nur in Betracht, wenn ersichtlich ist, dass Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen außerhalb der übertragenen Kompetenzen ergangen sind (vgl. BVerfGE 123, 267 [353, 400]). Ersichtlich ist ein Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur dann, wenn die europäischen Organe und Einrichtungen die Grenzen ihrer Kompetenzen in einer das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung spezifisch verletzenden Art überschritten haben (Art. 23 Abs. 1 GG), der Kompetenzverstoß mit anderen Worten hinreichend qualifiziert ist. Dies bedeutet, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich sein

und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die rechtsstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht fallen muss“. Es geht um strukturelle Verschiebungen zwischen EU und den Mitgliedstaaten.

Die Beschwerdeführer machen exakt solche hinreichend qualifizierten Kompetenzverstöße geltend. Sie tragen vor, dass sie in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 GG dadurch verletzt werden, dass die Zustimmung zum Abschluss des CETA auch die Zustimmung zu einer dem Gemischten CETA-Ausschuss übertragenen Zuständigkeit zu Änderung des institutionellen Rahmens des CETA enthält. Diese Zuständigkeit durfte die EU aber nicht auf einen Ausschuss übertragen. Die Veränderung der institutionellen Strukturen von EU-Abkommen weiterzugeben, liegt außerhalb der von der Zustimmung Deutschlands zum Vertrag von Lissabon abgedeckten Zuständigkeitsordnung der Europäischen Union. Im Einzelnen:

aa) Kompetenzwidrige Zuständigkeit des Gemischten CETA-Ausschusses zur Veränderung der institutionellen Strukturen des CETA

Nach Art. 26.1 Abs. 5 lit. g) und h) CETA ist Gemischte CETA Ausschuss befugt, Sonderausschüsse und Dialogforen neu einzurichten, aufzulösen und ihnen Zuständigkeiten durch die Abänderung ihrer Aufgaben zu übertragen. Das ist gleichbedeutend mit einer Befugnis zu grundlegenden Veränderungen der institutionellen Struktur des CETA. Somit kann der Gemischte CETA-Ausschuss neue Beschlussfassungszuständigkeiten ohne nähere Eingrenzung an die bestehenden Sonderausschüsse oder neu eingerichtete Sonderausschüsse zuzuweisen. Dafür sind die Vertragsgremien nach der ausdrücklichen Ausnahme in Art 218 Abs. 9 AEUV nicht zuständig. Denn Art 218 Abs. 9 AEUV enthält die explizite Ausnahme „von Rechtsakten zur Ergänzung oder Änderung des institutionellen Rahmens der betreffenden Übereinkunft“. Solche Rechtsakte dürfen Vertragsgremien nicht erlassen; sie bedürfen einer Vertragsänderung im normalen Verfahren, also unter parlamentarischer

Mitwirkung. Dahingehende Befugnisse darf die EU in ihren Abkommen den Vertragsgremien somit nicht erteilen. Art. 218 Abs. 9 AEUV enthält folglich eine Kompetenzsperre für institutionelle Fortentwicklungen von völkerrechtlichen Verträgen der Union durch Vertragsgremien. Auch nach Ansicht des EuGH berechtigt Art. 218 Abs. 9 AEUV nur, Vertragsgremien einzurichten, die Anwendungs- oder Durchführungsakte erlassen.

Lt. EuGH Rs C-73/14, Rn 65 ermöglicht das in Art 218 Abs. 9 in Abweichung des normalen Vertragsschlussverfahren vorgesehene „vereinfachte Verfahren.. [dass] die Union innerhalb des durch die betreffende internationale Übereinkunft eingesetzten Entscheidungsgremiums am Erlass von Akten teilnimmt, die *zur Anwendung oder Durchführung dieser Übereinkunft ergeben*“ (Hervorhebung hier)

Die dem Gemischten CETA-Ausschuss zugewiesenen institutionellen Weiterentwicklungs- und Ergänzungsbefugnisse liegen somit ersichtlich und damit offenkundig außerhalb des von Art. 218 Abs. 9 AEUV vorgegebenen Rahmens für die Weiterübertragung von Hoheitsgewalt. Die EU überschreitet damit offenkundig ihre Befugnisse. Dass sie dies in einem gemischten Abkommen tut, ändert daran nichts, da ihre alleinige EU Zuständigkeit eine solche Delegation von Hoheitsausübung auf Vertragsgremien explizit nicht erlaubt und dieser Fehler in der Hoheitsweitergabe durch die EU auch nicht durch die mitgliedstaatliche Mitwirkung geheilt werden kann. Die Mitwirkung der Mitgliedstaaten bezieht sich nur auf die Ausübung nationaler Zuständigkeiten, also die Übertragung von Befugnissen auf Vertragsgremien im nationalen Bereich. Das ist zu unterscheiden von der Inanspruchnahme einer entsprechenden Befugnis durch die EU selbst, die hier nicht hinreicht. In der Inanspruchnahme dieser Zuständigkeit durch die EU liegt die gewichtige Kompetenzverschiebung zulasten der Mitgliedstaaten.

Die Zustimmung von Bundestag und Bundesrat zum CETA wurde nicht genutzt, um gegen diese Kompetenzüberschreitung vorzugehen. Vielmehr haben Bundestag und Bundesrat in ihrer o.g. diesbezüglichen EntschlieÙung in Ziffer II, Punkt 7 nur zum Ausdruck gebracht, dass die Beschlüsse nach Art 30.2 Abs. 2 CETA keine institutionelle Änderung des CETA erlaube, explizit unter Bezugnahme auf Art 218

Abs. 9 AEUV. Es wird dort zurecht hervorgehoben, dass eine Ergänzung oder Änderung des institutionellen Rahmens eine Änderung des CETA im normalen, ordentlichen Verfahren erfordere, was eine konstitutive Mitwirkung des Bundestags für die Ratifikation bedinge. Die EntschlieÙung verkennt indes, dass die Änderung des institutionellen Rahmens nicht über einen Beschluss nach Art 30.2 Abs. 2 CETA erfolgt, der sich ja nur auf Protokolle und Anhänge bezieht. Vielmehr ist *sedes materiae* der Zuständigkeit des Gemischten CETA-Ausschusses für institutionelle Änderungen der Art. 26.1 CETA, s. oben.

Entscheidend ist aber, dass der Bundestag seine Integrationsverantwortung hier nicht wahrnimmt, sondern durch seine Zustimmung zu CETA und damit zu der Kompetenz des Ausschusses nach Art. 26.1 Abs. 5 lit g, h) CETA, zumal sie auch institutionelle Änderungen im nationalen Zuständigkeitsbereich zulässt, einem signifikanten *ultra vires* Handeln der EU die Hand reicht. Denn der Bundestag befasst sich ebenda nicht mit dieser Ausschusszuständigkeit nach Art. 26.1 Abs. 5 lit. g, h). Auch kann die dortige Feststellung des Bundestags, dass für institutionelle Änderungen des CETA nur das ordentliche Vertragsänderungsverfahren einschlägig ist, nichts daran ändern, dass auf völkerrechtlicher Ebene Art. 26.1 Abs. 5 lit g, h,) CETA dem Ausschuss die Befugnis zur institutionellen Änderung einräumt. Die *ultra-vires* Inanspruchnahme durch die EU abzuwehren, hätte vielmehr erfordert, dass der Bundestag die Bundesregierung verbindlich auffordert, etwa als Bedingung seiner Zustimmung, den anderen Parteien völkerrechtlich bindend mitzuteilen, dass Art. 26.1 Abs. 5 lit. g) h) CETA nicht dahin zu verstehen ist, dass diese Befugnis für eine Ergänzung oder Änderung des institutionellen Rahmens gilt. Das hat der Bundestag unterlassen.

bb) Ultra vires Übertragung von uneingegrenzten Regelsetzungszuständigkeiten an die CETA-Ausschüsse

Eine weitere signifikante Kompetenzüberschreitung liegt nach Einschätzung der Beschwerdeführer in der Betrauung der CETA-Vertragsgremien mit Zuständigkeiten

zur Beschlussfassung, die über rein administrative Befugnisse hinaus umfassende, weitreichende Befugnisse zu allgemein geltender Regelsetzung, zu Vertragsänderungen – und Auslegung und zum Austausch des gesamten Investitionsschutzmechanismus gewähren. Darin liegt eine von den bestehenden Kompetenzen der EU nicht abgedeckte Hoheitsübertragung auf diese Ausschüsse zu einer der Rechtsetzung und umfangreichen Vertragsänderungen vergleichbaren Hoheitsausübung. Denn rechtsetzende Betätigung, also die Formulierung abstrakt-genereller Regeln fallen ebenso wie Vertragsänderungen grundsätzlich unter die parlamentarische Zuständigkeit. Diese Zuständigkeiten können von Parlamenten auch nur in Grenzen weitergegeben werden.

Das gilt, wie Art 290 AEUV für die interne Delegation von Rechtsetzung in der EU belegt, auch in der EU: Auch in der EU ist die Regelung des Wesentlichen dem Gesetzgeber vorbehalten und darf daher nicht an exekutive Akteure übertragen werden (Art. 290 AEUV). Ferner müssen bei einer Delegation des Nichtwesentlichen Kontrollbefugnisse zugunsten des Europäischen Parlamentes bestehen, und schließlich muss eine Hoheitsübertragung inhaltlich bestimmt sein.

Näher dazu W. Weiß, *European Constitutional Law Review* 2018, 532 (560).

Wie soeben unter d) bb) ausgeführt, haben die CETA-Ausschüsse umfangreiche aber inhaltlich wenig bestimmte Befugnisse, die sie zu Regelsetzung, Änderung von Anhängen, Protokollen und punktuell dem CETA Text selbst und zu erheblicher Vertragsänderung in Form des Austausches des Investitionsschutzmechanismus ermächtigen. Ferner unterstehen diese Befugnisse – wie bereits gerügt - keiner parlamentarischen Kontrolle. Insgesamt sind daher die unionsverfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Übertragung umfassender Befugnisse an die Ausschüsse nicht gegeben. Somit hätte diese Art von Rechtsetzung von der EU nicht im Wege einer Hoheitsübertragung auf die CETA-Ausschüsse übertragen werden dürfen. Die EU hat aus verfassungsrechtlich-demokratischen Erwägungen heraus keine Kompetenz, Vertragsgremien so weitreichende Befugnisse zu verleihen.

Die Kompetenznormen des AEUV geben keine Grundlage dafür. Die EU Außenkompetenzen decken zwar die Errichtung institutioneller Strukturen grundsätzlich ab, so dass in Freihandelsabkommen nach Art 207 AEUV auch Ausschüsse der Parteien vorgesehen werden können. Doch bestimmt sich die Frage, welche Art von Befugnissen diese Ausschüsse haben dürfen, nach anderen Normen, konkret nach Art 218 Abs. 9 AEUV und anhand allgemeiner verfassungsrechtlicher, insbesondere demokratischer und gewaltenteiliger Maßstäbe. Art 218 Abs. 9 AEUV lässt „rechtswirksame Akte“ von Vertragsgremien zu, so dass die EU insoweit als befugt angesehen werden kann, solche Beschlussfassungen an Vertragsgremien zu übertragen. Doch ist der Begriff der rechtswirksamen Akte auf bloße administrative Anwendung und Durchführung beschränkt, und erstreckt sich nicht auf Rechtsetzung. Der EuGH hat zu Art 218 Abs. 9, wie oben vermerkt, deutlich gemacht, dass Vertragsgremien nur zur administrativen Anwendung oder Durchführung von Abkommen der EU befugt sein können, nicht aber zu einer völlig autonomen, nicht weiter in ihrem Ausmaß, Zielrichtung und Inhalten eingegrenzter Regelung, wie es hier der Fall ist.

Auch angesichts unionsverfassungsrechtlicher demokratischer Legitimationsanforderungen kann das keine Rechtsetzungsbefugnis und keine Befugnis zu Entscheidungen mit erheblichem Spielraum für diese Ausschüsse bedeuten. Denn dann wären sie befugt, einen politischen Gestaltungsraum wahrzunehmen, der ihnen mangels konkreter demokratischer Legitimation nicht zukommt.

Näher dazu W. Weiß, *European Constitutional Law Review* 2018, 532 (554 ff).

Über bloße Anwendung und Durchführung gehen diejenigen CETA-Ausschusszuständigkeiten, die oben unter d) im Rahmen der Identitätsrüge als verfassungswidrig undemokratisch benannt wurden, deutlich hinaus. Die EU hat somit für die Errichtung solchermaßen weitreichend zuständiger Ausschüsse keine Kompetenz. Damit bewegt sich die EU außerhalb des von der Zustimmung des Deutschen Bundestags nach Art 23 GG abgedeckten Hoheitsbereichs. Da sich die EU durch die weitrei-

chenden Delegationen im CETA über Art. 218 Abs. 9 AEUV auch insoweit hinwegsetzt, liegt eine offenkundige und erhebliche Kompetenzüberschreitung zulasten der Mitgliedstaaten vor. Das EU Integrationsprogramm verschiebt sich in Richtung auf die Etablierung umfangreicher Rechtsetzungsgewalt bei einer weiteren Schicht internationaler Hoheitsträger, nämlich in völkerrechtlichen Abkommen etablierter Ausschüsse. Das überschreitet die punktuelle Hoheitsweitergabe zu Umsetzungsakten, wie sie in Art 218 Abs. 9 AEUV vorgesehen ist, bei weitem.

Gegen die vorstehenden ultra-vires Rügen kann man auch nicht einwenden, bei einem gemischten Abkommen könne es von vornherein kein ultra vires Handeln geben, weil die nationale Zustimmung durch Vertragsgesetz die fehlende Zuständigkeit der EU ausgleiche. Das wird unten in der Begründetheit bei III.5. näher dargelegt.

g) Gegenwärtige und unmittelbare Beschwer

Die oben näher dargelegten Verletzungen der Beschwerdeführer in ihrem Recht aus Art 38 Abs. 1 GG sind auch gegenwärtig und unmittelbar. Die Zustimmung des Bundestags und des Bundesrats sind die letzten in Deutschland maßgeblichen Akte, die die näheren Bedingungen der herbeizuführenden völkerrechtlichen Bindung der Bundesrepublik festlegen. Dadurch ist inhaltlich die Zustimmung Deutschlands zu dem Vertrag festgelegt, und zwar ohne weitere Maßnahmen zur Abwehr der gerügten Verfassungsidentitätsverletzung und einer Kompetenzüberschreitung der EU. Das betritt die Beschwerdeführer bereits jetzt und unmittelbar in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 38 Abs. 1 GG. Zwar wird die völkerrechtliche Wirksamkeit des CETA erst mit Abschluss durch den Ratsbeschluss nach Art 218 Abs. 6 AEUV herbeigeführt. Doch liegt auch dessen Inhalt bereits vor. Die weiteren Abläufe haben, soweit es um Deutschlands Anteil in Form der parlamentarischen Zustimmung und der anschließenden Regierungsmitwirkung auf EU-Ebene geht, keine inhaltlichen Maßgaben mehr für die demokratisch defizitär legitimierten Befugnisse der

Ausschüsse im CETA, die mit dessen Inkrafttreten unmittelbar tätig werden; die Grundlagen dafür sind mit dem Zustimmungsgesetz von deutscher Seite unabwendbar gelegt. Die Beschwerdeführer demgegenüber auf Verfassungsbeschwerden gegenüber jedem Beschluss der Ausschüsse zu verweisen, ist nicht möglich, da die Beschlüsse EU-Akte sind, die nicht Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein können; ein rügefähiger deutscher Mitwirkungsakt fällt bei der Beschlussfassung der CETA-Ausschüsse mangels Beteiligung nationaler Vertreter im Ausschuss nicht an. Auch entfällt die gegenwärtige Beschwer nicht, weil der Ratsbeschluss über den Abschluss des CETA formal noch aussteht. Denn nicht nur steht dessen Inhalt bereits fest, sondern eine Verweisung auf das Abwarten jenes Beschlusses würde auch die Rechtzeitigkeit der Verfassungsbeschwerde vereiteln können und brächte die erhebliche Gefahr einer unumkehrbaren Rechtsverletzung der Beschwerdeführer. Von den EU-Beschlüssen über den Abschluss von Abkommen als letztem formalen Akt erhält die Öffentlichkeit kaum vorherige Information.

Auch das unterlassene Einschreiten des Bundestags gegen die Verfassungsverletzungen trifft die Beschwerdeführer gegenwärtig und unmittelbar in ihren Rechten. Das umfassende Inkrafttreten des CETA wird vom Bundestag nicht mehr verhindert werden; die Möglichkeit dazu hat er mit seiner Zustimmung verstreichen lassen.

Nachfolgend wird insbesondere die Grundrechtsbetroffenheit durch Einrichtung des ICS im Hinblick auf die Merkmale „selbst, gegenwärtig und unmittelbar“ näher dargelegt, zunächst mit Blick auf die Identitätskontrolle (1), sodann mit Blick auf den Gleichheitssatz (2).

(1) Identitätskontrolle

Die Beschwerdeführer können auch darlegen, dass sie durch die Einrichtung des CETA-Gerichtssystems selbst, gegenwärtig und unmittelbar in ihrem Recht auf Demokratie aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 20 Abs. 1 und 2 GG und Art. 79 Abs. 3 GG verletzt sind.

Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet den deutschen Wahlbürger*innen die politische Selbstbestimmung und garantiert ihnen die freie und gleiche Teilhabe an der Legitimation der in Deutschland ausgeübten Staatsgewalt.

BVerfGE 123, 267 (340); 132, 195 (Rn. 104); 135, 317 (159); 142, 123 (Rn. 126); 146, 216 (Rn. 46).

Das in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG garantierte Wahlrecht erschöpft sich nicht in einer formalen Legitimation der Staatsgewalt, sondern umfasst auch dessen grundlegenden demokratischen Gehalt. Dazu gehört nach std. Rspr. des BVerfG „namentlich der in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG verankerte Grundsatz der Volkssouveränität“ und der damit zusammenhängende Anspruch der Beschwerdeführer, nur einer öffentlichen Gewalt ausgesetzt zu sein, die sie auch legitimieren und beeinflussen können.

BVerfGE 142, 123 (Rn. 123); 151, 202 (Rn. 115).

Vor dem Hintergrund des über Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG als subjektives öffentliches Recht rügefähig gemachten Demokratieprinzips ist es dann, wenn Hoheitsrechte auf die Europäische Union oder Institutionen übertragen werden, die in einem Näherverhältnis zu ihr stehen, nicht ohne Bedeutung, ob die auf europäischer Ebene ausgeübte Hoheitsgewalt demokratisch legitimiert ist. Da die Bundesrepublik Deutschland nach Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG nur an einer Europäischen Union mitwirken darf, die demokratischen Grundsätzen verpflichtet ist, muss gerade auch ein legitimatorischer Zusammenhang zwischen den Wahlberechtigten und der europäischen Hoheitsgewalt bzw. einer Hoheitsgewalt bestehen, die in einem Näherverhältnis zu ihr steht. Hierauf haben die Beschwerdeführer nach der verfassungsrechtlichen Konzeption in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG iVm Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG einen Anspruch. Die Wahlberechtigten können deshalb auch verfassungsrechtlich relevante Defizite der demokratischen Legitimation der Europäischen Union oder zwischenstaatlicher Einrichtungen, die in einem Näherverhältnis zu ihr stehen, rügen.

BVerfGE 123, 267 (331); 160, 208 (Rn. 145).

Der Anspruch der Beschwerdeführer, nur einer öffentlichen Gewalt ausgesetzt zu sein, die sie auch legitimieren und beeinflussen können, stellt den Zusammenhang

zwischen dem Wahlrecht und der Ausübung der Staatsgewalt in her. Jede in Deutschland ausgeübte öffentliche Gewalt muss danach auf die Bürger*innen zurückführbar sein. Dies schließt es aus, dass die Bürger*innen einer politischen Gewalt unterworfen werden, der sie nicht ausweichen können, und die sie nicht prinzipiell personell und sachlich zu gleichem Anteil in Freiheit zu bestimmen vermögen.

BVerfGE 83, 37 (50f.); 93, 93, 37 (66); 123, 267 (341); 130, 76 (123); 137, 185 (Rn. 131); 139, 194 (Rn. 106); 142, 123 (Rn. 128); 151, 202 (Rn. 117); BVerfG: Eigenmittelbeschluss-Ratifizierungsgesetz – Corona-Aufbaufonds, NJW 2023, 425 Rn. 114.

Der in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG iVm Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG und Art. 79 Abs. 3 GG verankerte Anspruch der Beschwerdeführer auf demokratische Selbstbestimmung gilt auch in Ansehung der europäischen Integration. Die demokratische Legitimation aller in Deutschland ausgeübten öffentlichen Gewalt durch das Staatsvolk ist wesentlicher Inhalt des Grundsatzes der Volkssouveränität. Er gehört zu der durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsidentität und ist auch nach Art. 23 Abs. 1 GG integrationsfest. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG schützt die Beschwerdeführer vor einer Übertragung von Hoheitsrechten, die unter Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 die wesentlichen Inhalte des Grundsatzes der Volkssouveränität preisgeben.

Auch bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf Einrichtungen, die in einem Nähe- oder Ergänzungsverhältnis zur EU stehen, darf der Grundsatz der Volkssouveränität aus Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG nicht berührt werden. Zwischenstaatliche Einrichtungen wie das CETA-Gericht, die in einem Näherverhältnis zur Union stehen, müssen in ihrer organisatorischen Ausgestaltung demokratischen Grundsätzen entsprechen, wenn sie im Geltungsbereich des Grundgesetzes öffentliche Gewalt ausüben. Dass die CETA-Gerichtsbarkeit im Geltungsbereich des Grundgesetzes Hoheitsgewalt ausübt, die einen unmittelbaren Bezug zu den Grundrechten der Beschwerdeführer hat, wurde oben bereits gezeigt. Das CETA-Gericht übt öffentliche Gewalt in Deutschland aus, ohne hierfür das erforderliche Legitimationsniveau zu erreichen.

Aus dem in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG iVm Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG und Art. 79 Abs. 3 GG abgeleiteten Recht auf demokratische Selbstbestimmung folgt darüber hinaus ein Anspruch der Beschwerdeführer gegenüber Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung, sie in Wahrnehmung ihrer Integrationsverantwortung, vor Berührungen der grundgesetzlichen Verfassungsidentität zu schützen. Vor diesem Hintergrund verletzt der deutsche Vertreter im Rat der Europäischen Union dieses Recht, wenn er einer Berührung der Verfassungsidentität durch die geplante Einrichtung des demokratisch nicht ausreichend legitimierten ICS zustimmt.

Vgl. BVerfGE 142, 123 (Rn. 83, 121, 143ff.); 151, 202 (Rn. 140ff.); 153, 74 (Rn. 96, 136); 154, 17 (Rn. 101,110); 160, 208 (Rn. 175 f.).

Der Bundestag verletzt seine schutzpflichtähnliche Integrationsverantwortung, wenn er nicht die ihm zu Gebote stehenden Maßnahmen ergreift, um das defizitäre Legitimationsniveau des CETA-Gerichts durch seine Mitwirkung bei der Auswahl der Richter*innen für das Gericht zu erhöhen.

Anders als bei Verfassungsänderungen ist Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG bei der Übertragung von Hoheitsrechten stets betroffen. Hoheitsrechte können ohne Beachtung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Kompetenzübertragung, auch soweit damit keine Verfassungsänderung einhergeht, nicht wirksam übertragen werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Ausübung aller Hoheitsgewalt legitimationsbedürftig. Nach Art. 20 Abs. 2 GG muss jede in Deutschland ausgeübte öffentliche Gewalt auf seine Bürger*innen zurückzuführen sein.

BVerfGE 47, 253 (275); 77, 1 (40); 83, 60 (72); 93, 37 (66); 130, 76 (123); 137, 185 (Rn. 131); 154, 17 (Rn. 99); ausf. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR. Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 11 ff.

Die CETA-Gerichtsbarkeit ist legitimierungsbedürftige öffentliche Gewalt. Das Legitimationsniveau des CETA-Gerichts in Form seiner Rückkoppelung an das deut-

sche Wahlvolk ist nicht ausreichend. Es stellt in seinen Defiziten die parlamentarische Verantwortung in einer Art. 20 Abs. 1 u. 2 S. 1 GG iVm Art. 79 Abs. 3 GG berührenden Weise in Frage.

Das vom Bundesverfassungsgericht geforderte Legitimationsniveau ergibt sich in der Regel aus einer Kombination aller drei Legitimationsstränge im Rahmen der ununterbrochenen Legitimationskette vom deutschen Wahlvolk hin zu einer Hoheitsgewalt in Deutschland ausübenden Institution: der funktionellen, der personellen und der sachlichen-inhaltlichen Legitimation. Ganz oberflächlich betrachtet, ist das ICS demokratisch legitimiert, da es eine ununterbrochene Legitimationskette gibt. Seine Einrichtung und sein Rechtsprechungsauftrag beruhen auf einem parlamentarischen Zustimmungsgesetz, das die funktionell-institutionelle Legitimation besorgt. Das CETA-Gericht wendet das Investitionsschutzkapitel des CETA als Rechtsgrundlage an, das wiederum vom Bundestag ratifiziert wurde und so die sachlich-inhaltliche Legitimation von Gericht und Rechtsprechung herstellt. Der GCA ernennt nach Art. 8.27 Abs. 2 CETA bei Inkrafttreten des Abkommens die zunächst 15 Richter*innen des Gerichts. Nach Art. 26.1 Abs. 1 CETA besteht der GCA aus Vertretern der Union und Vertretern Kanadas. Ein deutscher Vertreter bzw eine deutsche Vertreterin sitzt zwar nicht im GCA. Die Beschlussfassung im GCA über die Richter*innenernennung und die Konkretisierung der Rechtsgrundlagen des CETA-Gerichts wird aber im Verfahren nach Art 218 Abs. 9 AEUV auf einen Vorschlag der Kommission hin vom Rat bzw von den im Rat vereinten Vertreter*innen der Mitgliedstaaten – und damit auch Deutschlands – gleichzeitig verabschiedeten Beschluss vorbereitet. Insoweit ist ein nationales, demokratisch legitimes Organ an der Entscheidung der Richterernennung zumindest ganz mittelbar beteiligt und verschafft dem CETA-Gericht zumindest vordergründig auch die personelle Legitimation. Entscheidend ist aber nicht die vordergründige Einhaltung der Form der demokratischen Legitimationskette, sondern die Effektivität der demokratischen Legitimation von Hoheitsgewalt. Deshalb ist ein bestimmtes Legitimationsniveau für das CETA-Gericht erforderlich. Für die Antwort auf die Frage, ob dieses erforderliche

Legitimationsniveau erreicht ist, haben die verschiedenen Legitimationsstränge nicht je für sich Bedeutung, sondern nur in ihrem Zusammenwirken, wobei die schwächere Ausbildung eines Legitimationsstranges durch die stärkere Ausbildung eines anderen Stranges ausgeglichen werden kann.

BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66 f.); 107, 59 (87); 119, 331 (366); 130, 76 (124); 136, 194 (Rn. 168).

Das Legitimationsniveau des CETA-Gerichts in Form seiner Rückkoppelung an das deutsche Wahlvolk und das deutsche Parlament ist allerdings nicht ausreichend und stellt deshalb einen Verstoß gegen die demokratische Identität des Grundgesetzes aus Art. 79 Abs. 3 GG dar. Wie in der Begründetheit näher dargelegt wird, erreicht das ICS das Mindestmaß an demokratischer Legitimation der supra- bzw. zwischenstaatlichen Gerichtsbarkeit, die im Fall des CETA-Gerichts ein hohes Legitimationsniveau braucht, nicht, weil die Defizite in den einzelnen Legitimationssträngen bzw. die Defizite in deren Zusammenwirken weder durch besondere Vertragsmechanismen kompensiert noch verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden können. Somit ist die Zustimmung zu CETA wie auch jede weitere deutsche Mitwirkung an seinem Inkrafttreten und damit an der Errichtung des demokratisch defizitären ICS geeignet, die Beschwerdeführer in ihrem Recht auf Demokratie selbst, unmittelbar und bereits gegenwärtig zu verletzen, da zustimmende Mitwirkung Deutschlands mit dem Zustimmungsgesetz unabänderlich feststeht.

(2) Allgemeiner Gleichheitssatz

Der Beschwerdeführer (Bf) zu 2) kann darüber hinaus plausibel darlegen, in seinem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG selbst (a), gegenwärtig (b) und unmittelbar (c) betroffen zu sein.

(a) Der Bf zu 2) ist selbst betroffen. Er ist ein deutscher Investor in deutsche Unternehmen in Deutschland.

Der Bf zu 2) hält ETF-Anteile am Fonds MSCI World von iShares, in dem unter anderem deutsche Firmen mit Sitz in Deutschland wie die Bayer AG, die Deutsche Post AG, die BMW AG, die Deutsche Börse AG oder Adidas enthalten sind (<https://www.ishares.com/de/privatanleger/de/produkte/251882/ishares-msci-world-ucits-etf-acc-fund?switchLocale=y&siteEntryPassthrough=true>). Seine Gesamtinvestition in diesen Fonds liegt bei ca. 3600€.

Beweis: Anlage – Auskunft über die Investitionen des Bf zu 2).

Der Bf zu 2) hat damit Investitionen in deutsche Unternehmen in Deutschland getätigt, die ihn – wenn er Kanadier wäre – in den Anwendungsbereich des CETA und unter die Gerichtsbarkeit des ICS bringen würde.

Nach den Begriffsbestimmungen in Art. 8.1 CETA zählen zu den vom CETA geschützten Investitionen „Vermögenswerte jeder Art, die direkt oder indirekt im Eigentum oder unter der Kontrolle eines Investors stehen und die Merkmale einer Investition aufweisen; hierzu gehören eine gewisse Dauer und andere Merkmale wie die Bindung von Kapital oder anderen Ressourcen, die Erwartung von Wertzuwachs oder Gewinn oder die Übernahme von Risiken. Zu den Formen, die eine Investition annehmen kann, zählen (...) Aktien.“

Dieser Investitionsbegriff des CETA ist erdenklich weit. Er schützt Vermögenswerte aller Art, solange diese im Eigentum des Investors stehen, und bestimmte Merkmale aufweisen wie, dass sie auf eine gewisse Dauer angelegt sind, Kapital des Investors binden, der Investor mit dem Einsatz seines Vermögenswerts Gewinnerwartungen verbindet oder Risiken übernimmt. Da alle diese spezifischen Merkmale auf eine Investition in Aktienfonds zutreffen, sind in den Regelbeispielen der Begriffserklärung auch Aktien und Anteile an Unternehmen als prototypische Form eines vom CETA geschützten Investments aufgelistet.

CETA enthält sonst keine weiteren Beschränkungen des weiten Investitionsbegriffs wie zB eine Mindesthöhe an Aktienbeteiligungen an einem Unternehmen. Nach überwiegender Auffassung ist dieser Vertragstext letztlich entscheidend – auch wenn es unter anderen IIAs oder in der Rechtsprechung der Schiedsgerichtsbarkeit zur

ICSID-Convention weitere Einschränkungen des Investitionsbegriffs gibt. Das ICS ist nicht zuständig, definitorische Beschränkungen auf den weiten Investitionsbegriff zu setzen oder solche Beschränkungen aus anderen IIAs in das CETA hereinzuholen. Das sehen selbst manche Schiedsgerichte so.

A11Y Ltd v Tschechien, ICSID case No. UNCT/15/1, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9853.pdf>, Award, Rn. 138: The Contracting Parties to the Treaty could have qualified the definition of investment but they chose not to do so. It is not the task of this Tribunal to add words to the broad definition agreed by the Contracting Parties.

BG Group Plc. v Argentinien, UNCITRAL, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0081.pdf>, Award, Rn. 91: „It is undisputed that treaty law determines, for example, who qualifies as an ‚Investor‘ as well as the various types of property rights that constitute an ‚Investment‘.

Ein Vermögenswert stellt nur dann eine Investition nach CETA dar, wenn dieser Vermögenswert im Eigentum oder unter der Kontrolle des Inhabers steht. Beide Kriterien sind alternativ gemeint. Der Bf zu 2) hält Aktien diverser deutscher Unternehmen, die ihren Sitz in Deutschland haben. Unabhängig von aktienrechtlichen Kontrollrechten, fällt sein Aktienbesitz unter den Investitionsbegriff des CETA, weil der Bf zu 2) Eigentümer dieser Aktien ist.

Dazu *Bungenberg/Hazarika*, in: *Bungenberg/Reinisch* (Hrsg.), *CETA Investment Law*, 2022, Art. 8.1 Rn. 207: „Thus, an investor may have ownership of shares but my lack control. This clause, which protects both ownership and control alternatively however increases the coverage of investments and also allows an investor to seek protection in case of either of these two parameters are affected.“

Um als Investition iSd des CETA zu gelten, muss die Investition von einer gewissen Dauer sein und andere Merkmale wie die Bindung von Kapital, die Erwartung von

Wertzuwachs oder Gewinnen oder die Übernahme von Risiken beinhalten. Der Besitz von ETF aus dem genannten Fonds des Bf zu 2) erfüllt selbstredend diese Kriterien (<https://www.justetf.com/de/academy/was-sind-etfs.html>).

Der Bf zu 2) wäre – wenn er Kanadier wäre – auch Investor iSv CETA. Denn Investor ist jede natürliche Person einer Vertragspartei, die eine Investition im Gebiet der anderen Vertragspartei getätigt hat.

Der Bf zu 2) ist zwar nicht Adressat der angegriffenen Maßnahme. Das muss er im Rahmen eines als gleichheitswidrig gerügten Gesetzes aber auch nicht sein, um selbst betroffen zu sein.

Dürig/Herzog/Scholz/*Walter*, GG, 2022, Art. 93 Rn. 352.

Hier liegt ja die prototypische Situation vor, dass die Adressaten eines angegriffenen Gesetzes gerade nicht die Beschwerdeführer sind, sondern deren Vergleichsgruppe, die – wie hier – ohne ausreichende Rechtsfertigung gegenüber derjenigen Gruppe, der die Beschwerdeführer angehören, privilegiert wird. Die Selbstbetroffenheit ist deshalb auch dann gegeben, wenn ein Dritter Adressat der angegriffenen Maßnahme ist und eine hinreichend enge Beziehung zwischen der Grundrechtsposition des Beschwerdeführers und der Maßnahme besteht.

BVerfGE 108, 370 (384).

Diese hinreichend enge Beziehung besteht aufgrund der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der durch das Zustimmungsgesetz zum ICS privilegierten kanadischen Investor*innen, deren Recht, das CETA-Gericht als Sondergericht anzurufen, der Bf zu 2) nicht hat, weil er kein Kanadier ist, obwohl er sich mit seiner Investition – wie dargelegt – in einer vergleichbaren Lage befindet. Aus Gleichheitsgesichtspunkten wäre er aber entweder in diese Privilegierung mit einzubeziehen gewesen – oder das CETA hätte auf die Privilegierung kanadischer Investor*innen in Deutschland verzichten müssen. Während kanadische Investor*innen in Deutschland die Wahl haben, ob sie von vornherein die Sondergerichtsbarkeit des CETA-Gerichts in Anspruch nehmen und hier auf Schadensersatz wegen ihrer durch eine staatliche Maßnahme beschädigten Investition klagen, oder erst in den nationalen Rechtsweg

gehen – wo sie vorrangig die Primärmaßnahme selbst angreifen müssen, da das deutsche Enteignungs- und Staatshaftungsrecht den Grundsatz „dulde und liquidiere“ anders als das CETA ausschließt – und anschließend oder mittendrin zum CETA-Gericht wechseln, haben deutsche Investor*innen in Deutschland diese Rechtswegwahlmöglichkeit nicht, obwohl sie von den in Rede stehenden staatlichen Maßnahmen genauso betroffen sein können, wie kanadische Investor*innen. Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung ist nicht ersichtlich. Zu rechtfertigen wäre diese Ungleichbehandlung lediglich aus den dem Gleichheitssatz übergeordneten Zielen des CETA, zu dem das angegriffene Zustimmungsgesetz ergangen ist. Die Zielsetzung des CETA kann die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen. Als Rechtfertigungsmaßstab ist eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung anzusetzen, da die Ungleichbehandlung an die Staatsangehörigkeit und damit ein Merkmal anknüpft, das denjenigen des Anknüpfungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 GG, nämlich der Heimat und der Herkunft, nahekommt. Die Zielsetzung des CETA, kanadische Investitionen in den Mitgliedstaaten der Union verstärkt zu generieren, setzt den besonderen Investitionsschutz durch das ICS nicht voraus. Sie läuft bereits in vorausgesagten Dimensionen, auch ohne dass das ISDS-Kapitel aus CETA in Kraft ist. ISDS ist in demokratischen Rechtsstaaten, die Freihandel miteinander treiben wollen, nicht erforderlich und widerspricht auch dem derzeitigen Trend, dass demokratische Rechtsstaaten untereinander aus dem ISDS entweder ganz aussteigen, oder doch zumindest eine *local remedies rule* der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit vorschalten. Die Ungleichbehandlung wäre ferner dadurch zu beseitigen, dass deutschen Investor*innen per nationales Gesetz der Rechtsweg zum CETA-Gericht – oder später dem MIC – ebenfalls eröffnet würde.

(b) Der Bf zu 2) ist auch gegenwärtig in seinem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG betroffen. Gegenwärtig betroffen ist ein Grundrechtsträger, wenn die behauptete Grundrechtsverletzung im Zeitpunkt der Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht aktuell ist, also schon und noch vorliegt. Der Beschwerdeführer muss

darlegen, dass er mit einiger Wahrscheinlichkeit durch die auf den angegriffenen Vorschriften beruhenden Maßnahmen in seinen Grundrechten berührt ist

BVerfGE 100, 313 (354); 109, 279 (307 f.); 115, 118 (137).

Eine gegenwärtige Betroffenheit liegt vor, wenn die angegriffene Maßnahme „auf die Rechtsstellung des Beschwerdeführers aktuell und nicht nur potentiell einwirkt.“

BVerfGE 114, 258 (277).

Aber auch zukünftige Rechtswirkungen können einen Beschwerdeführer aktuell betreffen, wenn bereits im Zeitpunkt der Erhebung der Verfassungsbeschwerde konkret absehbar ist, „dass und wie“ der Beschwerdeführer von der angegriffenen Maßnahme betroffen sein wird. In Bezug auf das hier angegriffene Zustimmungsgesetz zum CETA als völkerrechtlichem Vertrag ist die gegenwärtige Betroffenheit des Bf zu 2) gegeben. Nach std. Rspr. des Bundesverfassungsgerichts ist die Gegenwartigkeit der Betroffenheit anzunehmen, weil und wenn hier die Gefahr einer nur noch schwer korrigierbaren Bindung im Außenverhältnis besteht, da auf der Basis des Zustimmungsgesetzes die völkerrechtliche Ratifikation erfolgt.

Dürig/Herzog/Scholz/Walter, GG, 2022, Art. 93 Rn. 354.

Im Dezember 2022 hatten bereits 17 Mitgliedstaaten den Union das CETA ratifiziert. Es ist nur noch eine Frage der Zeit, wann alle Mitgliedstaaten ratifiziert haben werden und die endgültige Anwendung vom CETA im Rat nach Art 218 Abs. 6 AEUV beschlossen werden wird. Die Gegenwartigkeit der Betroffenheit ist folglich gegeben.

(c) Der Bf zu 2) ist ferner auch unmittelbar durch das angegriffene Zustimmungsgesetz in seinem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG betroffen. Unmittelbar betroffen durch einen Rechtssatz wie das Zustimmungsgesetz ist ein Beschwerdeführer dann, wenn die von ihm behauptete Beschwer ohne einen weiteren Vollzugsakt unmittelbar kraft Gesetzes eintritt.

BVerfGE 126, 112 (133); 125, 39 (75 f.); 110, 370 (381 mwN).

Die Zustimmung des Bundestags und des Bundesrats sind die letzten in Deutschland maßgeblichen Akte, die die näheren Bedingungen der herbeizuführenden völkerrechtlichen Bindung der Bundesrepublik festlegen. Dadurch ist inhaltlich die Zustimmung Deutschlands auch zu dem durch den GCA noch einzurichtenden ICS festgelegt. Weiterer Vollzugsakte von deutscher Seite her bedarf es also nicht. Zwar wird die völkerrechtliche Wirksamkeit des CETA erst mit Abschluss durch den Ratsbeschluss nach Art 218 Abs. 6 AEUV herbeigeführt. Doch liegt auch dessen Inhalt bereits vor. Die weiteren Abläufe haben, soweit es um Deutschlands Anteil in Form der parlamentarischen Zustimmung und der anschließenden Regierungsmitwirkung auf EU-Ebene geht, keine grundsätzlichen Auswirkungen mehr auf die Einrichtung des CETA-Gerichts.

4. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Ein anderer Rechtsweg steht nicht zur Verfügung.

Nach BVerfGE 142, 123, Rn. 84 ist „[f]ür die Geltendmachung des aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG folgenden Rechts nur insoweit Raum, als der Entleerung des Wahlrechts nicht auf andere Weise - durch die Anrufung von Fachgerichten oder die Einholung einer Vorabentscheidung durch den Gerichtshof der Europäischen Union - abgeholfen worden ist“. Eine Anrufung des Gerichtshofs in einem Vorabentscheidungsverfahren setzte die Zulässigkeit eines anderen Verfahrens voraus, wofür keine Anhaltspunkte vorliegen. Ein Rechtsschutzbedürfnis besteht auch deshalb, weil weder das BVerfG noch der EuGH die hier thematisierten Rechtsfragen bisher beantwortet haben. Die verfassungsrechtlichen Fragen der Anforderungen an die Zustimmung von Bundestag und Bundesrat zu CETA insgesamt und an die weitere deutsche Mitwirkung an seinem Abschluss im Lichte des Rechts auf Demokratie der Beschwerdeführer, das sich aus Art. 38 GG ergibt, sind noch nicht entschieden. Generell hat sich das BVerfG noch nicht zu den Verfassungsfragen gemischter EU-Abkommen allgemein und zu den EU-Investitionsschutzmechanismen geäußert.

Die Beschwerde wird form- und fristgerecht erhoben.

III. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Die Zustimmung des Bundestags und des Bundesrats zum Abschluss des CETA, wie auch die unterbliebene Gegenwehr gegen den Abschluss seitens des Bundestags und der Bundesregierung verletzen die Beschwerdeführer in ihren Rechten aus Art 38 I GG iVm Art. 20 I, 23, 79 III GG. Denn der Abschluss des CETA – wenn auch als gemischtes Abkommen - durch die EU überschreitet die Kompetenzen der EU in einer hinreichend qualifizierten Weise (nachfolgend 5.), und die Verfassungsidentität der Bundesrepublik wird durch die Errichtung von Vertragsgremien mit umfangreichen Zuständigkeiten und der Einrichtung einer autonomen, abschließend entscheidenden Investitionsgerichtsbarkeit (nachfolgend 1-3) zu Lasten dieser Rechte der Beschwerdeführer verletzt. Durch diese Zuständigkeitsbegründungen im CETA wird eine neue Hoheitsgewalt eingerichtet, die demokratisch unzureichend legitimiert ist. Ferner verletzt die Einrichtung der neuen Hoheitsgewalt in Gestalt der CETA-Gerichtsbarkeit auch das Grundrecht des Beschwerdeführers zu 2) auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG (nachfolgend 4.). Schließlich ist das Recht auf Demokratie aus Art. 38 I GG auch verletzt durch einen formalen Fehler bei der Übertragung der Hoheitsrechte bei der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat (nachfolgend 6).

1. Verletzung der Verfassungsidentität infolge Verletzung des Kerngehalts des Demokratieprinzips durch Errichtung eines mit umfangreichen Befugnissen ausgestatteten Ausschusssystem

1.1. Verfassungsrechtliche Anforderungen demokratischer Legitimation übertragener Hoheitsgewalt

Aus dem Grundrecht nach Art. 38 Abs. 1 GG auf Demokratie der Beschwerdeführer folgt, dass sie nur einer Hoheitsausübung unterworfen werden dürfen, die legitim, also verfassungskonform begründet wurde, was die Einhaltung der Anforderungen für Hoheitsübertragung nach Art. 23 Abs. 1 GG bedingt. Insbesondere darf die deutsche Mitwirkung an der Ausübung von EU-Hoheitsgewalt nicht die Verfassungsidentität mit Blick auf die gebotene demokratische Legitimation durch den Bundestag verletzen. Das ist nicht mehr gewahrt, wenn der Bundestag sich seiner Zuständigkeiten durch Hoheitsübertragung auf die EU in einer Weise begibt, die keinerlei Einflussmöglichkeiten Deutschlands mehr erlauben, weil das Maß der abgegebenen Hoheitsgewalt nicht mehr erkennbar ist. Wie umfangreich oben bei der Beschwerdebefugnis unter 3. a) aa) dargelegt, gebietet dies Bestimmtheit der Übertragung. Ist die Bestimmtheit gering wegen wenig inhaltlicher Determinierung der übertragenen Befugnisse, muss der Einfluss des Bundestags auf deren Ausübung höher sein, was verfahrensrechtliche Anforderungen an seine Beteiligungsmöglichkeiten stellt. Wie sodann unter bb) dargestellt, gelten die beiden Argumentationsstränge zugunsten verstärkter parlamentarischer Begleitung von Hoheitsübertragung auf und –ausübung durch die EU, nämlich der der unzureichenden Bestimmtheit und der der Verschiebung von Organzuständigkeiten der EU oder in deren Zusammenhang etablierter Organe hin zu größerer Verselbständigung und Strukturveränderungen, auch bei der Einsetzung beschlussfassender, autonom entscheidender Vertragsorgane wie der im CETA vorgesehenen Ausschüsse und die Errichtung einer abschließend entscheidenden eigenständigen Gerichtsbarkeit wie dem ICS im CETA (zu letzterem näher unten 2).

Die Errichtung von und Hoheitsübertragung auf Vertragsorgane durch die EU wie bei CETA auf die darin vorgesehenen Ausschüsse erfolgt wie ebda. dargelegt, auf einer wenig bestimmten Rechtsgrundlage im EUV/AEUV: Letztlich ist hier beim CETA für die Errichtung beschlussfassender Ausschüsse der Art. 207 iVm 218 Abs. 9 AEUV die maßgebliche Grundlage, wobei jedoch nicht ausdrücklich geregelt ist,

welche Art der Hoheitsgewalt übertragbar ist und in welchen Grenzen. Es herrscht insoweit also große Unbestimmtheit. Hinzu kommt die Anwendung des vereinfachten Verfahrens zur Herstellung für die EU und Deutschland verbindlicher Entscheidungen (bloße Ratsbeschlussfassung nach Art. 218 Abs. 7, 9 AEUV). Es findet nicht das ordentliche Vertragsschlussverfahren gemäß Art 218 Abs. 6 AEUV Anwendung. Die Einrichtung von Vertragsorganen mit eigenen Beschlussfassungszuständigkeiten im CETA führt somit zu einer weiteren Verselbständigung von EU-Hoheitsgewalt, die demokratische Kontrollanforderungen auslöst. Denn dadurch entsteht ein neuer Weg, ohne Rückbindung an Organe der Vertragsparteien, letztlich als EU-Recht einzuordnende Ausschussbeschlüsse zu erlassen.

So auch P. J. Kuijper, in Neframi/Gatti (eds), *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, 2018, 201 (225); G. de Baere, in Schütze/Tridimas (Hrsg.), *Oxford Principles of EU Law*, Band I, 2018, 1234 (1246); A. Rosas, in Czuczai/Naert (Hg), *The EU as a Global Actor*, 2017, 365 (378): Art 218 (9) "is about norm-creation".

Denn der EuGH sieht die Beschlüsse von Vertragsgremien als integrierende Bestandteile des Unionsrechts an.

EuGH, 14 November 1989, Case 30/88, *Hellenic Republic v Commission of the European Communities* ECLI:EU:C:1989:422, Rn. 13. N. Lavranos, *Legal Interaction between Decisions of International Organisations and European Law*, 2004, S. 35 ff, 53, 93

Die Vorgaben des Art. 23 GG bestätigen damit die Berechtigung und Notwendigkeit von Anforderungen an die demokratische Legitimation von Hoheitsrechtsübertragung in Form des Bestimmtheitsgebots und der demokratischen Absicherung selbständiger Entscheidungsmechanismen durch die Notwendigkeit ergänzender parlamentarischer Begleitung der Betätigung von Vertragsgremien, auf die Hoheitsgewalt übertragen wurde, zumal wenn und weil das mit der Veränderung von sonst anwendbaren EU-Entscheidungsverfahren (oder nationalen Entscheidungsverfahren) einhergeht. Es ist somit infolge Art. 23 Abs. 1 GG geboten, dass die Errichtung von Vertragsorganen mit erheblichen Zuständigkeiten dadurch ordnungsgemäß demokratisch legitimiert ist, dass keine unspezifischen Zuständigkeiten übertragen werden, und dass ihre Ausübung einer parlamentarischen Kontrolle unterliegt, deren konkretes Ausmaß abhängt von der Gewichtigkeit der Befugnisse und insbesondere bei

rechtsetzungsnahen und vertragsändernden Befugnissen von Ausschüssen greift, die klassischerweise parlamentarischer Zuständigkeit unterliegen.

1.2. Befugnisse der Ausschüsse zu Vertragsänderung, -auslegung, Gesetzgebung auf Basis unbestimmter Mandate

Wie oben im Rahmen der Beschwerdebefugnis unter d) ausgeführt, etabliert das CETA Ausschüsse, die zu für die EU und die Mitgliedstaaten völkerrechtlich, aber im Rahmen der EU-Zuständigkeiten nach Art 216 Abs. 2 AEUV auch unionsrechtlich bindenden Beschlüssen ermächtigt sind, die in Deutschland zu beachten und ggf umzusetzen sind.

Dabei geht es, soweit hier für die Verfassungsidentität relevant, um Befugnisse zu erheblichen Entscheidungen, also die Ausübung erheblicher Hoheitsgewalt im Bereich Rechtsetzung, verbindliche Auslegung und Änderungen des Vertragswerks sowohl punktuell hinsichtlich des CETA-Texts als auch hinsichtlich seiner Anhänge und Protokolle. Das ist erhebliche Hoheitsausübung, weil dadurch für die EU und die Mitgliedstaaten bindend Umsetzungspflichten entstehen und diese Beschlüsse das CETA inhaltlich ändern können, eine verbindliche Auslegung geben können und schließlich das CETA ergänzende Rechtsetzung erlaubt wird. Der Bundestag verliert insoweit erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten, weil diese Befugnisse abschließend den CETA Ausschüssen übertragen wurden und nicht mehr Gegenstand einer der Zustimmung des BT bedürftigen Vertragsänderung sind. Das verändert die Verfassungsidentität der Bundesrepublik wegen einer reduzierten Gestaltungszuständigkeit des Bundestags und Bundesrats. Wie sogleich aufzuzeigen ist, sind diese Befugnisse der Ausschüsse wenig vorhersehbar gefasst; die entsprechenden CETA Regeln erteilen recht unbestimmte Mandate. Dadurch steigen die Anforderungen an die demokratische Legitimation durch Rückführbarkeit der Ausschussentscheidungen auf den Bundestag. Jedoch unterliegen diese Entscheidungen, wie bereits vermerkt, keiner hinreichenden demokratischen Kontrolle, die es zuließe, die Entscheidungen noch

dem Bundestag zurechnen zu können. Wie bereits im Rahmen der Beschwerdebefugnis vermerkt, ist die bei der Unterzeichnung des CETA eingegangene Selbstverpflichtung zur Einstimmigkeit im Rat bzw im Rahmen der im Rat vereinten Vertreter der Mitgliedstaaten in der Beschlussfassung nach Art 218 Abs. 9 AEUV bzw. auf völkerrechtlicher Ebene nicht geeignet, demokratische Mindestanforderungen an Beteiligung des Bundestags bzw Kontrolle bei der Ausübung der Beschlussfassungszuständigkeiten der Ausschüsse zu sichern.

Zunächst ist hier näher darzulegen, um welche Mandate es sich konkret handelt und warum diese unbestimmt sind.

Es geht um Mandate zur Entscheidung über erhebliche Fragen, die CETA ändern oder inhaltlich weiterentwickeln. Gerade solche Gestaltungsbefugnisse sind parlamentarischer Entscheidung bedürftig, weil sie, wenn es das vereinfachte Verfahren nach Art 218 Abs. 9 AEUV nicht gäbe, durchaus Gegenstand eines eigenen Vertrags und damit parlamentarischer Entscheidung wären. Rechtsetzende Betätigung, also der Erlass abstrakt-genereller Regeln, fällt grundsätzlich unter die parlamentarische Zuständigkeit. Rechtsetzung kann von Parlamenten nur in Grenzen weitergegeben werden. Daher darf Rechtsetzung nicht durch Hoheitsübertragung auf in völkerrechtlichen Abkommen der EU errichtete Ausschüsse ohne parlamentarische Sicherung übertragen werden. Das gleiche gilt für Befugnisse zur autonomen Änderung des CETA, soweit sie über eine Präzisierung untergeordneter Fragen hinausgehen, sondern neue Regeln festlegen.

Zu nennen sind daher die folgenden Beschlussfassungszuständigkeiten, die oben im Sachverhalt und bei der Beschwerdebefugnis unter d) schon näher vorgestellt wurden: Art. 8.1 CETA zur Erweiterung des Begriffs Geistiges Eigentum (insoweit auch in nationaler Zuständigkeit wegen Relevanz auch für Portfolioinvestitionen); Art. 8.10 Abs. 3 CETA: Festlegung des sog. FET Standards (insoweit auch in nationaler Zuständigkeit); Art. 8.28 Abs. 7: Erlass von Regeln zur Arbeitsweise des Berufungsgerichts (auch in nationaler Zuständigkeit); Art. 8.29: Überleitung der Investitions-

schutzzuständigkeit auf einen neuen multilateralen Investitionsgerichtshof (dazu eigens unten 3.); Art. 8.44 Abs. 2 CETA: Erlass eines Verhaltenskodex für die Richter (auch in nationaler Zuständigkeit wegen Investitionsgerichtsbarkeit); Art. 8.44 Abs. 3b) CETA: Erlass von Verfahrensregeln für die Richter (auch in nationaler Zuständigkeit); Art. 26.1 Abs. 5 e) iVm. Art. 8.31 Abs. 3, 8.44 Abs. 3 a): Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschuss zur verbindlichen Auslegung des CETA (auch in nationaler Zuständigkeit getragen, soweit für dortige Ausschusskompetenzen relevant); Art. 26.1 Abs. 5 lit. g) h): Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschusses zur Änderung der Aufgaben der Sonderausschüsse. Hervorzuheben ist auch Art. 30.2 Abs. 2, die Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschuss zur Änderung von Anhängen und Protokollen (betrifft auch CETA-Teile in nationaler Zuständigkeit)

Hier werden durch offene Blankettregeln in CETA Befugnisse übertragen, und das im auch nationalen Zuständigkeitsbereich: Die Unbestimmtheit dieser Mandate ergibt sich, weil die übertragenen Befugnisse nicht in gewissen Grenzen präzise gefasst sind.

Maßstab für die Bestimmtheit einer Befugnisübertragung, zumal im Bereich der Rechtsetzung, ist zum einen die Frage nach inhaltlichen Direktiven in der Ermächtigungsnorm, die die inhaltliche Substanz der zu treffenden Regeln andeuten oder vorprägen. Gegenmodell zu einer inhaltlichen Bestimmtheit wäre ein freies Ermessen des zuständigen Ausschusses in der inhaltlichen Regelung ohne inhaltliche Vorgaben. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Ermächtigungsnorm für eine Rechtsetzungsübertragung nur einen Sachbereich angibt, wie nach Art einer allgemeinen Zuständigkeitsregel, in dem der Ausschuss Regeln setzen soll. Maßstäbe für die inhaltliche Bestimmtheit einer Delegation finden sich für die Übertragung von Rechtsetzung auf die Exekutive in Art. 80 I S. 2 GG, wonach Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Regelung vom Bundestag im befugnisübertragenden Gesetz vorgezeichnet werden muss. Ähnlich ist Art. 290 AEUV formuliert, der die Delegation von Gesetzesänderungen an die Exekutive, dh die Europäische Kommission ermöglicht, so-

fern der Gesetzgebungsakt Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung ausdrücklich festlegt, so Abs. 1 UAbs. 2. Beide Regelwerke ähneln sich und geben Rückschluss dahingehend, dass sowohl nach deutschem wie nach europäischem Verfassungsrecht für die exekutive Rechtsetzung die bloße Angabe eines Bereiches, den der Delegatar zu regeln hat, nicht genügt, sondern sein Ermessen auch inhaltlich durch leitende Vorgaben ausgerichtet sein muss. Darin lassen sich gemeinsame Verfassungstraditionen, jedenfalls vergleichbare Regeln erkennen, die daher auch für die hier relevante Frage nach der Begründung von Maßstäben für die Bestimmtheit von mehr als nur technisch-administrativen Hoheitsübertragungen herangezogen werden können und müssen.

Die Konkretisierung der übertragenen Befugnis muss dabei auch abhängig von der Berührung von Einzelinteressen, insbesondere bei Grundrechtsbezug, zunehmen.

Das BVErfG legt der Bestimmtheit hohes Gewicht bei bei der Exekutive ermöglichten Grundrechtseingriffen, s. BVerfGE 41, 251 (266); 23, 62 (73); 48, 210 (221); 58, 257 (277 f).

Die Übertragung von Regelsetzung auf die CETA Ausschüsse stellt eine vergleichbare exekutive Rechtsetzung dar, da die Ausschüsse exekutive Akteure darstellen; ihre Mitglieder speisen sich nahezu ausschließlich aus Vertretern der Europäischen Kommission und Ministerialen aus Kanada, eventuell kommen nationale Regierungsvertreter hinzu. Die oben dargelegten Maßstäbe für inhaltliche Bestimmtheitsanforderungen lassen sich daher mit Blick darauf übertragen.

Zwar hat das BVerfG in E 77, 170 (231 f) die Anforderungen an die Bestimmtheit von Regelungen und somit an die Dichte von Regelungen für den Bereich der auswärtigen Gewalt abgemildert, da sonst die Bundesrepublik „von Verfassung wegen gehalten wäre, völkerrechtliche Verträge nur noch abzuschließen, wenn sie einen erheblichen Grad an Spezifizierung aufweisen“. Das BVerfG hat dies indes nicht im Hinblick auf völkerrechtliche Regelsetzungsmechanismen formuliert. Gerade im Hinblick auf die erheblichen Ausschussbefugnisse im Bereich Vertragsänderung und Regelsetzung und deren Relevanz als EU-Recht ist eine Abmilderung der Anforderungen an die Bestimmtheit von Befugnisübertragungen nicht veranlasst.

Gemessen an den oben dargelegten Maßstäben, sind die hier zu betrachtenden CETA-Regeln nicht bestimmt genug. Sie beschränken sich weitgehend auf die Angabe von Regelungsfeldern, zu denen die Ausschüsse Regeln per Beschluss erlassen sollen. Nähere inhaltliche Vorgaben finden sich kaum. Dies wird nachfolgend näher aufgezeigt:

Art. 8.1 CETA gewährt im Rahmen der Definition der Rechte des Geistigen Eigentums dem Gemischten CETA-Ausschuss die Möglichkeit, durch Beschluss den Begriff des Geistigen Eigentums durch die Festlegung weiterer Kategorien auszuweiten. Diese Ausweitung des Begriffs um neue Kategorien ist eine textliche Veränderung des CETA. Es stellt sich hier wieder die Frage nach den Grenzen für die auf diesem Weg möglichen Vertragsänderungen, da dadurch die an sich nötige parlamentarische Zustimmung für den Abschluss eines völkerrechtlichen Abkommens umgangen würde. Die Norm enthält keinerlei Einschränkung oder konkretisierende Maßgabe dahingehend, welche neuen Eigentumsrechts in den CETA-Kontext, also insbesondere in den Schutz durch die Investitionsschutzregeln einbezogen werden. Der Ausschuss hat völlig freies Ermessen.

Nach Art. 8.10 Abs. 3 CETA beschließt der Gemischte CETA-Ausschuss auf Vorschlag des Dienstleistungsausschusses über den Inhalt der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung der Investoren. Auf diese Weise kann die Bedeutung des Schutzstandards für die Investoren verändert werden, was mögliche Erfolgsaussichten von Investorenklagen beeinflusst und damit auch für eventuelle Haftungsverpflichtungen der Vertragsparteien relevant ist. Da die Entscheidungszuständigkeit des Ausschusses nicht auf eine bloße Konkretisierung des Standards der fairen und gerechten Behandlung, etwa im Rahmen der in Art. 8.10 Abs. 2 CETA festgelegten einzelnen Definitionen, beschränkt ist, sondern sich allgemein auf eine inhaltliche Bestimmung des Standards bezieht („Inhalt der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung“), kann der Beschluss weitere Definitionen anfügen. Dem Aus-

schuss ist damit eine Bestimmungshoheit über weitere Inhalte des völlig unbestimmten Rechtsbegriffs der gerechten und billigen Behandlung gegeben, ohne nähere konkretisierende oder sein Ermessen dirigierende Vorgabe.

Die Judikatur von Schiedsgerichten im Investorenschutz zeigt die große Bandbreite, die dem Begriff der gerechten und fairen Handlung in der Auslegungspraxis zukommt, etwa mit Blick auf den Schutz berechtigter Erwartungen oder von Gewinnaussichten. Vgl. die Analysen etwa von J Bonnitza, *Substantive Protection under Investment Treaties*, 2014, 161 ff; F Costamagna, in Krajewski (Hg), *Services of General Interest Beyond the Single Market*, 2015, 77 (86 ff). Die EU hat dem durch die einzelnen Definitionen versucht, Bestimmtheit zu geben, doch lässt durch die Auffangklausel wieder zu, dass der Ausschuss Beliebiges darunter fasst.

Die Ermessensausübung ist in Art. 8.10 Abs. 3 CETA nicht näher inhaltlich festgelegt. Nach der Erklärung im Gemeinsamen Auslegungsinstrument der Parteien zu CETA (ABLEU 2017 L 11/3, Buchstabe 6.e)) sollen Auslegungszuständigkeiten des Gemischten Ausschusses – und als solche ordnet der EuGH auch die Kompetenz nach Art 8.10 Abs. 3 CETA ein, EuGH, Gutachten 1/17, Rn. 232 – dazu dienen, Fehlentwicklungen in der Auslegungstätigkeit der Investitionsgerichte zu korrigieren. Doch gibt auch diese recht offene Zielrichtung – es wird nicht deutlich, was Fehlentwicklungen sein sollen - keine inhaltliche Maßgabe.

Nach Art. 8.28 Abs. 7 CETA trifft der Gemischte CETA-Ausschuss eine Regelung, in der administrative und organisatorische Aspekte der Arbeitsweise des Berufungsgerichts geregelt werden. Dabei geht es insbesondere auch um Verfahrensfragen. Die Gegenstände der Verfahrensregelungen sind in Art. 8.28 Abs. 7 lit a) bis f) zunächst einzeln benannt: Danach hat der Beschluss des Ausschusses die administrative Unterstützung des Berufungsgerichts, also die Errichtung eines Sekretariats, zum Gegenstand, ferner das Verfahren für Einleitung und Durchführung von Berufungsverfahren und für Zurückverweisungen an die erste Instanz, eine Kostenregelung, die Größe und Besetzung des Berufungsgerichts, und die Richtervergütung. In lit g folgt jedoch eine Auffang- oder Abrundungsklausel, die sich auf alle sonstigen für das Funktionieren erforderlichen Aspekte bezieht. In welche Richtung der Ausschuss sein Gestaltungsermessen ausüben soll, ist damit nicht vorbestimmt; vor allem wird dem Ausschuss die Beurteilung dessen, was für die Funktion des Berufungsgerichts noch erforderlich ist, überlassen. Eine Festlegung für einige wichtige Fragen (nämlich

Berufungsfrist und aufschiebende Wirkung) findet sich nur in Art. 8.28 Abs. 9 CETA. Damit kommt dem Ausschuss eine rechtsetzende Funktion ohne weitere inhaltliche Eingrenzung zu. Der Inhalt der erforderlichen Verfahrensregelungen wird im CETA nicht näher vorgegeben. Zwar sind hauptsächliche Gegenstände aufgelistet, aber in der Auffangklausel bleibt der Ausschuss in seiner näheren Ausgestaltung frei, vor allem hat er ein weites Ermessen dazu, welche zusätzlichen, in lit a) bis f) nicht genannten Aspekte er aufnimmt. Entsprechend besteht wieder ein erheblicher Spielraum. Der BT überträgt durch seine Zustimmung zum CETA dem Ausschuss diese Regelsetzungshoheit, die wegen des Investitionsgerichtsbezugs unter auch nationale Zuständigkeit fällt, ohne nähere Maßgabe in der weiten Auffangklausel. Das bedeutet die Übertragung von Hoheitsgewalt, die dem Ausschuss einen weiten, nicht eingegrenzten Spielraum gewährt. Die Literatur sieht solche allgemeinen Abrundungsklauseln überaus kritisch und lehnt sie wegen Unbestimmtheit ab.

Vgl. die Kritik zu den Abrundungsklauseln, die „nicht umgrenzte Befugnisse zur Lückenfüllung zusprechen“, bei *N Appel*, Das internationale Kooperationsrecht der EU, 2016, S. 307.

Noch problematischer ist die Zuständigkeit des Ausschusses für Dienstleistungen und Investitionen nach Art. 8.44 Abs. 2 CETA, einen Verhaltenskodex für die Richter festzulegen, der auch, aber nicht nur („unter anderem“) Fragen der Offenlegung, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter und der Vertraulichkeit regeln soll. Ferner hat er nach Art. 8.44 Abs. 3 b) die Zuständigkeit, die Streitbeilegungsregeln des CETA zu ergänzen und auch Transparenzregeln zu erlassen, die die im CETA vorgesehen ändern können. Damit werden Ergänzungen und sogar Ersetzungen geltender Regeln im CETA ermöglicht, bei denen es sich nicht um untergeordnete Verfahrensfragen handelt, sondern um zentrale Sicherungen eines rechtsstaatlichen, unabhängigen Gerichtsverfahrens. Regeln über die richterliche Unabhängigkeit, die Transparenz der Verfahren und über die Wahrung der Vertraulichkeit sind zentrale Aspekte eines Verfahrens und berühren auch grundrechtliche Aspekte des Schutzes von Verfahrensgeheimnissen. Das CETA enthält insoweit wiederum keinerlei sachlich-inhaltlichen Maßgaben, die das Regelsetzungsermessen des Ausschusses lenken

und die inhaltliche Ausgestaltung des Verhaltenskodex oder der Transparenzregeln anleiten. Es benennt nur – nicht abschließend - einige Themenbereiche, die dem Ausschuss übertragen werden. Die Offenheit des CETA verleiht dem Ausschuss damit ein erhebliches, uneingegrenztes Regelungsermessen. Dessen Ausfüllung ist demokratisch defizitär legitimiert. Denn die zu regelnden Fragen haben erhebliche Bedeutung. Zwar bestimmen sowohl Art. 8.44 Abs. 2 als auch Art. 8.44 Abs. 3, dass der Ausschuss diese Regelungen „im Einvernehmen mit den Vertragsparteien“ nach Erfüllung ihrer jeweils internen Vorschriften und Verfahren erlässt. Damit sind aber ausweislich der bereits bestehenden Vertragspraxis der Parteien, die hierzu bereits im Ausschuss Beschlüsse getroffen haben, ehe diese CETA-Regeln überhaupt anwendbar waren, nur die Regeln nach Art 218 Abs. 9 AEUV gemeint. Das vermag die fehlende inhaltliche Legitimation nicht hinreichend abzusichern (dazu näher cc). Zu den bereits erlassenen Ausschussbeschlüssen auf Grundlage von Art. 8.44 Abs. 2 und Abs. 3 lit c) CETA s. die Beschlüsse Nr. 1/2021 des Ausschusses für Dienstleistungen und Investitionen vom 29. Januar 2021 zur Festlegung eines Verhaltenskodexes für die Mitglieder des Gerichts, die Mitglieder der Rechtsbehelfsinstanz und die Mediatoren, ABl.EU 2021 L 59/1 und Beschluss Nr. 2/2021 des Ausschusses für Dienstleistungen und Investitionen vom 29. Januar 2021 über die von den Streitparteien bei Investitionsstreitigkeiten anzuwendenden Mediationsregeln, ABl.EU 2021 L 59/8.

Diese Beschlüsse ergingen nach Art. 8.44 CETA, obgleich diese Norm von der vorläufigen Anwendung ausgenommen war und die Beschlussfassungszuständigkeit auch nationale Kompetenz in der Investitionsgerichtsbarkeit berührt; gleichwohl wurden die Beschlüsse bereits im Januar 2021 gefasst. Für die Beurteilung der deutschen Mitwirkung an der vorläufigen Anwendung mag das – wie das BVerfG meint - „ohne Belang“ für die verfassungsrechtliche Beurteilung gewesen sein (so Rn. 194 des Beschlusses vom 9.2.2022). Die ebda in Bezug genommene Aussage der Bundesregierung, die Ausschüsse würden keine Beschlüsse in Bereichen treffen, die in die mitgliedstaatliche Kompetenz fallen, erweist sich indes als unzutreffend.

Das CETA enthält ebensowenig Vorgaben für die Ausübung des Gestaltungsspielraums in der pauschalen Befugnisübertragung zur Überleitung der Investitionsgerichtbarkeit nach Art. 8.29 CETA, der nicht weiter vorgibt, wie der neue Mechanismus ausgestaltet sein muss. Eine eigenständige nachfolgende Billigung des Beschlusses durch die Parteien ist nicht vorgesehen. Art. 8.29 enthält eine inhaltliche Anforderung nur hinsichtlich des Bestehens einer Berufungsinstanz. Er trifft aber keine Aussage dazu, welche Anforderungen an die Unabhängigkeit oder die Verfahrenstransparenz oder den Schutz der Geschäftsgeheimnisse von Unternehmen eingehalten werden müssen. Es lässt sich Art. 8.29 nicht entnehmen, ob der Mechanismus mindestens die Garantien dafür nach den im CETA festgelegten bzw. einbezogenen Standards erfüllen muss, und ob der neue Gerichtshof unter Beachtung von mit den im CETA verankerten gleichwertigen Verfahrensstandards zu entscheiden hat. Art. 8.29 geht ersichtlich davon aus, dass der Zuständigkeitsübergang unabhängig von der Frage ist, welche Standards insoweit für den Investitionsgerichtshof festgelegt werden. Zumindest überlässt er die Relevanz und Beurteilung dieser Fragen der Einschätzung des Gemischten CETA-Ausschusses, der bei seiner Entscheidung keinen inhaltlichen Vorgaben unterliegt. Die sachlich-inhaltliche Legitimation der Entscheidung durch eine parlamentarische Zustimmung zu CETA ist daher sehr gering. Hinzu kommt, dass der Übergang der Zuständigkeit auch eine grundlegende institutionelle Veränderung bedeutet, weil durch einen Beschluss nach Art. 8.29 CETA das Gerichtssystem ausgewechselt würde. Institutionelle Änderungen sind gemäß Art. 218 Abs. 9 AEUV ohnehin aus der Zuständigkeit der Vertragsgremien ausgenommen; solche völkerrechtlichen Bindungen dürfen von der EU nicht im Verfahren des Art. 218 Abs. 9 eingegangen werden, sondern bedürfen eines neuen völkerrechtlichen Vertrags, zumal auch nationale Zuständigkeiten betroffen sind (zur *ultra vires* Rüge bezüglich der unzulässigen Veränderung institutioneller Strukturen noch unten f)). Es ist somit demokratisch defizitär, eine so weitreichende Entscheidung nur auf der Grundlage eines vorherigen Ratsbeschlusses zu treffen. Auch das verletzt die Beschwerdeführer in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 GG, weil hier mit einem völlig

unbestimmtem Mandat, letztlich einer Blankettklausel dem Gemischten CETA Ausschuss erlaubt wird, Hoheitstätigkeit auf ein zwischenstaatliches Gericht weiter zu übertragen, über dessen eigene demokratische Legitimation sich in Ermangelung von Wissen über Besetzungsverfahren, Verfahren und Anforderungen, und Rechtsprechungsbefugnisse derzeit nichts sagen lässt, außer dass unter der Ägide von UNCTRAL ein Brainstorming hierzu läuft. Die Zustimmung zu CETA durch die deutschen Verfassungsorgane ermöglicht somit eine noch nicht in ihren Umrissen erkennbare Weitergabe der Rechtsprechungsgewalt des CETA-ICS an ein ganz anderes internationales Gericht, mit unmittelbaren Auswirkungen auf die Verfahren und die Zuständigkeit deutscher Gerichte und damit auch auf deutsche Grundrechtsträger. Wie erwähnt, darf der Bundestag sich seiner Integrationsverantwortung nicht dadurch entziehen, dass er anderen Akteuren wie dem Gemischten CETA-Ausschuss unter dem CETA unbestimmte Ermächtigungen überträgt, sich von diesem Organ fremdbestimmen lässt und nicht Herr seiner eigenen Entschlüsse bleibt, BVerfGE 89, 155 (187); 129, 124 (179 f.); 153, 74 (Rn. 140). Dadurch, dass der Bundestag der automatischen Überleitung aller aus dem CETA stammenden Investor-Staat-Schiedsverfahren auf den neu einzurichtenden multilateralen Investitionsgerichtshof, dessen Form und Verfahren bislang nicht bekannt oder geregelt sind, ohne Weiteres zustimmt, gibt er das Heft des Handelns an den Ausschuss ab und verletzt seine demokratische Verantwortung.

Allgemein hat der Gemischte CETA-Ausschuss die Zuständigkeit, das CETA verbindlich auszulegen, gemäß Art. 26.1 Abs. 5 e), ferner speziell im Investitionsschutzkapitel in Art. 8.31 Abs. 3 i.V.m. Art. 8.44 Abs. 3 a) CETA. Auch die Zuständigkeit nach Art. 8.31 Abs. 3 ist nicht gegenständlich eingeschränkt und gilt nicht nur für Kapitel 8 des CETA. Denn sie eröffnet sich bei „ernsthaften Bedenken in Bezug auf Auslegungsfragen, die sich auf Investitionen auswirken können“. Die Bindungswirkung ist ausdrücklich für das Investitionsgericht vermerkt. Dass es bei Art. 8.31 Abs. 3 funktional um verbindliche Auslegungen durch die Parteien geht, erhellt Anhang 8-D. Dort heißt es u.a. „... können die Vertragsparteien im erforderlichen Umfang

verbindliche Auslegungen herausgeben, damit sichergestellt ist, dass der Investitionsschutz im Rahmen dieses Abkommens gemäß den Bestimmungen von Artikel 8.31 Absatz 3 richtig ausgelegt wird.“ Auch nach Art. 26.1.5 e) CETA kann der Gemischte CETA-Ausschuss Auslegungen vornehmen, die für Investitionsgerichte und die zwischenstaatliche Streitbeilegung nach Kapitel 29 CETA bindend sind. In dieser Regel wird zum einen – wie in Art. 8.31 Abs. 3 – die verbindliche Auslegung im Investitionsschutzkontext benannt, ferner eine neue Zuständigkeit im Hinblick auf Kapitel 29 aufgeführt. Gegenständlich ist die Auslegungszuständigkeit nicht begrenzt. Sie ist weder gegenständlich eingegrenzt noch auf spezifische Fälle oder Situationen beschränkt. Im Unterschied zu Art. 8.31 Abs. 3 wird in Art. 26.1 Abs. 5 e) auch nicht das Vorliegen ernsthafter Bedenken bei Auslegungsfragen gefordert; auch die Voraussetzung einer vorherigen Empfehlung durch einen Sonderausschuss fehlt. Eindeutig ist aber die Bindungswirkung der Auslegung auch in Art. 26.1 Abs. 5 e) CETA festgehalten. Verbindliche Auslegungen führen oft zu einer gewissen inhaltlichen Änderung eines Vertrags.

Vgl. *Sur*, L'Interprétation en Droit International Public, 1974, S. 200.

Eine authentische Interpretation bedeutet für die Anwendung eines Vertrages nichts anderes als dem Vertragstext eine weitere Klausel hinzuzufügen, die eine für die Anwendung maßgebliche Wirkung entfaltet. Verbindliche Auslegungen sind zwar zunächst auch Auslegungen, die den Maßstäben des Art. 31 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK) zu folgen haben und daher gerade keine Vertragsänderung darstellen, doch dürfen Vertragsparteien im Falle der authentischen Auslegung sich von den Auslegungsregeln der WVRK entfernen. Art. 31 Abs. 4 WVRK ist insofern ein klares Indiz dafür, dass eine begriffliche Einigung der Parteien zu beachten ist. Als Herren des Vertrags dürfen sie einen Vertrag nicht nur auslegen, sondern auch ändern.

Zur Geltung der Auslegungsregeln der WVRK für völkerrechtliche Gremien oder nationale Stellen, aber nicht für die Vertragsparteien vgl. *Heintschel von Heinegg*, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl. § 12, Rn. 11; *Gardiner*, The Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation, in: Hollis (Hrsg.), The Oxford Guide to Treaties, 2012, S. 484 f.

Im Völkerrecht ist es normalerweise den Parteien überantwortet, authentische Auslegungen zu verabschieden. Daher verschiebt sich bei der authentischen Auslegung

durch die CETA Parteien im Ausschuss die Grenze zur Vertragsänderung. Die verbindlichen Auslegungen gemäß CETA können die Grenzen einer regulären Wortlautauslegung nach Systematik und Ziel gemäß Art. 31 Abs. 1 WVRK somit überschreiten. Das dürfte auch für verbindliche Auslegungen durch Vertragsgremien gelten, wenn in ihnen die Parteien präsent sind. Der EuGH hat für die verbindlichen Auslegungen nach CETA explizit formuliert, dass die Parteien damit präzisieren „wie sich ihr gemeinsamer Wille hinsichtlich der Tragweite der Übereinkunft weiterentwickelt“ (Gutachten 1/17, Rn. 233), was auf eine Maßgeblichkeit ihres gemeinsamen Willens und nicht primär der Abgrenzung zu einer Vertragsänderung hinweist. Die Auslegungszuständigkeit der Parteien im und durch den Ausschuss hat jedenfalls der EuGH bejaht (Gutachten 1/7, Rn. 234), und dabei nicht problematisiert, dass die Mitgliedstaaten im Gemischten CETA-Ausschuss nicht zugegen sind, obschon sie Parteien sind und obschon die Investitionsschutzzuständigkeit auch bei ihnen liegt. In der Summe der vorstehenden Ausführungen ist somit davon auszugehen, dass der Ausschuss verbindliche Auslegungen annehmen kann, die nicht strikt an die Grenzen der Auslegung nach Art. 31 WVRK gebunden sind. Damit kommt dem Ausschuss die Möglichkeit zu, durch Beschluss für das Investitionsgericht verbindliche und damit auch für die EU und die Mitgliedstaaten relevante, weil in Investitionsschutzverfahren gegen die EU und ihre Mitgliedstaaten einschlägige Klarstellungen und auch gewisse Änderungen am CETA vorzunehmen. Doch auch soweit die Auslegung an vorhandenen Konzepten und Begriffen im CETA anknüpft, so dass keine völlig neuen Regeln eingeführt werden, gewähren die auszulegenden Regelungen und Begrifflichkeiten im CETA doch häufig einen erheblichen Spielraum, nicht zuletzt infolge mancher Inkonsistenz. Ein Beispiel hierfür ist der Begriff der Enteignung nach Anhang 8-A. Er wird in der Definition zunächst restriktiv angelegt, enthält aber unter Punkt 3. die Gegenausnahme, dass eine Maßnahme nicht offenkundig überzogen sein dürfe. Hier etwa kommt dem Ausschuss damit ein nicht unerheblicher Spielraum zu, die die Inhalte des CETA signifikant fortentwickeln kann. Die Auslegungszuständigkeit geht damit über eine bloße Konkretisierungszuständigkeit hinaus. Eine

verbindliche Auslegung erlaubt durchaus auch Auslegungen, die sich über das ursprünglich von den Parteien Gemeinte hinwegsetzt. Einem Begriff kann dadurch eine ganz neue Auslegung gegeben werden, die gegebenenfalls eine Regelung weiterentwickelt, ohne dass dies dann erneut Gegenstand einer parlamentarischen Zustimmung wäre. Manche Begrifflichkeiten sind auch einer sehr weiten Auslegung zugänglich. Dass der Ausschuss die Grenze zur Vertragsänderung nicht durch eine dynamische Auslegungspraxis überschreitet, ist nicht gesichert, auch angesichts der teilweise breiten Begrifflichkeiten im CETA. Auch hier gilt wiederum die wenig weiterführende Maßgabe aus dem Gemeinsamen Auslegungsinstrument der Parteien, dass die Auslegungen des Ausschusses Fehlentwicklungen der Investitionsgerichte sollen korrigieren können. Doch ist diese Zielrichtung ohnehin nur sehr eingeschränkt umsetzbar, da der EuGH in Gutachten 1/17, Rn. 236 f angeordnet hat, dass die Auslegungen für die Gerichte nur ex nunc und nicht für laufende Verfahren bindend sind. Die Parteien können somit im Ausschuss durch ihre Beschlüsse im Ausschuss keinerlei Fehlentwicklungen in laufenden Verfahren vorbeugen.

Völlig offen und unbestimmt ist auch die nach Art. 26.1 Abs. 5 lit g) CETA vorgesehene Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschusses zur Änderung der Aufgaben der Sonderausschüsse. Damit kann der Ausschuss bzgl. der anderen Ausschüssen die im CETA ihnen übertragenen Zuständigkeiten ändern, was auch die Übertragung ganz neuer Zuständigkeiten und damit eine textliche Änderung des CETA einbezieht. Dieses Befugnis ist sehr weit und nicht weiter eingegrenzt, also eine Blankovollmacht. Das ist gleichbedeutend mit einer Befugnis zu intensiven Veränderungen der institutionellen Struktur des CETA. Dafür sind die Vertragsgremien nach der ausdrücklichen Ausnahme in Art 218 Abs. 9 AEUV nicht zuständig; solche Kompetenzen dürfen ihnen nicht übertragen werden. Das begründet nicht nur einen ultra vires Verstoß (dazu sogleich), sondern auch eine Identitätsverletzung. Denn die signifikante Vertragsänderung läuft über den Ausschuss sowohl am Europäi-

schen Parlament wie auch am Bundestag vorbei, die eigentlich für Vertragsänderungen zuständig sind, gerade solcher institutioneller Art, die auch die nationalen Zuständigkeiten betreffen können. Damit werden die demokratischen Strukturen entleert, was wiederum die Verfassungsidentität Deutschlands verletzt.

Bedenklich wegen ihrer Offenheit ist schließlich die Befugnis des Gemischten CETA-Ausschusses nach Art. 30.2 Abs. 2 CETA, Anhänge und Protokolle zu verändern. Die Weite der dadurch erlaubten Änderungen an diesen Texten ist völlig unbestimmt und wird auch nicht durch Einschränkungen, etwa durch einen Vorbehalt „soweit es im CETA vorgesehen ist“, gemildert.

Alle die soeben ausgeführten Beschlussfassungszuständigkeiten sind in höchstem Maße im Hinblick auf Ausmaß, Art und Umfang der übertragenen Zuständigkeiten unbestimmt. Sie stellen daher Blankettzuständigkeiten dar, die zwar jeweils zum Teil nur in bestimmten Bereichen Anwendung finden, in der Summe aber eine erhebliche Befugnis ergeben, das CETA zu ändern, neues Recht zu erlassen und den Investitionsgerichtsmechanismus auszutauschen.

Wir machen somit geltend, dass angesichts dieser Fülle von Ausschusszuständigkeiten mit erheblicher, über bloße technisch-administrative Durchführung – wie etwa Festlegung von Gehältern – hinausgehender Bedeutung, das bisherige Integrationsprogramm der EU überschritten wird und daher eine unbestimmte, nicht eingegrenzte Hoheitsübertragung auf neue, bisher nicht vorgesehene Hoheitsträger erfolgt.

Durch diese wenig bestimmten vertraglichen Befugnisübertragungen sind die Autonomie des Bundestages und damit die demokratische Struktur der Rechtsetzung und des Eingehens völkerrechtlicher Verträge in Deutschland betroffen, zumal es an jeder Möglichkeit demokratischer Kontrolle seitens des Bundestags fehlt, wie nunmehr näher ausgeführt wird:

1.3. Fehlende parlamentarische Kontrolle der Ausschussbeschlussfassung

Die durch die Zustimmung zum Abschluss des CETA herbeigeführte Ausübung von Hoheitsgewalt durch die entscheidungsbefugten CETA-Vertragsorgane im eben angegebenen Umfang ist nicht parlamentarisch kontrolliert. Angesichts der erheblichen, in klassisch parlamentarische Zuständigkeiten der Gesetzgebung und des Vertragsabschlusses hineinreichenden Ausschusszuständigkeiten sind die Anforderungen an das Maß der demokratischen Legitimation solcherart, dass der Bundestag, weil er durch die eben näher dargelegten Befugnisse der Ausschüsse in seiner Zuständigkeit zu Rechtsetzung und Vertragsabschluss bzw. -änderung beschränkt und insoweit es um CETA geht, ersetzt wird, über die Ausübung dieser Hoheitsrechte demokratische Kontrolle in effektiver Weise ausüben können.

Mit Recht kritisch bezüglich demokratischer Legitimation von völkerrechtlichem Sekundärrecht daher die Literatur, wenn internationale Gremien ohne eindeutige (völker)rechtliche Grundlage und damit ohne diesbezüglich bestimmte vorherige parlamentarische Zustimmung verbindlich oder quasi-verbindlich Regel gebend tätig werden und damit den Inhalt von innerstaatlichen Normen vorfestlegen. M. Frenzel, Sekundärrechtsetzungsakte internationaler Organisationen, 2011, 253 ff; J. Hielscher, Legitimität und Legitimation von international und europäisch determiniertem Recht, 2010, 111 ff.

Da die oben problematisierten Befugnisse der Ausschüsse sich auf erhebliche Fragen beziehen, die Parlamenten obliegen - es geht um Vertragsänderung und Gesetzgebung – und mangels hinreichender Bestimmtheit den Ausschüssen Einschätzungsspielräume übertragen, sind effektive parlamentarische Kontrollbefugnisse einzufordern.

Vgl. A. Dashwood, in Cremona/Kilpatrick (Hg.) EU Legal Acts, 2018, 233, der allgemein vom „very wide discretion that some [treaty bodies] enjoy“ berichtet.

Aufgrund demokratischer Anforderungen können diese im CETA vorgesehenen erheblichen Befugnisse der Vertragsgremien nicht ohne parlamentarische demokratische Rückbindung für Deutschland verbindlich werden. Solche Sicherungen der demokratischen Rückbindung an den BT müssen rechtlich bindend bewerkstelligt werden, ansonsten ist die Verfassungsidentität verletzt.

Die für die Beschlussfassung der Ausschüsse und für die Beschlussfassung über den von der EU und ihren Mitgliedstaaten über den dabei einzunehmenden Standpunkt

vorgesehenen Verfahren stellen die notwendige parlamentarische Rückbindung an den BT nicht sicher.

Zum einen kann keine parlamentarische Kontrolle des Bundestags unmittelbar und direkt über einen deutschen Regierungsvertreter im Ausschuss bei der Beschlussfassung dort ausgeübt werden. Denn deutsche Repräsentanten der Legislative oder der Exekutive sind in den CETA-Ausschüssen nicht vertreten (s. oben Sachverhalt). Der Deutsche Bundestag hat keinerlei Möglichkeit (und hat auch im Rahmen seiner Zustimmung zu CETA nicht dafür Sorge getragen, dass solche geschaffen werden), auf die Arbeit in den CETA-Ausschüssen auf dem Weg über die nationalen Vertreter einzuwirken. Denn es gibt keinerlei Möglichkeit für den Bundestag, auf den deutschen Vertreter im Rat bei seiner Abstimmung über den im Rahmen einer bevorstehenden Beschlussfassung eines Ausschusses für die EU einzunehmenden Standpunkt nach Art 218 Abs. 9 AEUV bindend und effektiv, also maßgeblich Einfluss zu nehmen. Die Information durch die Bundesregierung über bevorstehende Ausschuss- und dahingehende vorherige Ratsbeschlüsse nach Art 23 Abs. 2 GG und die Stellungnahmemöglichkeit nach Abs. 3 GG genügen nicht. Die Stellungnahmen werden nur „berücksichtigt“ (Art. 23 Abs. 3 S. 2 GG), obschon die Ausschüsse in Bereichen der genuin gesetzgeberischen Zuständigkeit tätig werden. So nehmen sie Regeln an, die das Verfahren der CETA-Investitionsgerichte festlegen, bestimmen teilweise Inhalte des Investitionsschutzes und bewegen sich damit in einem gesetzgeberischen Zuständigkeitsbereich, den zu regeln Verantwortung des Bundestags ist. Diese „Berücksichtigung“ nach Art. 23 GG bedeutet gemäß § 8 EUZBBG, dass die Regierung die Stellungnahme zugrunde legt bei ihren Verhandlungen, sie kann aber aus wichtigen Gründen von der Position des BT abweichen, so dass der Bundestag eben nicht die Möglichkeit hat, das Abstimmungsverhalten verbindlich festzulegen, obschon es um Bereiche der zuvor genuinen Zuständigkeiten des BT geht. Darauf wird unten sogleich noch näher zurückzukommen sein.

Auch hätte der Gesetzgeber nicht einmal die Möglichkeit, etwa durch Beauftragung der Regierung zur Erreichung eines Auslegungsbeschlusses nach Art 26.5 CETA,

wenigstens die inhaltlichen Vorgaben für die Urteilsfindung des Investitionsgerichts zu beeinflussen. Denn der EuGH bestimmte in seinem Gutachten 1/17, Rn. 236 dass alle verbindlichen Auslegungen nur ex nunc wirken und nicht auf laufende Verfahren Einfluss nehmen. Die Ablösung der nationalen Gerichtszuständigkeit durch die des Investitionsgerichts bei Schadensersatzklagen von Investoren hat somit auch die Folge, dass die im deutschen Prozessrecht verankerten Grundsätze, etwa über die Maßgeblichkeit von Veränderungen der Rechtslage bis zur letzten mündlichen Verhandlung für die Urteilsfindung, nicht gelten.

Dazu B. *Roblfing*, Amtshaftung - Prozesstypische Aspekte und Fragenstellungen, 2017, S. 136 f; bezüglich Verwaltungsprozesse *Decker*, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 63. Edition, Stand: 01.10.2022, § 113 VwGO, Rn. 74, *Polzin*, Der maßgebliche Zeitpunkt im Verwaltungsprozess, JuS 2004, 211, 213; *Gärditz/Orth*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage im Verwaltungsprozess, JURA 2013, 1100, 1107

Das belegt die erhebliche Bedeutung der Einwirkung in den legislativen Spielraum durch die Internationalisierung der Entscheidungszuständigkeiten und zeigt damit erneut, dass hier Hoheitsrechte übertragen werden.

Entsprechende Überlegungen zur fehlenden demokratischen Legitimation gelten auch mit Bezug auf die oben angegebenen Vertragsänderungszuständigkeiten und vergleichbare Zuständigkeiten der CETA-Ausschüsse, soweit sie in nationale Zuständigkeiten fallen und die an die Stelle des Bundestags treten, der eigentlich berufen ist, über völkerrechtliche Abkommen in nationaler Zuständigkeit letztentscheidend zu bestimmen gemäß Art 59 Abs. 2 GG, ggf iVm. Art 23 GG. Denn Sinn des Zustimmungsbegriffes nach Art 59 Abs. 2 GG und der damit verankerten jedenfalls mit-entscheidenden Teilhabe des Bundestages an der auswärtigen Gewalt ist die Sicherung seiner Legislativfunktion und der innerstaatlichen Umsetzung der übernommenen völkerrechtlichen Pflichten.

BVerfGE 118, 244 (258). Dabei genügt schon – wie in der Diskussion um Parallelabkommen deutlich wird – dass eine entsprechende Umsetzungslage besteht. Die Existenz völkerrechtlicher Regeln kann die bestehende innerstaatliche Gesetzeslage festschreiben und so dem Parlament Gesetzgebungsfreiräume entziehen; dazu S. Kadelbach/U. Guntermann, AöR 2001, 563 (582).

Auch wenn nach der wohl herrschenden Auffassung die Regierung auch eine dynamische Weiterentwicklung und Auslegung von Vertragsnormen und damit eine entsprechende Mitwirkung bei der Sekundärrechtsetzung internationaler Gremien ohne Zustimmung des BT handhaben darf, so sehr sind dabei aber ihre Funktionsgrenzen zu beachten und dürfen nicht die Kernfunktionen des Bundestages, die zumal verfassungsrechtlich auch im Bereich der Außenpolitik abgesichert sind, unterlaufen werden. Gesetzgebung und Übertragung von Hoheitsgewalt unterliegen der parlamentarischen Entscheidung auch in der Außenpolitik (vgl. Art 24, Art 59 II GG) und erst Recht in der Europapolitik gemäß Art. 23 GG und dürfen nicht unter Zuhilfenahme neuer völkerrechtlicher Mechanismen am Parlament vorbei inszeniert werden. Auch wenn Art. 59 II nur den Vertragsschluss und Art. 24 I nur die Übertragung von Hoheitsrechten (und nicht jede einzelne Ausübung derselben) der gesetzlichen Zustimmung unterwirft, kann die Begrenztheit dieser Formulierungen nichts daran ändern, dass die Gesetzgebungsfunktion und die damit zusammenhängenden Kontrollrechte des Bundestags gesichert werden müssen, und dass die Hoheitsübertragung verfassungsrechtlichen Grenzen (im Hinblick u.a. auf die Demokratieanforderungen nach Art. 79 III GG) unterliegt. Anerkanntermaßen ist bereits Art 59 Abs. 2 GG so auszulegen, dass die dort vorgesehene Zustimmung des BT auch bei konkludenten Vertragsänderungen notwendig ist. Fortentwicklungen von Strukturentscheidungen des Vertrags bedürfen gleichfalls der Zustimmung des BT. BVerfGE 104, 151 (210); 118, 244.

Das Gesamtbild des GG wie auch die Judikatur des BVerfG in diesem Bereich verdeutlichen die hohe Relevanz parlamentarischer Mitentscheidung auch in der Außenpolitik, auch mit Blick auf die Gewaltenteilung.

Vgl. L. Osterloh, in Franzius/Mayer/Neyer (Hg), Modelle des Parlamentarismus im 21. Jahrhundert, 2015, 135, 142 ff.

Im Kontext des EU-Recht kommt noch hinzu, dass die insoweit erfolgende Sekundärrechtsetzung im Rahmen von EU-Abkommen, wie sie hier durch Ausschussbeschlüsse im Rahmen von CETA erfolgen, infolge der Zugehörigkeit zum EU-Recht

erhöhte, weil unionsrechtlich nach Art. 216 AEUV geforderte Umsetzungsverpflichtungen auslöst, die im reinen völkerrechtlichen Verkehr nicht in gleicher Stringenz bestehen.

Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich die schon betonte Notwendigkeit, dass Ausschussbeschlüsse, die vertragsändernd oder vergleichbar in Form von Rechtsetzung wirken, demokratisch dadurch legitimiert sein müssen, dass der BT inhaltlich maßgeblichen Einfluss auf die Inhalte hat.

In seiner Zustimmung zu CETA hat der Bundestag indes keine neuen, weitergehenden Beteiligungsrechte für die hier thematisierten wesentlichen Beschlussfassungszuständigkeiten etabliert. In seiner EntschlieÙung zum CETA-VertragsG beschränkt sich der Bundestag unter Ziffer II auf Feststellung der Bedeutung der Vertragsfortentwicklung durch die Ausschüsse und stellt die Beteiligungsmöglichkeiten nach Art. 23 Abs. 2 und 3 GG fest. Zu zusätzlichen Berichtspflichten wird die Bundesregierung vom Bundestag unter Ziffer III. 1. nur „aufgefordert“. Der Bundestag hat somit keine Veranlassung gesehen, die Parlamentsbeteiligung im Verhältnis zur Bundesregierung zusätzlich zu regeln und für die genannten substantiellen Ausschussbeschlüsse, die CETA ändern können, die Funktion des Investitionsgerichts betreffen oder anderweitig im Bereich der Gesetzgebungsfunktion tätig werden, einen Parlamentsvorbehalt für die Regierungsmitwirkung zu formulieren, auch und gerade im Bereich der insoweit nationalen Zuständigkeiten für CETA. Ein solcher Parlamentsvorbehalt für die deutsche Ratsmitwirkung im Rahmen der Vorbereitung dieser erheblichen Ausschussbeschlüsse wurde vom Bundestag in seiner EntschlieÙung weder eingefordert noch gesetzgeberisch festgelegt. Solange das oder vergleichbare Sicherungen, die einen effektiven Einfluss des Bundestags ermöglichen, fehlen, sind mit den nicht weiter vorgespurten Regelsetzungs- und Vertragsänderungszuständigkeiten betraute CETA Ausschüsse in einem schwerwiegenden Maße demokratisch defizitär.

Ferner bliebe, selbst wenn der Bundestag die Möglichkeit hätte, dem Regierungsvertreter bindende Weisungen für seine Abstimmung im Rat bzw im Rahmen der vereinten Vertreter der Mitgliedstaaten im Bereich dieser erheblichen Ausschusszuständigkeiten zu erteilen, das weitere Problem, dass jedenfalls im Rat der deutsche Vertreter überstimmt werden kann. Der Rat stimmt auch im Rahmen der Entscheidung nach Art 218 Abs. 9 AEUV gemäß Art. 16 Abs. 3 EUV grundsätzlich mit qualifizierter Mehrheit ab, so Art. 218 Abs. 8 AEUV, so dass die Mitwirkung und Kontrolle des deutschen Ratsvertreters nicht entscheidungserheblich ist. Dass eine Einstimmigkeit nach Art. 218 Abs. 8 UAbs. 2 AEUV auch für Art. 218 Abs. 9 gelten könnte, ist abzulehnen, da das vereinfachte Verfahren nach Art. 218 Abs. 9 oder ggf Abs. 7 dort eine eigene Verfahrensregelung enthält. Die Ausnahme nach Art. 218 Abs. 8 UAbs. 2 AEUV dürfte ohnehin kaum je einschlägig sein. Dass die Einstimmigkeitsregel nach Art. 218 Abs. 8 UAbs. 2 AEUV auch bei Art. 218 Abs. 9 AEUV Anwendung finden könnte, könnte man hingegen EuGH, Rs. C-81/13, Rn. 66 entnehmen; dagegen spricht indes der dortige Verweis auf den Schlussantrag von GA in Kokott in Rs C-81/13, Rn. 97, die selbst ausdrücklich nur von einer Mehrheitsabstimmung nach Art. 16 Abs. 3 EUV ausgeht und die Einstimmigkeit allein für den Abschluss von Assoziierungsabkommen oder strukturelle Änderungen notwendig erachten will, welcherlei Beschlüsse aber ohnehin aus Art. 218 Abs. 9 AEUV ausgenommen sind. Die weitere Einstimmigkeitsregel in Art. 207 Abs. 4 UAbs. 2 und 3 AEUV gilt nur für Aushandlung und Abschluss und damit nicht für die Annahme des Standpunkts nach Art. 218 Abs. 9 AEUV. Somit bleibt es dabei: Es wird mit Mehrheit im Rat abgestimmt. Deutschland kann im Rat die Beschlussfassung über den Standpunkt nach Art 218 Abs. 9 AEUV nicht verhindern. Da der deutsche Ratsvertreter überstimmt werden kann, sichert die Mitwirkung Deutschlands im Rat bei der Beschlussfassung nach Art 218 Abs. 7 und 9 AEUV nicht die sachlich-inhaltliche Rückführbarkeit eines von einem CETA-Ausschuss ohne eingrenzende Vorgaben angenommenen, in seinen Wirkungen erheblichen Beschlusses auf den Bundestag. Die Mechanismen parlamentarischer Verantwortlichkeit der Bundesregierung gegenüber

dem Bundestag und die zugehörigen Parlamentsbeteiligungswege nach EUZBBG laufen daher ins Leere.

Überhaupt ist die Vorstellung, die Einstimmigkeit im Rat sichere eine effektive Kontrolle über den Inhalt des Ausschussbeschlusses durch den Bundestag ab, insofern irreführend als dass über diese Konstruktion die demokratische Kontrolle allenfalls über die Ratsbeschlussfassung über den von der EU in einer Sitzung eines CETA-Ausschusses dort für die anstehende Beschlussfassung zu vertretenden Standpunkt erlaubte, nicht aber direkt über die nachfolgende Beschlussfassung in dem Ausschuss selbst. Beides ist nicht notwendig kongruent. Zwar werden in den Ausschüssen Beschlüsse mit Einstimmigkeit getroffen, so dass im Normalfall der Beschluss im Ausschuss nur so getroffen werden dürfte, wie er dem gemeinsamen Standpunkt im Rat entspricht, weil die Kommission diesem Ratsbeschluss folgen muss. Doch ist damit nicht sichergestellt, dass das Ergebnis damit vorgegeben wird. Denn die Notwendigkeit, im Ausschuss ein Einvernehmen mit Kanada zu finden, macht eine gewisse Flexibilität in der Ratsposition nötig, damit die Kommission Spielräume zur Verhandlung hat. Dies führt zum einen dazu, dass der dann getroffene Beschluss nicht in jeder Hinsicht vom Standpunkt vorgegeben ist. Zum anderen führt dies in der Praxis des Rats dazu, dass der Rat in seinem Standpunkt bereits eine gewisse Flexibilität für die Verhandlungsführung durch die Kommission berücksichtigt und der Kommission Spielräume einräumt.

Vgl. etwa den Ratsbeschluss vom 18.6.2012, Dok KOM (2012) 192; T. Giegerich, in Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 2017, Art 218, Rz. 175: „Der Rat kann dem Adressaten mehr oder weniger Entscheidungsspielräume belassen, damit er flexibel auf die Verhandlungssituation im Vertragsgremium reagieren kann“.

Schließlich sind die Realitäten der Beschlussfassung in internationalen Foren in den Blick zu nehmen: Die Beschlussfassung wird regelmäßig vorbereitet durch entsprechende Verhandlungen der Parteien (im CETA EU und Kanada), die in einen Entwurf münden. Der Text ist dann häufig bereits festgelegt und der Standpunkt im Rat hierzu nur noch in der Position, dies ablehnen oder dem zustimmen zu können; für

inhaltliche Einflussnahme ist es zu spät (Ratifikationslage). Eine Kontrolle der Ratsabstimmung durch den Bundestag könnte sich damit nicht unmittelbar auf den Inhalt des tatsächlich gefassten Beschlusses beziehen und sich nicht mehr durchweg darauf auswirken. Jedenfalls erfordern diese Einflussknicke, dass der Bundestag auf das Stimmverhalten des deutschen Vertreters im Rat einen effektiven, bindenden Einfluss hat, der angesichts der Bedeutung der hier thematisierten Beschlussfassungszuständigkeiten, die sich direkt im parlamentarischen Zuständigkeitsbereich befinden, eine größere Relevanz haben muss als den einer bloßen Berücksichtigung einer Stellungnahme. Dafür ist bislang aber nicht Sorge getragen. Es fehlt an jeder Begleitgesetzgebung zu CETA, die das regeln könnte.

Diese fehlende demokratische Rückbindung gilt auch für diejenigen erheblichen, also rechtsetzenden oder vertragsändernden Ausschusszuständigkeiten, soweit sie unter EU-Zuständigkeit fallen. Denn auch auf EU-Ebene findet keine effektive parlamentarische Kontrolle der Ausschussbeschlüsse statt. In den CETA-Ausschüssen sitzt für die EU idR nur ein Vertreter der EU-Kommission; Parlamentarier sind nicht beteiligt, auch nicht vom Europäischen Parlament. Das Europäische Parlament wird über Beschlüsse nur informiert, Art 218 Abs. 10 AEUV. Informale Mechanismen realisieren einen fortwährenden Dialog des EP mit den handelnden Kommissionsbediensteten. Das ändert aber nichts daran, dass die Bedeutung des EP bei der Durchführung von Handelsabkommen, insbesondere bei der Beschlussfassung der Vertragsorgane, es nicht zulässt, dass das EP einen maßgeblichen Einfluss auf den Inhalt von Entscheidungen der CETA -Ausschüsse hat oder über effektive Kontrollmöglichkeiten insoweit verfügte.

Vgl. L Puccio/R Harte, *The European Parliament's Role in Monitoring the Implementation of EU Trade Policy*, in Costa (Hrsg), *The European Parliament in Times of EU Crisis*, 2019, S. 387 ff.

Die Legitimation umfangreicher, bedeutsamer Zuständigkeiten von Vertragsorganen in Bezug auf Regelsetzung und Vertragsänderung, ist somit weiterhin maßgeblich –

zur Vermeidung einer Verletzung der Verfassungsidentität – an Rückbindungsmechanismen an den Bundestag auch für die Ausübung dieser Zuständigkeiten zu knüpfen.

Zwar erfolgt der Abschluss des CETA durch die EU und die Einrichtung der darin vorgesehenen Vertragsorgane in Form von Ausschüssen im Rahmen der von der EU beanspruchter Kompetenzen aufgrund der EU-Zuständigkeiten gemäß insbesondere Art. 207, 218 Abs. 9 AEUV. Daher könnte man argumentieren, mit der Zustimmung der EU-Organe (deren Betätigung grundsätzlich bereits durch die Zustimmung des Bundestags zum EU-Primärrecht nach Art 23 GG legitimiert ist) zum CETA sei eine hinreichende demokratische Legitimation abgesichert. Doch wäre das nur der Fall, soweit die Befugnisse der Ausschüsse durch die Zustimmung der EU-Organe zum CETA hinreichend legitimiert worden wären. Das ist aber infolge der oben erläuterten Unbestimmtheit der Mandate der Ausschüsse im CETA bezüglich Regelsetzung, verbindliche Auslegung und Vertragsänderung nicht der Fall; diese Mandate gehen – wie erörtert - über rein administrative Befugnisse hinaus und übertragen umfangreiche Befugnisse zu Vertragsänderung und ähnlicher Regelsetzung auf die Ausschüsse. Auch führt die Errichtung der Ausschüsse zu einer erheblichen Verselbständigung der Ausübung von Hoheitsgewalt. Mit dem CETA wird somit eine neue Hoheitsgewalt eingesetzt, die nicht hinreichend demokratisch verantwortlich ist. Diese neue Hoheitsgewalt ist bei Inkrafttreten als EU Akt in Deutschland anzuerkennen und insoweit, als deren Zuständigkeit reicht, besitzt der Bundestag keine Zuständigkeit mehr. Seine Autonomie wird damit erheblich eingeschränkt. Der Bundestag und andere deutsche Staatsorgane müssen die von diesen Ausschüssen demokratisch defizitär gesetzten Hoheitsakte in Form ihrer Beschlüsse umsetzen, ohne insoweit Spielraum zu haben. Solche Vorgaben verletzen die Rechte der Beschwerdeführer aus Art 38 Abs. 1 iVm Art 20, 23 und 79 Abs. 3 GG.

Somit liegt mit der Zustimmung zu CETA durch den BT eine Verletzung der grundlegenden demokratischen Anforderungen der Verfassungsidentität aus Art 79 Abs. 3 GG, wenn Regelsetzungs- und Vertragsänderungszuständigkeiten gemäß CETA

an die Ausschüsse im Bereich der EU-Zuständigkeiten wie auch im Bereich der nationalen Zuständigkeit übertragen werden, ohne dass effektive demokratische Legitimationsmechanismen zugunsten des Bundestags auch im Hinblick auf die sachlich-inhaltliche Ausübung der oben genannten erheblichen Befugnisse greifen. Die Ausschusszuständigkeitsregeln im CETA wie auch die Beteiligungsregeln nach GG und EUZBBG sichern bei grundlegend bedeutsamen Entscheidungen der Ausschüsse im hier behandelten Sinn keinerlei deren Bedeutung im parlamentarischen Zuständigkeitsraum gemäße demokratisch notwendige Rückkopplung an demokratisch legitimierte Instanzen, weder an das Europäische Parlament noch, und insoweit im Kontext der demokratischen Legitimationsanforderungen unter dem GG maßgeblicher, den Bundestag.

Das BVerfG hat in seinem CETA Beschluss vom 9.2.2022, Rn. 191, festgestellt, dass die Verfassungsidentität durch die Kompetenzausstattung und Verfahren des CETA Ausschusssystemes jedenfalls für die Zeit der vorläufigen Anwendung dann nicht verletzt sei, wenn sichergestellt werde, dass der deutsche Regierungsvertreter bei der Ratsabstimmung gemäß Art 218 Abs. 9 AEUV über die von der EU einzunehmende Position im Ausschuss eine maßgebliche Stimme habe. Das könne durch Verpflichtung auf Einstimmigkeit im Rat sichergestellt werden. Das BVerfG verweist ebda. insoweit auf die Erklärung Nr 19, die ins Ratsprotokoll anlässlich des Beschlusses zur Unterzeichnung des CETA aufgenommen worden war, s. ABl.EU 2017 L 11/9 und bereits oben im Sacherhalt.

Eine solche Verpflichtung zur Einstimmigkeit im Rat ist jedoch – obschon ein wichtiger Baustein für die Sicherung effektiver Einflussrechte des Bundestags auf die deutsche Mitwirkung im Rahmen von CETA Ausschüssen und damit für deren demokratische Legitimation (s. oben) - zum einen nicht hinreichend, weil sie zwar einen maßgeblichen Einfluss der deutschen Regierung, also der Exekutive, ermöglicht, nicht aber dem Bundestag nähere Rechte oder effektive Einwirkungsmöglichkeiten gewährt (nachfolgend (1)). Zum anderen gibt es keine Erklärung Nr 19 für den Ab-

schluss des CETA. Der Bundestag und der Bundesrat haben eine solche nicht gefordert, sondern gehen in ihrer EntschlieÙung zum CETA-Vertragsgesetz unter Ziffer II., 5. Punkt, vielmehr davon aus („stellen fest“), dass die bestehende o.g. Erklärung, die im Rahmen der Unterzeichnung abgegeben worden ist, auch für den Abschluss gelte; dies ist jedoch nicht der Fall (nachfolgend (2)). Ferner geht die EntschlieÙung des Bundestags ebda. davon aus, dass die Einstimmigkeit nur im Bereich nationaler Zuständigkeit geboten sei. Auch das erweist sich rechtlich als unzutreffend (nachfolgend (3)).

(1) Ein Einstimmigkeitserfordernis im Rat sichert die effektive Mitwirkung der BundesREGIERUNG im Rahmen der Vorbereitung der Ausschussbeschlüsse durch Annahme des Standpunkts gemäß Art 218 Abs. 9 AEUV, nicht aber die des Bundestags. Deutschland dh die Regierung kann auf diese Weise zwar ein Veto einlegen und den Beschluss frühzeitig verhindern bzw Änderungen am geplanten Beschluss erzwingen. Jedoch ändert dies als solches nicht die defizitäre demokratische Legitimation soweit die Ausschusszuständigkeiten maßgebliche, erhebliche Veränderungen am CETA vornehmen können. Denn der Abschluss eines Vertrags und seine nachfolgenden Änderungen bedürfen der Zustimmung des Gesetzgebers nach Art 59 Abs. 2 GG, ggf. iVm Art. 23 GG bei der Übertragung von Hoheitsgewalt im Kontext der EU. Die parlamentarische Zustimmung ist gerade in den Bereichen vorgesehen, die unter die Bundesgesetzgebungszuständigkeit fallen. Wie oben erläutert, berührt CETA nationale Gesetzgebungszuständigkeiten, etwa in der Gerichtsorganisation und –verfahren, aber auch etwa in der Produktsicherheit. CETA bedarf, soweit es unter nationale Zuständigkeit fällt, der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat. Jede Veränderung ist wiederum diesen Organen vorzulegen. Davon kann nur abgesehen werden, wenn diese Organe vorab Hoheitsgewalt zur Weiterentwicklung des Abkommens auf exekutive Stellen übertragen haben. Das darf aber nicht pauschal erfolgen, wie oben erläutert. Es bedarf in diesem Fall weiterhin parlamentarischer Mitbestimmung und Rückanbindung. Die Bundesregierung mit effektivem Einfluss auszustatten, genügt jedenfalls dann nicht, wenn dauerhaft und ohne weitere

Einschränkung erhebliche, vertragsändernde Hoheitsgewalt auf Vertragsgremien ohne präzise inhaltliche Vorgaben für deren Ausübung übertragen wird. Das Integrationsprogramm muss auch insoweit auf parlamentarische Entscheidung rückführbar sein. Das ist indes nur dann möglich, wenn jedenfalls der Bundestag maßgeblichen, bestimmenden Einfluss auf die deutsche Mitwirkung im Rat bzw bei den vereinten Vertretern der Mitgliedstaaten ausüben kann. Denn der für erweiterte innerstaatliche Beteiligungsrechte des Bundestags streitende Gedanke der Kompensation seiner fehlenden Mitwirkung auf internationaler Ebene, hier in den Vertragsgremien und der Vorbereitung der Ausschussbeschlüsse, geht leer, wenn diese innerstaatlichen Beteiligungsrechte des Bundestags nicht effektiv sind. Das Maß an Effektivität bestimmt sich aus dem Einfluss von Ausschussbeschlussfassungszuständigkeiten im Bereich nationaler Zuständigkeiten auf die Hoheitsrechte des Bundestags. Vorliegend geht es, wie oben näher erläutert, um Vertragsänderung und Regelsetzung durch die CETA-Ausschüsse. Die bisher bestehenden Beteiligungsrechte des Bundestags an Ausschussbeschlüssen beschränken sich auf Stellungnahmerechte nach Art. 23 Abs. 3 S. 1 GG vor der Mitwirkung an EU-Rechtsetzungsakten und gebieten diesbezüglich eine bloße Berücksichtigung nach Art. 23 Abs. 3 S. 2 GG. Letztere bedeutet eine Pflicht für die Regierung, die Stellungnahme ihren Verhandlungen zugrunde zu legen und einen Vorbehalt einzulegen, wenn die Stellungnahme in Form eines Beschlusses in einem wesentlichen Punkt nicht durchsetzbar ist, und sich um Einigung mit dem Bundestag zu bemühen, vgl § 8 Abs. 2-4 EUZBBG. Die BReg behält aber das Recht, aus wichtigen Gründen von der Position des Bundestags abzuweichen, so § 8 Abs. 4 S. 6 EUZBBG. Damit kommt dem Bundestag nicht die Möglichkeit zu, in den seine Zuständigkeiten tangierenden Bereichen der Beschlussfassung in CETA Ausschüssen seine Auffassung durchzusetzen und das Verhalten des deutschen Vertreters abschließend zu bestimmen und inhaltlich festzulegen. Der Einfluss des Bundestags ist daher nach der geltenden Regelung in § 8 EUZBBG für vertragsändernde, gesetzgebungsrelevante Beschlüsse von Vertragsgremien, die überaus offen formuliert sind und große Spielräume bieten, unzureichend, um den

Mangel demokratischer Legitimation auszugleichen. Eine effektive Mitwirkung nur der Regierung im Rat abzusichern, mehrt nur die Exekutivrechte. Damit kann allein die Mitwirkung der deutschen Regierung im Rat, die parlamentarische Verantwortlichkeit der Bundesregierung gegenüber dem Bundestag und die zugehörigen Parlamentsbeteiligungswege nach EUZBBG nicht die sachlich-inhaltliche Rückführbarkeit eines vom CETA-Ausschuss ohne eingrenzende Vorgaben angenommenen, in seinen Wirkungen erheblichen Beschlusses auf den Bundestag sicherstellen.

(2) Die zu fordernden erweiterten Beteiligungsrechte des Bundestags bei den unter nationale Zuständigkeit fallenden Beschlüssen über Vertragsänderungen und Gesetzgebung setzen gleichwohl die Geltung eines Einstimmigkeitserfordernissen voraus. Ohne letzteres könnten auch Maßgaben des Bundestags für die Regierung sich nicht effektiv durchsetzen. Es bedarf daher der Einstimmigkeit im Rat bzw der im Rat vereinten Mitgliedstaaten bei der Beschlussfassung nach Art 218 Abs. 9 AEUV bzw der Mitgliedstaaten. Diese ist abzusichern. Dafür genügt aber die anlässlich der Vertragsunterzeichnung formulierte Erklärung 19 nicht. Die Erklärung legt zwar die Notwendigkeit eines Einvernehmens zwischen Union und ihren Mitgliedstaaten bezüglich der im Gemischten CETA-Ausschuss einzunehmenden Standpunkte fest, doch erfolgte dies nur zur Unterzeichnung und im Rahmen der vorläufigen Anwendung von CETA. Diese Erklärung regelt die Handhabung der erforderlichen Standpunktfestlegung für die unionale Vertragsseite. Sie ist damit insbesondere für den unionalen Vertragsteil von CETA einschlägig. Für die rechtliche Relevanz der Erklärung sind die völkerrechtlichen Regeln für die Rechtswirkung von Erklärungen zu beachten. Auch der EuGH verwendet für die Auslegung und Anwendung des CETA völkerrechtliche Regeln. So hat er etwa die Rechtswirkung von gemäß CETA-Regeln künftig anzunehmenden Auslegungen des CETA durch den zuständigen Ausschuss unter Rückgriff auf die Regeln des Wiener Vertragsrechtsübereinkommen bestimmt: Die „Auslegungsbeschlüsse haben die Rechtswirkungen gemäß Art. 31 Abs. 3 des Wiener Übereinkommens, wonach bei Auslegung `jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung

seiner Bestimmungen` zu berücksichtigen ist“ (EuGH, Gutachten 1/17, Rn. 234). Für die Erklärung im Protokoll zur Festlegung des Einstimmigkeitserfordernisses maßgeblich dürfte eher Art 31 Abs. 2 WVRK sein, wonach der bei der Auslegung eines Abkommens relevante Zusammenhang „jede sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde“ (so lit. a), oder lit b): jede Urkunde, die von einer oder mehreren Parteien „anlässlich des Vertragsabschlusses“ abgefasst wurde. Eine Erklärung muss daher beim *Abschluss* des Vertrags oder, da Art. 31 Abs. 2 WVRK nur einen „Zusammenhang mit dem Abschluss“ (so etwa der englische Wortlaut) fordert, in diesem Kontext abgegeben werden. Somit muss die zeitliche Nähe zu dem Abschluss des Abkommens nicht dergestalt sein, dass die Erklärung beim Vertragsschluss selbst, also erst im Rahmen des Austausches der Ratifikationsurkunden erfolgt. Jedoch bedarf es eines Zusammenhangs mit dem Gegenstand des Abkommens und eine gewisse zeitliche Nähe zum Abschluss.

O. Dörr, in Dörr/Schmalenbach (Hrg), Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Aufl. 2018, Art 31 WVRK, Rn. 65.

Die bereits bestehende Erklärung Nr 19 aus dem Oktober 2016 bezog sich auf die vorläufige Inkraftsetzung von Teilen des CETA als eines (rechtlich eigenständigen) Abkommens zwischen EU und Kanada. Insoweit war die Erklärung bei „Abschluss“ abgegeben worden. Dass die Erklärung sich auf den Kontext der vorläufigen Anwendung bezieht, wird aus ihrer Einbettung zwischen den Erklärungen 15 bis 17, die sich auf den „*Umfang der vorläufigen Anwendung des CETA*“ beziehen, und Erklärungen 20 ff deutlich, die sich mit der „*Beendigung der vorläufigen Anwendung des CETA*“ befassen. Auch verweist der Wortlaut der Erklärung 18 auf das „Hauptverfahren vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht“, das naturgemäß nur die vorläufige Anwendung zum Gegenstand hatte.

Auch das BVerfG argumentiert in seinem Beschluss vom 7.12.2016, Rn. 30 (BVerfGE 144, 1) damit, dass die Erklärung Nr 19 dahin auszulegen sei, dass „bei einer

etwaigen Beschlussfassung ... *im Rahmen der vorläufigen Anwendung* von CETA alle mitgliedstaatlichen Belange zu berücksichtigen werden.“ (Hervorhebung nur hier). Es ging damals dem BVerfG darum, klarzustellen, dass diese Erklärung eben nicht auf nur mitgliedstaatliche Zuständigkeitsfelder begrenzt sei, denn „andernfalls ergäbe die Erklärung Nr 19 keinen Sinn, da der Gemischte CETA-Ausschuss im Rahmen der vorläufigen Anwendung ohnehin nicht über Angelegenheiten“ in nationaler Zuständigkeit entscheiden kann. Wollte man nun behaupten, die Erklärung gelte auch für den Abschluss des gesamten CETA, hätte diese Formulierung der Erklärung ja auch von Anfang an Sinn gehabt. Im Umkehrschluss ergibt sich, dass auch für das BVerfG der Kontext der vorläufigen Anwendung bedeutend für die Auslegung der Erklärung Nr. 19 war.

Für den endgültigen Abschluss des gesamten CETA Abkommens als gemischtem Abkommen von EU, den Mitgliedstaaten und Kanada, das eine andere rechtliche Gestalt hat als die „EU-Only“ vorläufige Anwendung von Teilen des CETA (eben nur für die unionalen Teile des CETA), bedarf es daher nicht nur wegen des rechtlich anderen Gegenstands des Vertragsabschlusses einer entsprechenden Erklärung, die die Einstimmigkeit im Rat bezüglich CETA als gesamtem, gemischtem Abkommen absichert. Selbst wenn man die frühere Erklärung inhaltlich noch auf den finalen Abschluss des CETA als gemischtem Abkommen beziehen möchte, bedarf man einer erneuten Erklärung deswegen, weil insoweit der zeitliche Zusammenhang mit dem Abschluss nicht mehr gegeben ist. Da der Abschluss des CETA erst 2023, also 7 Jahre nach der ersten Erklärung Nr. 19 erfolgt ist, besteht dieser zeitliche Zusammenhang nicht mehr. Dass das vorläufige anwendbare CETA und das endgültig in Kraft zu setzende CETA zwei unterschiedliche Abkommen mit unterschiedlicher rechtlicher Tragweite darstellen, ergibt sich nicht nur aus der Berührung nationaler Zuständigkeiten, sondern auch aus dem Umstand, dass wegen des nicht in vollständigem Umfang erfolgenden vorläufigen Inkraftsetzens damals nicht alle Ausschusszuständigkeiten zu betrachten waren.

Daher ist die Erklärung Nr 19 auch inhaltlich unzureichend, weil sie sowohl im Titel auch im Text nur auf den Gemischten CETA Ausschuss abstellt, obschon auch andere Ausschüsse, s. oben, etwa der zu Dienstleistungen und Investitionen, vertragsändernde bzw regelsetzende Beschlussfassungszuständigkeiten im Bereich auch der nationalen Zuständigkeiten haben. Das war zugegebenermaßen bei der Betrachtung der vorläufigen Anwendung noch weitgehend ohne Relevanz, weil noch nicht alle Zuständigkeiten des Gemischten Ausschusses oder der Sonderausschüsse, gerade was Kapitel 8 von CETA angeht, in Kraft gesetzt waren. Es ist aber jetzt bei dem Abschluss des gesamten CETA- Abkommens mit allen Ausschusszuständigkeiten von Relevanz. Die Entstehungsgeschichte der Erklärung Nr 19 ergibt, dass sie wegen der Anforderungen des BVerfG im Hinblick auf die vorläufige Anwendung von Teilen von CETA formuliert worden war. Sie kann damit die erheblichen Ausschusszuständigkeiten im gesamten CETA nicht erfassen.

Der Bundestag wie auch Bundesrat gingen, wie oben vermerkt, ausweislich der oben genannten EntschlieÙung in Ziffer II. 5. Punkt davon aus, bzw „stellten fest“, dass diese Erklärung sich nicht nur auf die vorläufige Anwendung, sondern auch auf das vollständige Inkrafttreten beziehe. Diese Feststellung ist ohne rechtliche Relevanz, weil dem Bundestag nicht die Möglichkeit zukommt, für die Bundesrepublik auf völkerrechtlicher Ebene zu sprechen; sie wurde auch nicht den anderen Staaten kommuniziert. Auch wurde sie nicht als Bedingung der weiteren deutschen Mitwirkung formuliert. Worauf der BT die Auffassung stützt, diese Erklärung gelte einfach so für den Abschluss, ist angesichts der eben erläuterten Entstehungsgeschichte (Streit um die vorläufige Anwendung), Kontexts und Wortlauts nicht erkennbar. Die völkerrechtliche Rechtslage spricht für Maßgeblichkeit von Erklärungen nur anlässlich des Abschlusses, und nicht etwa bereits bei Unterzeichnung des Abkommens, zumal es nunmehr um den Abschluss in Form des kompletten gemischten Abkommens CETA geht.

Der Bundestag nimmt insoweit auch nicht Bezug auf eine derzeit zwischen den CETA-Parteien im Kontext eines beabsichtigten Beschlusses des Gemischten CETA

Ausschusses über die Auslegung von Art 8.10 Abs. 2 CETA und des Begriffs der indirekten Enteignung in Abstimmung befindliche künftige Erklärung, wonach, falls der Gemischte CETA-Ausschuss oder ein Sonderausschuss (hier hat man den ohnehin zu kurz greifenden Anwendungsbereich des Erklärung 19 erkannt!) einen Beschluss im Bereich nationaler Kompetenz fassen, der zwischen EU und Mitgliedstaaten abzustimmende gemeinsame Standpunkt einvernehmlich festgelegt wird.

Der Entwurf hierzu kursiert im Internet und wurde von der Europäischen Kommission und dem Bundesministerium für Wirtschaft zirkuliert. S. den Text etwa unter

https://www.gerechter-welthandel.org/wp-content/uploads/2022/09/20220905_Draft-Decision-and-Declarations_CETA.pdf

Der Text wurde dem Handelspolitischen Ausschuss im Oktober 2022 übermittelt unter Dokument Nr B3/CP/TB/ov/7326797

Dieser Beschluss wie auch die Erklärung existieren derzeit noch gar nicht. Ohnehin hat ihr künftiges Bestehen keine Relevanz für die Auslegung des hier angefochtenen Zustimmungsgesetzes zu CETA, da es für die Bewertung der Verfassungsbeschwerde auf den Zeitpunkt der Erhebung und die Auslegung der Bestimmungen des Gesetzes zu diesem Zeitpunkt ankommt. Die verfassungsrechtliche Beurteilung der angegriffenen Maßnahme, hier Gesetzesbeschluss des Bundestags, bemisst sich nach dem Inhalt, den diese Maßnahme zum Zeitpunkt der Beschlussfassung bei verständiger Auslegung hat, vgl. BVerfG, CETA-Beschluss vom 9.2.2022, Rn. 193. Und zu diesem Zeitpunkt hat der Bundestag keinerlei Vorbehalte oder einschränkende Maßgaben für die Zustimmung zu CETA und die weitere Mitwirkung Deutschlands am Abschluss formuliert.

(3) Die Sicherung der Einstimmigkeit ist nicht nur für den Bereich der nationalen Zuständigkeiten verfassungsrechtlich geboten, sondern auch im Bereich der EU-Zuständigkeiten. Denn auch soweit die Zuständigkeiten der Ausschüsse durch die auf die EU bereits übertragene Hoheitsgewalt kompetenzmäßig abgesichert sind, gilt doch das Gebot der Wahrung des hinreichenden demokratischen Legitimationszusammenhangs. Die Verfassungsidentität wird gerade auch dadurch verletzt, dass sich Hoheitsgewalt auf europäischer Ebene verselbständigt. Dies ist der Fall bei den – wie

dargelegt – substanziellen Veränderungskompetenzen der Ausschüsse aufgrund unbestimmter Mandate, ohne dass diese parlamentarisch rückgebunden sind. Diese hinreichende Legitimation muss nicht nur für den Bereich der nationalen Zuständigkeiten, sondern auch für den Bereich der EU-Zuständigkeiten abgesichert sein. Dementsprechend hat das BVerfG in seinem CETA Beschluss vom 9.2.2022, wie schon zuvor, die Verfassungsidentität deswegen als nicht verletzt angesehen, weil Erklärung 19 sichere, dass der Standpunkt zu einem Beschluss des Ausschusses „immer einvernehmlich festgelegt wird“ (Rn. 191). Da es insoweit um die Verfassungsidentitätsprüfung ging und die Aussage mit Bezug zur Berührung der Verfassungsidentität gemacht wurde, war nicht nur der Bereich nationaler Zuständigkeit relevant. Gleichwohl stellt der Bundestag in seiner Entschließung fest (wiederum unter Ziffer II, 5. Punkt), dass die in Erklärung 19 etablierte Einvernehmlichkeit nur zu einem Beschluss des Gemischten CETA-Ausschusses gilt, „der in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt“. Diese gegenständliche Beschränkung der Erklärung Nr 19 ist in der Tat dort selbst im Text enthalten. Eine entgegen seinem Wortlaut anderes Verständnis über die Reichweite der Einvernehmlichkeit auch für die EU-Zuständigkeiten wurde auch nicht den anderen Mitgliedstaaten notifiziert.

Dass das BVerfG vielleicht ebda die Erklärung Nr 19 ohnehin so habe auslegen wollen, dass die Einstimmigkeit zur Wahrung der Verfassungsidentität auch bei der Festlegung von Standpunkten zu Ausschussbeschlüssen in unionaler Zuständigkeit gelte, lässt sich der Formulierung ebda nicht mit letzter Sicherheit entnehmen. So selbst wenn dies so sein sollte, ist dieses Verständnis – wie erwähnt – nicht den anderen Staaten auf völkerrechtlicher Ebene kommuniziert worden. Ohnehin ist der Bundestag ersichtlich der Ansicht, die Erklärung müsse sich nur auf die nationale Zuständigkeit beziehen. Selbst wenn auch dies unerheblich wäre, so bleibt doch der zu kurz greifende Anwendungsbereich der Erklärung nur für den Gemischten CETA-Ausschuss.

Somit zeigt sich in der Summe der vorstehenden Überlegungen, dass die notwendige verfassungsrechtliche Legitimation des umfangreichen, nun durch die Zustimmung

des Bundestags zum gesamten CETA in Betrachtung stehenden Ausschusssystem durch die bestehende Erklärung Nr 19 zum Ratsprotokoll aus mehreren Gründen nicht abgesichert werden kann: Sie greift hinsichtlich ihrer Begrenzung auf den Gemischten Ausschuss und auf die nationalen Zuständigkeiten zu kurz. Sie sichert nur den exekutiven Einfluss, nicht aber den parlamentarischen. Ihre Anwendbarkeit auf den jetzt anstehenden Abschluss des CETA als Ganzes ist bestreitbar. Selbst wenn der begrenzte Anwendungsbereich der bestehenden Erklärung ggf durch bundesverfassungsgerichtliche Auslegung geheilt werden könnte, wäre diese nicht den anderen Mitgliedstaaten völkerrechtlich bindend kommuniziert, und eine solche Kommunikation war vom Bundestag auch nicht zur Voraussetzung seiner Zustimmung gemacht worden. All diese Unsicherheiten in der rechtlichen Bedeutung und Tragweite der bestehenden Erklärung können schließlich auch nicht zu Lasten der Rechte der Beschwerdeführer gehen.

Somit verletzt die bedingungslose, umfassende Zustimmung des Bundestags zu den CETA Regeln über Zuständigkeiten und Verfahren des Ausschusssystem bezüglich Vertragsänderungen, -auslegungen, Regelsetzung und Auswechslung des Investitionsgerichtsmechanismus die Grundsätze der Demokratie nach Art 23 iVm Art. 79 Abs. 3 GG. Die Beschwerdeführer machen daher eine Verletzung ihres Wahlrechts dadurch geltend, dass die im CETA enthaltenen diesbezüglichen Bestimmungen die Autonomie des Deutschen Bundestages beschränkende, massive und strukturelle Einschränkungen mit sich bringen. Diese Einschränkungen verändern die demokratische Verfassungsstruktur der Bundesrepublik und betreffen damit ein essentielles Element der in Art 79 Abs. 3 GG garantierten Verfassungsidentität. Durch die weitere Mitwirkung am Abschluss des CETA wird diese Verfassungsverletzung weiter fortgesetzt.

Im Ergebnis ist die Verfassungsbeschwerde demnach begründet, weil sie die Beschwerdeführer in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 GG verletzt. Diese Verletzung der demokratischen Verfassungsidentität erfolgte vorliegend nicht allein durch die Zustimmung des BT und des Bundesrats zu CETA, sondern setzt sich fort in der

unterlassenen Wahrnehmung der Integrationsverantwortung durch die Bundesregierung und den BT.

Dass die Bundesregierung nicht gegen Verfassungsidentitätsverletzung und ultra vires Handeln im Kontext von CETA einschreitet, zeigt sich auch in den bereits erwähnten Beschlüssen nach Art. 8.44 CETA des Ausschuss für Dienstleistung und Investitionen 1/2021 zum Verhaltenskodex der Richter und 2/2021 über Mediationsregeln, die am 29.1.2021 im ABLEU veröffentlicht wurden und damit in Bereichen und auf der Grundlage des Art. 8.44 ergingen, die wegen der Beschränkung der Wirkung der vorläufigen Anwendung des CETA noch gar nicht anwendbar waren. Die BReg hat sich somit nicht gegen Beschlussfassungen der Ausschüsse zur Wehr gesetzt, die ohne Rechtsgrundlage erfolgten (welche nach hier vertretener Meinung auch noch undemokratisch ist) und in auch mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallen.

Insgesamt zeigt sich, dass durch die Zustimmung zu CETA und die weitere deutsche Mitwirkung am Abschluss des CETA die Verfassungsidentität des GG durch die defizitäre demokratische Kontrolle des Bundestags über die im hier behandelten Sinne erheblichen Ausschusszuständigkeiten verletzt ist. Das verletzt die Rechte der Beschwerdeführer aus ihrem Recht auf Demokratie nach Art. 38 I GG.

2. Verletzung der Verfassungsidentität infolge Verletzung des Kerngehalts des Demokratieprinzips durch Einsetzung eines abschließend zuständigen Investitionsgerichtssystems

Die Einrichtung des CETA-Gerichts mit entsprechenden Rechtsprechungsbefugnissen auf dem Feld der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit verletzt ebenfalls die Verfassungsidentität des Grundgesetzes in ihrem demokratischen Kern aus Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG iVm Art. 79 Abs. 3 GG und damit auch das Wahlrecht der deutschen Bürger*innen aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG.

2.1. Unterwerfung unter eine nicht ausreichend legitimierte öffentliche Gewalt

Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet den deutschen Wahlbürger*innen die politische Selbstbestimmung und garantiert ihnen die freie und gleiche Teilhabe an der Legitimation der in Deutschland ausgeübten Staatsgewalt.

BVerfGE 123, 267 (340); 132, 195 (Rn. 104); 135, 317 (159); 142, 123 (Rn. 126); 146, 216 (Rn. 46).

Das in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG garantierte Wahlrecht erschöpft sich nicht in einer formalen Legitimation der Staatsgewalt, sondern umfasst auch dessen grundlegenden demokratischen Gehalt. Dazu gehört nach std. Rspr. des Gerichts „namentlich der in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG verankerte Grundsatz der Volkssouveränität“ und der damit zusammenhängende Anspruch der Beschwerdeführer, nur einer öffentlichen Gewalt ausgesetzt zu sein, die sie auch legitimieren und beeinflussen können.

BVerfGE 142, 123 (Rn. 123); 151, 202 (Rn. 115).

Vor dem Hintergrund des über Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG als subjektives öffentliches Recht rügefähig gemachten Demokratieprinzips ist es dann, wenn Hoheitsrechte auf die Europäische Union oder Institutionen übertragen werden, die in einem Näherverhältnis zu ihr stehen, nicht ohne Bedeutung, ob die auf europäischer Ebene ausgeübte Hoheitsgewalt demokratisch legitimiert ist. Da die Bundesrepublik Deutschland nach Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG nur an einer Europäischen Union mitwirken darf, die demokratischen Grundsätzen verpflichtet ist, muss gerade auch ein legitimatorischer Zusammenhang zwischen den Wahlberechtigten und der europäischen Hoheitsgewalt bzw einer Hoheitsgewalt bestehen, die in einem Näherverhältnis zu ihr steht. Hierauf haben die Beschwerdeführer nach der verfassungsrechtlichen Konzeption in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG iVm Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG einen Anspruch. Die Wahlberechtigten können deshalb auch verfassungsrechtlich relevante Defizite der demokratischen Legitimation der Europäischen Union oder zwischenstaatlicher Einrichtungen, die in einem Näherverhältnis zu ihr stehen, rügen.

BVerfGE 123, 267 (331); 160, 208 (Rn. 145).

Der Anspruch der Beschwerdeführer, nur einer öffentlichen Gewalt ausgesetzt zu sein, die sie auch legitimieren und beeinflussen können, stellt den Zusammenhang zwischen dem Wahlrecht und der Ausübung der Staatsgewalt in her. Jede in Deutschland ausgeübte öffentliche Gewalt muss danach auf die Bürger*innen zurückführbar sein. Dies schließt es aus, dass die Bürger*innen einer politischen Gewalt unterworfen werden, der sie nicht ausweichen können, und die sie nicht prinzipiell personell und sachlich zu gleichem Anteil in Freiheit zu bestimmen vermögen.

BVerfGE 83, 37 (50f.); 93, 93, 37 (66); 123, 267 (341); 130, 76 (123); 137, 185 (Rn. 131); 139, 194 (Rn. 106); 142, 123 (Rn. 128); 151, 202 (Rn. 117); BVerfG: Eigenmittelbeschluss-Ratifizierungsgesetz – Corona-Aufbaufonds, NJW 2023, 425 Rn. 114.

Der in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG iVm Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG und Art. 79 Abs. 3 GG verankerte Anspruch der Beschwerdeführer auf demokratische Selbstbestimmung gilt auch in Ansehung der europäischen Integration. Die demokratische Legitimation aller in Deutschland ausgeübten öffentlichen Gewalt durch das Staatsvolk ist wesentlicher Inhalt des Grundsatzes der Volkssouveränität. Er gehört zu der durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsidentität und ist auch nach Art. 23 Abs. 1 GG integrationsfest. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG schützt die Beschwerdeführer vor einer Übertragung von Hoheitsrechten, die unter Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 die wesentlichen Inhalte des Grundsatzes der Volkssouveränität preisgeben. Dies prüft das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Identitätskontrolle.

BVerfGE 89, 155 (182); 123, 267 (330); 129, 124 (169); 142, 123 (Rn. 127); 151, 202 (Rn. 119 f.).

Auch bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf Einrichtungen, die in einem Nähe- oder Ergänzungsverhältnis zur EU stehen, darf der Grundsatz der Volkssouveränität aus Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG nicht berührt werden. Zwischenstaatliche Einrichtungen wie das CETA-Gericht, die in einem Näherverhältnis zur Union stehen, müssen in ihrer organisatorischen Ausgestaltung demokratischen Grundsätzen ent-

sprechen, wenn sie im Geltungsbereich des Grundgesetzes öffentliche Gewalt ausüben. Dass die CETA-Gerichtsbarkeit im Geltungsbereich des Grundgesetzes Hoheitsgewalt ausübt, die einen unmittelbaren Bezug zu den Grundrechten der Beschwerdeführer hat, wurde oben bei der Begründung der Beschwerdebefugnis dargelegt. Das CETA-Gericht übt öffentliche Gewalt in Deutschland aus, ohne hierfür das erforderliche Legitimationsniveau zu erreichen. Insoweit verletzt die Einrichtung des ICS die deutsche Verfassungsidentität.

BVerfG: Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen Zustimmungsgesetze zu ESM- und IGA-Änderungsübereinkommen, NVwZ 2023, 336 Rn. 82.

Aus dem in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG iVm Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG und Art. 79 Abs. 3 GG abgeleiteten Recht auf demokratische Selbstbestimmung folgt darüber hinaus ein Anspruch der Beschwerdeführer gegenüber Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung, sie in Wahrnehmung ihrer Integrationsverantwortung, vor Berührungen der grundgesetzlichen Verfassungsidentität zu schützen. Vor diesem Hintergrund verletzt der deutsche Vertreter im Rat der Europäischen Union dieses Recht der Beschwerdeführer, wenn er einer Berührung der Verfassungsidentität durch die geplante Einrichtung des demokratisch nicht ausreichend legitimierten ICS zustimmt.

BVerfGE 142, 123 (Rn. 83, 121, 143ff.); 151, 202 (Rn. 140ff.); 153, 74 (Rn. 96, 136); 154, 17 (Rn. 101,110); 160, 208 (Rn. 175 f.).

Der Bundestag verletzt seine schutzpflichtähnliche Integrationsverantwortung, wenn er nicht die ihm zu Gebote stehenden Maßnahmen ergreift, um das defizitäre Legitimationsniveau des CETA-Gerichts durch seine Mitwirkung bei der Auswahl der Richter*innen für das Gericht zu erhöhen, indem er zB einen Richterwahausschuss einsetzt

a) Das ICS ist legitimierungsbedürftige öffentliche Gewalt

Anders als bei Verfassungsänderungen ist Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG bei der Übertragung von Hoheitsrechten stets betroffen. Hoheitsrechte können ohne Beachtung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Kompetenzübertragung, auch soweit damit keine Verfassungsänderung einhergeht, nicht wirksam übertragen werden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Ausübung aller Hoheitsgewalt legitimationsbedürftig. Nach Art. 20 Abs. 2 GG muss jede in Deutschland ausgeübte öffentliche Gewalt auf seine Bürger*innen zurückzuführen sein.

BVerfGE 47, 253 (275); 77, 1 (40); 83, 60 (72); 93, 37 (66); 130, 76 (123); 137, 185 (Rn. 131); 154, 17 (Rn. 99); ausf. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR. Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 11 ff.

(1) Das CETA-Gericht ist ein (zwischenstaatliches) Gericht im Sinne des Grundgesetzes

Das CETA-Gericht übt rechtsprechende Gewalt aus (a) und ist ein zwischenstaatliches Gericht im Sinne des Grundgesetzes (b).

(a) Rechtsprechungsausübung

Das CETA-Gericht übt Rechtsprechung aus. Unter „Rechtsprechung“ im materiellen Sinn ist nach dem Grundgesetz die in besonders geregelten Verfahren zu letztverbindlicher Entscheidung führende Beurteilung von Sachverhalten allein am Maßstab des geltenden Rechts durch ein unbeteiligtes (Staats-)Organ wie den Richter oder die Richterin, zu verstehen.

BeckOK GG/*Morgenthaler*, GG, 2023, Art. 92 Rn. 5; BVerfGE 7, 183 (188 f.); 31, 43 (46); 60, 253 (269 f.); 103, 111 (LS 2).

Das CETA-Gericht bzw seine Richter*innen, deren Neutralität durch die Auswahl- und Verhaltensregelungen aus Art. 8.27 CETA nebst den Regularien, die der GCA ausarbeitet, sichergestellt werden soll, urteilen letztverbindlich aufgrund des CETA über Vertragsverletzungen der Gaststaaten einer kanadischen Investition.

Auch der EuGH ist zu der Überzeugung gekommen, dass das CETA-Gericht ohne Weiteres Rechtsprechung iSd Grundgesetzes ausübt. Der EuGH schreibt in seinem

Gutachten 1/17 hierzu, es sei unbestreitbar, dass „das CETA-Gericht und die CETA-Rechtsbehelfsinstanz im Wesentlichen Rechtsprechungsaufgaben wahrnehmen werden. Es wird sich um ständige Gerichte handeln, die ihre gesetzliche Grundlage in den von den Vertragsparteien erlassenen Rechtsakten zur Genehmigung des CETA haben werden. Sie werden in einem kontradiktorischen Verfahren Rechtsnormen anwenden, ihre Aufgaben in völliger Autonomie ausüben müssen und endgültige, verbindliche Entscheidungen erlassen.“

EuGH: Investitionsschutzrecht: Investitionsschutz im Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (CETA), *EuZW* 2019, 457 Rn. 197.

Soweit es für die Ausübung von Rechtsprechung vor allem auf die Letztverbindlichkeit der Entscheidungen ankommt, so ist diese beim CETA-Gericht gegeben. Das Gericht entscheidet letztverbindlich und mit Rechtskraft über Investor-Staat-Streitigkeiten. Die Rechtskraftwirkung der Schiedssprüche des CETA-Gerichts tritt dadurch ein, dass nach Art. 8.41 CETA jeder Urteilspruch bindend und durch kein weiteres Gericht – weder ein nationales noch den EuGH – auf seine Richtigkeit hin überprüfbar ist. Art. 8.41 CETA ist anwendbar sowohl auf Schiedssprüche der ersten Instanz des CETA-Gerichts, als auch auf Schiedssprüche der Berufungsinstanz. Nach Art. 8.41 Abs. 4 CETA ist der Schiedsspruch des Gerichts in dem verurteilten Gaststaat dann vollstreckbar und muss durch dessen Behörden oder Gerichte – je nach Wahl der Schiedsordnung – vollstreckt werden.

(b) Zwischenstaatliche Gerichtsbarkeit

Das CETA-Gericht ist auch ein zwischenstaatliches Gericht. Der EuGH ist in seinem Gutachten 1/17 zum CETA hier zu der in der Literatur zwar umstrittenen, doch insgesamt richtigen Auffassung gekommen, dass beim ICS in CETA die Merkmale einer zwischenstaatlichen Gerichtsbarkeit überwiegen. Zwar weist das CETA-Gericht Züge einer hybriden Institution auf, da das Prozessrecht des CETA-Gerichts mehrere Merkmale enthält, die nach wie vor auf den traditionellen Mechanismen der

Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich des ISDS beruhen. Das gilt insbesondere für die die Vorschriften von Kapitel Acht Abschnitt F des CETA über die Einreichung von Klagen beim CETA-Gericht, die sich zu einem großen Teil an den herkömmlichen ISDS-Mechanismen orientieren. Dies gilt aber insbesondere nicht für die Vorschriften über die Zusammensetzung und die Organisation des CETA-Gerichts oder die Verfahrensordnung bei der Bearbeitung der anhängig gemachten Rechtssachen.

EuGH: Investitionsschutzrecht: Investitionsschutz im Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (CETA), *EuZW* 2019, 457 Rn. 190 ff.

Und auf diese beiden Punkte kommt es für die folgenden Ausführungen an.

Das CETA-Gericht weicht in Institutionalisierungsgrad, Besetzung und Besetzungsverfahren wesentlich von der traditionellen Schiedsgerichtsbarkeit ab. Art. 8.27 CETA sieht die Errichtung eines ständigen Gerichts mit 15 Mitgliedern und eines Kammersystems für die Bearbeitung von Streitfällen vor. Im Gegensatz zu Schiedsgerichten ist das CETA-Gericht also institutionalisiert. Es existiert bereits vor der Entstehung des schiedsrechtlichen Konflikts. Anders als Schiedsrichter, die in der originären Schiedsgerichtsbarkeit pro Fall ernannt und bezahlt werden, werden die CETA-Richter mit einer monatlichen Grundvergütung ausgestattet (Art. 8.27 Abs. 12 CETA). Sie stehen auch grds. bereits vor Einreichung einer Klage fest und werden nicht durch die Streitparteien ausgewählt. Art. 8.27 Abs. 7 CETA regelt, dass eine Kammer mit drei Mitgliedern mit dem jeweiligen Fall zu befassen ist und dass „dabei ... ein Rotationsverfahren zugrunde gelegt und sichergestellt (wird), dass die Zusammensetzung der Kammern nach dem Zufallsprinzip erfolgt und nicht vorhersehbar ist“. Nach Art. 8.28 CETA ist darüber hinaus, was für die Schiedsgerichtsbarkeit ein Novum ist, eine Berufungsinstanz zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung des ICS eingesetzt. Die Berufungsinstanz kann über die Aufhebungsgründe eines Schiedsspruchs nach Art. 52 ICSID-Convention hinaus nach Art. 8.28 Abs. 2 CETA

die Urteilsprüche des Gerichts erster Instanz bestätigen oder wegen Fehlern bei der Anwendung oder Auslegung des anwendbaren Rechts, wegen offenkundiger Fehler bei der Würdigung des Sachverhalts – wie zB bei der Beurteilung relevanter Vorschriften des innerstaatlichen Rechts – abändern oder aufheben. Damit ähnelt das ICS mehr einem nationalen gerichtlichen Instanzenzug als einer ad hoc Schiedsgerichtsbarkeit.

Insbesondere weicht aber die Bestellung der Richter*innen von dem in investitionschutzrechtlichen Schiedsverfahren üblichen Modus ab. Während in Schiedsverfahren die Gerichte nicht nur ad hoc gebildet, sondern auch die Schiedsrichter ad hoc nach dem Willen der Streitparteien eingesetzt werden, werden die Richter*innen des CETA-Gerichts dauerhaft durch die Vertragsparteien ernannt. Nach Art. 8.27 Abs. 2 CETA ernennt der Gemischte CETA-Ausschuss zunächst fünfzehn Richter*innen, von denen fünf Staatsangehörige eines Mitgliedsstaats der Union sein müssen, fünf Staatsangehörige Kanadas sein müssen und fünf Drittstaaten angehören müssen. Diese Anzahl kann durch Beschluss des GCA erhöht oder verringert werden. Die Amtszeit der Richter*innen dauert fünf Jahre und kann einmalig verlängert werden.

Art. 8.27 und Art. 8.28 CETA sind also völlig anders als die im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit anwendbaren Vorschriften konzipiert und konkretisieren den in Gliederungspunkt 6 Buchst. f des Gemeinsamen Auslegungsinstruments geäußerten Willen der Vertragsparteien, dass nämlich das „CETA (...) entschieden vom traditionellen Konzept der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten“ abweiche und die Errichtung unabhängiger, unparteilicher und ständiger Investitionsgerichte vorsehe, die geleitet sind „von den Grundsätzen öffentlicher Rechtssysteme in der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten und in Kanada sowie von den Grundsätzen internationaler Gerichte wie dem Internationalen Gerichtshof und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte“.

Gemeinsames Auslegungsinstrument zum umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, ABl. EU v. 14.1.2017 L 11/3 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114\(01\)&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114(01)&from=DE).

Diese rechtliche Einordnung des ICS als zwischenstaatliche Gerichtsbarkeit spiegelt sich ebenfalls in den Erklärungen wider, die Kommission, Rat und Mitgliedstaaten sowie der Juristische Dienst des Rates zur Auslegung vom CETA abgegeben haben, und die bei der Annahme des Beschlusses über die Unterzeichnung von CETA in das Ratsprotokoll aufgenommen wurden (vgl. Erklärungen für das Ratsprotokoll, ABl EU Nr. L 11 vom 14. Januar 2017, S. 11ff.). Hier heißt es in Nr. 36. Erklärung der Kommission und des Rates zum Investitionsschutz und zum Investitionsgerichtshof: „Das CETA zielt auf eine bedeutende Reform der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten ab, die sich auf die gemeinsamen Grundsätze der Gerichte der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten und Kanadas sowie internationaler Gerichte, die von der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten und Kanada anerkannt werden, wie des Internationalen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, stützt, als Schritt zur Verbesserung der Achtung der Rechtsnorm. Die Europäische Kommission und der Rat sind der Ansicht, dass dieser auf Grundlage der vorliegenden Erklärung überarbeitete Mechanismus einen Schritt zur Schaffung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs darstellt, der letztendlich das für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investor*innen und Staaten zuständige Gericht sein wird.“

Die rechtliche Einordnung des CETA-Gerichts als (hybrides) zwischenstaatliches Gericht und Vorform echter internationaler Gerichtsbarkeit bestätigt auch die Überleitungsklausel des Art. 8.29 CETA, nach der aus den Vorschriften des ICS in CETA

ein multilateraler Investitionsgerichtshof (MIC) entwickelt wird. Dass daneben nach Art. 8.27 Abs. 16 CETA das ICSID-Sekretariat Aufgaben des Sekretariats für das CETA-Gericht wahrnimmt und die erforderliche Unterstützung leistet, fällt als nebensächliche organisatorische Regelung nicht ins Gewicht.

(2) Übertragung und Ausübung von Hoheitsgewalt

Das CETA-Gericht übt auch Hoheitsgewalt in Deutschland aus, die eine unmittelbare Rechtswirkung auf die Beschwerdeführer entfaltet. Das Gericht als Institution und seine Urteile sind legitimierungsbedürftige Akte öffentlicher Gewalt, wie ausführlich oben im Rahmen der Beschwerdebefugnis dargelegt wurde.

b) Das CETA-Gericht erreicht kein ausreichend effektives Legitimationsniveau

Das CETA-Gericht übt als zwischenstaatliches Gericht im Bereich des Grundgesetzes öffentliche Gewalt aus, die demokratisch legitimierungsbedürftig ist. Das Legitimationsniveau des CETA-Gerichts in Form seiner Rückkoppelung an das deutsche Wahlvolk ist allerdings nicht ausreichend. Es stellt in seinen Defiziten die parlamentarische Verantwortung in einer Art. 20 Abs. 1 u. 2 S. 1 GG iVm Art. 79 Abs. 3 GG verletzenden Weise in Frage.

Das vom Bundesverfassungsgericht geforderte Legitimationsniveau ergibt sich in der Regel aus einer Kombination aller drei Legitimationsstränge im Rahmen der ununterbrochenen Legitimationskette vom deutschen Wahlvolk hin zu einer Hoheitsgewalt in Deutschland ausübenden Institution: der funktionellen, der personellen und der sachlichen-inhaltlichen Legitimation. Ganz oberflächlich betrachtet, ist das ICS demokratisch legitimiert, da es eine ununterbrochene Legitimationskette gibt. Seine Einrichtung und sein Rechtsprechungsauftrag beruhen auf einem parlamentarischen Zustimmungsgesetz, das die funktionell-institutionelle Legitimation besorgt. Das CETA-Gericht wendet das Investitionsschutzkapitel des CETA als Rechtsgrundlage an, das wiederum vom Bundestag ratifiziert wurde und so die sachlich-inhaltliche

Legitimation von Gericht und Rechtsprechung herstellt. Der GCA ernennt nach Art. 8.27 Abs. 2 CETA bei Inkrafttreten des Abkommens die zunächst 15 Richter*innen des Gerichts. Da kein anderes Beschlussorgan im Zusammenhang mit der Richter*innenernennung im CETA benannt ist, wird der GCA wohl nicht nur bei Inkrafttreten, sondern dauerhaft für die Ernennung von Richter*innen zuständig sein. Nach Art. 26.1 Abs. 1 CETA besteht der GCA aus Vertretern der Union und Vertretern Kanadas. Ein deutscher Vertreter bzw eine deutsche Vertreterin sitzt zwar nicht im GCA. Die Beschlussfassung im GCA wird aber im Verfahren nach Art 218 Abs. 9 AEUV auf einen Vorschlag der Kommission hin vom Rat bzw von den im Rat vereinten Vertreter*innen der Mitgliedstaaten – und damit auch Deutschlands – gleichzeitig verabschiedeten Beschluss vorbereitet. Insoweit ist ein nationales, demokratisch legitimates Organ an der Entscheidung der Richterernennung zumindest ganz mittelbar beteiligt und verschafft dem CETA-Gericht zumindest vordergründig die personelle Legitimation.

Entscheidend ist aber nicht die vordergründige Einhaltung der Form der demokratischen Legitimationskette, sondern die Effektivität der demokratischen Legitimation von Hoheitsgewalt. Deshalb ist ein bestimmtes Legitimationsniveau für das CETA-Gericht erforderlich. Für die Antwort auf die Frage, ob dieses erforderliche Legitimationsniveau erreicht ist, haben die verschiedenen Legitimationsstränge nicht je für sich Bedeutung, sondern nur in ihrem Zusammenwirken, wobei die schwächere Ausbildung eines Legitimationsstranges durch die stärkere Ausbildung eines anderen Stranges ausgeglichen werden kann.

BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66 f.); 107, 59 (87); 119, 331 (366); 130, 76 (124); 136, 194 (Rn. 168).

Das Legitimationsniveau des CETA-Gerichts in Form seiner Rückkoppelung an das deutsche Wahlvolk und das deutsche Parlament ist allerdings nicht ausreichend und

stellt deshalb einen Verstoß gegen die demokratische Identität des Grundgesetzes aus Art. 79 Abs. 3 GG dar. Das ICS erreicht das Mindestmaß an demokratischer Legitimation der supra- bzw. zwischenstaatlichen Gerichtsbarkeit (1), die im Fall des CETA-Gerichts ein hohes Legitimationsniveau braucht (2), nicht, weil die Defizite in den einzelnen Legitimationssträngen bzw die Defizite in deren Zusammenwirken weder durch besondere Vertragsmechanismen kompensiert (3) noch verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden können (4).

(1) Mindestmaß an demokratischer Legitimation

Das Grundgesetz fordert keinen Gleichlauf der demokratischen Legitimation supra- oder internationaler Einrichtungen, die Hoheitsgewalt ausüben, mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die demokratische Legitimation deutscher Staatsgewalt. Die Anforderungen an die demokratische Legitimation von Gerichten oder Richter*innen in der supranationalen bzw. zwischenstaatlichen Gerichtsbarkeit sind von vornherein reduziert. Um außenpolitisch in einer Staatengemeinschaft auch demokratischer Staaten handlungs- und kooperationsfähig zu bleiben, in denen sich Demokratiekonzepte in unterschiedlicher Weise auf die Legitimation von hoheitlichen Institutionen auswirken, ist es nicht möglich, das deutsche Verständnis von ununterbrochenen Legitimationsketten und Legitimationsniveaus eins zu eins auch für supra- oder zwischenstaatliche Institutionen zu fordern. Hierzu führt das Gericht allgemeiner aus, dass eine derart weitgehende Ausrichtung der rechtlichen Ausgestaltung einer zwischenstaatlichen Einrichtung an den innerstaatlichen Bestimmungen des Grundgesetzes letztlich der Verfassungsentscheidung für eine internationale Zusammenarbeit und der Europafreundlichkeit der Verfassung zuwiderliefe. Sie wäre gegenüber den anderen beteiligten Staaten auch schwerlich durchzusetzen und würde die Bundesrepublik Deutschland im Bereich der Einrichtungen im Sinne der Art. 23 GG und Art. 24 GG nicht selten faktisch vertragsunfähig machen.

BVerfGE 58, 1 (41); 89, 155 (182)

Grundsätzlich lässt das Gericht vor allem für den unionalen Vollzug des europäischen Integrationsprogramms deshalb sog. „Einflussknicke“ zu, die das demokratische Legitimationsniveau von Organen oder Maßnahmen der europäischen öffentlichen Gewalt absenken können. An dem grundsätzlichen Erfordernis, dass auch solche Organe oder Maßnahmen durch den deutschen Integrationsgesetzgeber legitimiert sein müssen, ändere dies jedoch nichts: „Soweit nicht das Volk selbst zur Entscheidung berufen ist, ist demokratisch legitimiert nur, was parlamentarisch verantwortet werden kann.“

BVerfGE 89, 155 (182 ff.); 151, 202 (Rn. 126 – Zitat); 142, 123 (Rn. 131).

Die Ausgestaltung der Europäischen Union inklusive derjenigen Einrichtungen, die in einem Näherverhältnis zu ihr stehen, muss selbst auch in der organisatorischen und verfahrensrechtlichen Ausgestaltung demokratischen Grundsätzen entsprechen.

BVerfGE 123, 267 (356).

Es bedarf daher zumindest eines Mindestmaßes an demokratischer Legitimation und Kontrolle iSd Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG auch im Hinblick auf die Errichtung zwischenstaatlicher Einrichtungen wie dem ICS, das in einem Näherverhältnis zur Europäischen Union steht. Die deutsche Staatsgewalt, hier insbesondere der legitimationsbeschaffende Bundestag, muss darauf hinwirken, dass diese vom Grundgesetz geforderten Mindeststandards nicht unterschritten werden. Hierauf haben die Wahlbürger*innen einen Anspruch.

BVerfGE 151, 202 (Rn. 124); 149, 346 (Rn. 31).

Wie dieses Mindestmaß an demokratischer Legitimation internationaler oder zwischenstaatlicher Gerichtsbarkeit allerdings auszusehen hat, ist bislang in der Rechtsprechung des Gerichts nicht geklärt.

Die Ermächtigungsgrundlage zur Übertragung von Hoheitsgewalt auf zwischenstaatliche oder supranationale Rechtsprechungsorgane war zunächst Art. 24 Abs. 1 GG. Hier urteilte das Gericht regelmäßig, dass Art. 24 Abs. 1 GG dem deutschen Gesetzgeber ein weites Ermessen einräumt, ob und inwieweit er einer zwischenstaatlichen Einrichtung Hoheitsrechte einräumt und diese ausgestaltet. Bislang konnte das Gericht es ebenfalls regelmäßig dahinstehen lassen, inwieweit die Ermächtigungsgrundlage des Art. 24 Abs. 1 GG dabei genau durch die Grundprinzipien der Verfassung, insbesondere das Demokratieprinzip, begrenzt ist.

ZB BVerfGE 58, 1 (28); 59, 63 (86): „Wo diese Grenzen zu ziehen sind, (...) bedarf in diesem Zusammenhang indes keiner weiteren Klärung.“

Bisher wurde der Bedarf an demokratischer Legitimation von Richter*innen in der internationalen und zwischenstaatlichen Gerichtsbarkeit insgesamt eher vernachlässigt, da die Wirkungen ihrer Urteile auf Staaten und Staatsbürger*innen begrenzt waren. Gerichte jenseits des Nationalstaates sind aber mittlerweile zu wirk- und gestaltungsmächtigen Institutionen erstarkt. Das gilt auch für die Schiedsgerichtsbarkeit, insbesondere auch das ICS im CETA, weswegen die demokratische Legitimation auch der Richter*innen in der internationalen und zwischenstaatlichen Gerichtsbarkeit mehr und mehr in den rechtswissenschaftlichen Fokus rückt.

Bogdandy/Krenn, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern, in: JZ 2014, S. 529 (529 f.).

Die bisher nicht als notwendig empfundene Diskussion über eine demokratische Legitimation von Richter*innen in der internationalen oder zwischenstaatlichen Gerichtsbarkeit spiegelt sich in der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Gerichts. Das Gericht hat eine Beteiligung Deutschlands an supra- oder internationalen Gerichten noch nie in Zweifel gezogen, war aber bis vor Kurzem auch noch nicht wegen deren fehlender demokratischer Legitimation angerufen worden.

Jetzt aber zum Einheitlichen Patentgericht BVerfGE 153, 74 (Rn. 105 f.). Hier hat das Gericht die Demokratierügen der Beschwerdeführer bereits als unzulässig zurückgewiesen, weil die Ausführungen nicht substantiiert genug gewesen waren, um die Möglichkeit einer Verletzung des Demokratieprinzips gemäß Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 iVm Art. 79 Abs. 3 GG ausreichend darzulegen. Es hätte einer näheren Auseinandersetzung mit den Anforderungen an die demokratische Legitimation von Rechtsprechungsaufgaben im supranationalen Kontext und der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hierzu bedurft.

Gerügt und entschieden worden ist vom Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der supra- oder zwischenstaatlichen Gerichtsbarkeit bislang regelmäßig aber allein über Anforderungen an ein adäquates rechtstaatliches und grundrechtliches Schutzniveau zugunsten von den durch die Rechtsprechung der zwischenstaatlichen oder supranationalen Gerichtsbarkeit betroffenen einzelnen. Ein ausreichendes demokratisches Legitimationsniveau bei der Bestellung von Richter*innen in der jeweils in Rede stehenden zwischenstaatlichen bzw. unionalen Gerichtsbarkeit, das zu rügen allein die Identitätskontrolle nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG berechtigt, stand bisher nicht zur Debatte. Waren dagegen Ernennungsmodi von Richter*innen – hier vor allem in der nationalen Gerichtsbarkeit – fraglich, betrafen diese Rügen aus-

schließlich das Gebot der organisatorischen Trennung der Staatsgewalten und weniger ihr demokratisches Legitimationsniveau, so dass das Gericht auch insoweit nicht über das demokratische Legitimationsniveau der Rechtsprechung entschieden hat.

BVerfGE 73, 339 (376): „Ein unverzichtbares, zum Grundgefüge der geltenden Verfassung gehörendes Essentiale sind jedenfalls die Rechtsprinzipien, die dem Grundrechtsteil des Grundgesetzes zugrundeliegen. (...) Sofern und soweit mithin einer zwischenstaatlichen Einrichtung im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG Hoheitsgewalt eingeräumt wird, die im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland den Wesensgehalt der vom Grundgesetz anerkannten Grundrechte zu beeinträchtigen in der Lage ist, muß, wenn damit der nach Maßgabe des Grundgesetzes bestehende Rechtsschutz entfallen soll, statt dessen eine Grundrechtsgeltung gewährleistet sein, die nach Inhalt und Wirksamkeit dem Grundrechtsschutz, wie er nach dem Grundgesetz unabdingbar ist, im wesentlichen gleichkommt. Dies wird in aller Regel einen Individualrechtsschutz durch unabhängige Gerichte gebieten, die mit hinlänglicher Gerichtsbarkeit, insbesondere mit einer dem Rechtsschutzbegehren angemessenen Prüfungs- und Entscheidungsmacht über tatsächliche und rechtliche Fragen ausgerüstet sind, auf Grund eines gehörigen Verfahrens entscheiden, das rechtliches Gehör, dem Streitgegenstand angemessene Angriffs- und Verteidigungsmittel und frei gewählten, kundigen Beistand ermöglicht und deren Entscheidungen gegebenenfalls die Verletzung eines Grundrechts sachgerecht und wirksam sanktionieren.“

BVerfGE 58, 1 (30): „Die Grenzen, die dieser Übertragungsermächtigung von Grundprinzipien der Verfassung her gezogen sind, könnten überschritten sein, wenn bei der Gründung einer zwischenstaatlichen Einrichtung und ihrer rechtlichen und organisatorischen Ausgestaltung dem – schon im Rechtsstaatsprinzip verankerten – Grundprinzip eines wirksamen Rechtsschutzes Abbruch getan wäre.“

BVerfGE 59, 63 (86): „(...) mit Blick auf die Grundprinzipien der Verfassung bestehende Grenzen dieser ‚Übertragungsermächtigung‘ könnten überschritten sein, wenn bei der Schaffung einer zwischenstaatlichen Einrichtung und bei ihrer organisatorischen und rechtlichen Ausgestaltung der – schon im Rechtsstaatsprinzip verankerten – Gewährleistung eines wirksamen Rechtsschutzes gegen Akte der öffentlichen Gewalt nicht hinreichend Rechnung getragen wurde.“

BVerfGE 149, 346 (Rn. 33): „Zum im Rahmen zwischenstaatlicher Einrichtungen zu sichernden Mindestmaß an Grundrechtsschutz gehört die Garantie eines wirkungsvollen Rechtsschutzes.“

BVerfGE 148, 69 (Rn. 46): „Zu prüfen ist insbesondere, ob die Bestellung von Richtern auf Zeit dem Gebot der organisatorischen Trennung von Rechtsprechung und Verwaltung (2.) gerecht wird und ob die sachliche und die persönliche Unabhängigkeit (3. und 4.) sowie die Unparteilichkeit (5.)“ gewahrt ist.

Anhaltspunkte für ein einzuhaltendes Mindestmaß an demokratischer Legitimation von supra- bzw zwischenstaatlichen Einrichtungen zieht das Bundesverfassungsgericht idR aus der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR und in unionalen Zusammenhängen sowohl aus dem Unionsrecht als auch der Rechtsprechung des EuGH.

BVerfGE 148, 69 (Rn. 46).

Vom EGMR liegen bislang allerdings Judikate zum demokratischen Legitimationsniveau von zwischenstaatlichen Gerichten nicht vor.

Und weder auf der unionalen Ebene noch im europäischen Menschenrechtsregime besteht eine vergleichbar ausgearbeitete Dogmatik zur demokratischen Legitimation

von Staatsgewalt aus dem Demokratieprinzip. Das gilt vor allem für die Legitimierung der Dritten Gewalt, obwohl es kaum Hoheitsträger gibt, denen so weitreichende und unkontrollierte Entscheidungsbefugnisse eingeräumt werden, wie den Richter*innen, die lediglich dem Recht verpflichtet werden, das sie anwenden sollen – und ansonsten weisungsunabhängig agieren. Einigkeit besteht deshalb aber zumindest darüber, dass ihre Tätigkeit der demokratischen Legitimation bedarf.

Vofskuhle/Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, in: JZ 2002, S. 673 (674); *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR. Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 11 f., 22 ff.

In anderen Staaten werden hier nicht unbedingt positive Vermittlungsakte des Parlaments gefordert. Zumindest das Unionsrecht enthält aber in Art. 2 EUV und Art. 10 bis 12 EUV Anforderungen an die demokratische Legitimation von Hoheitsgewalt sowohl auf unionaler wie auch nationaler Ebene. Auf unionaler Ebene gilt ebenfalls das Repräsentationsprinzip nach Art. 10 EUV, zu dem ua auch eine parlamentarische Legitimation und Kontrolle der öffentlichen Gewalt gehört, die für die Arbeitsweise der Union allgemein gilt und damit auch für alle Verfassungsorgane der EU. Die Gerichtsbarkeit ist also vom Demokratieprinzip des EUV umfasst, obwohl diese nicht ausdrücklich in den entsprechenden Normen benannt ist. Diese Auslegung entspricht der demokratischen Tradition der Union, nach der alle Staatsgewalt demokratisch legitimiert sein muss. Aus dem Repräsentationsprinzip, das in den genannten Normen des Unionsrechts verankert ist, leitet das Bundesverfassungsgericht für die nationale Ebene das Erfordernis der ununterbrochenen Legitimationskette ab und wendet es im unionalen Kontext auf die europäische Bankenunion auch an.

Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schorkeopf, EUV, 2023, Art. 2 Rn. 30; BVerfGE 151, 202 (Rn. 135).

Die hieraus resultierenden Kategorien der funktionellen, personellen und der sachlichen Legitimation sind deshalb prinzipiell auch tauglich, um den erforderlichen Minimalstandard an demokratischer Legitimation in zwischenstaatlichen Gerichten zu überprüfen.

Classen, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, in: EuZW 2014, 611 (615).

(2) Hohes Legitimationsniveau: Verfassungsgerichtsähnliche Stellung des CETA-Gerichts

Das CETA-Gericht muss insgesamt ein hohes Legitimationsniveau aufweisen. Für ein hohes Legitimationsniveau des CETA-Gerichts spricht, dass das CETA-Gericht funktional eine verfassungsgerichtsähnliche Stellung einnimmt, vor allem dann, wenn es Maßnahmen des nationalen Gesetzgebers auf ihre Vereinbarkeit mit den Regeln des Investitionsschutzes hin prüft. Zumindest aber übt das CETA-Gericht eine Art von machtvoller öffentlich-rechtlicher Gerichtsbarkeit aus, da ihm Entscheidungsmacht gegenüber der deutschen Staatsgewalt insgesamt eingeräumt wird und Grundrechte zumindest in ihrer Ausprägung als Schutzpflichten von seiner Rechtsprechung betroffen werden. Nach der std. Rspr des Bundesverfassungsgerichts muss das Legitimationsniveau von Hoheitsgewalt umso höher sein, je intensiver die Entscheidungen des Hoheitsträgers die Grundrechte berühren.

BVerfGE 93, 37 (70 ff.).

Das CETA ist zwar keine Verfassung und das CETA-Gericht darf explizit weder Maßnahmen des demokratischen Gesetzgebers noch anderer nationalstaatlicher Institutionen aufheben, da es keinen Primärrechtsschutz leistet. Das CETA-Gericht kontrolliert aber gleichwohl öffentlich-rechtliches Handeln der Vertragsstaaten und bewertet die Zielsetzung ihrer Gesetzgebung im Verhältnis zum Schutz von privaten kanadischen Investitionen. Es nimmt so zu wichtigen nationalen sozialen Fragen

nicht nur Stellung, sondern sanktioniert ihre gesetzgeberischen Lösungen, wenn es zu dem Ergebnis kommt, dass der Schaden an einer kanadischen Investition von dem verfolgten Gemeinwohlziel einer staatlichen Regulierung nicht aufgewogen wird. Daneben kann es die ausführenden Behörden sanktionieren, die diese bundes- oder landesgesetzgeberischen Aufträge gegenüber Investor*innen durchsetzen oder die nationalen Gerichte, die die behördlichen Maßnahmen gegenüber Investor*innen halten.

Der Investitionsschutz im CETA kann sich auf alle Arten von Maßnahmen der drei Staatsgewalten – Exekutive, Judikative und Legislative – beziehen. Aus dem CETA ergibt sich insoweit keine Einschränkung. Art. 8.2 Abs. 1 CETA bestimmt den Geltungsbereich des Investitionsschutzkapitels insofern umfassend, als dieses für alle „Maßnahmen“ der Vertragspartner gilt. Auch Art. 8.18 Abs. 2 CETA, der die Voraussetzungen für eine Klageerhebung vor dem CETA-Gericht konkretisiert, spricht ohne weitere Präzisierung ebenfalls von allen erdenklichen Maßnahmen der Vertragspartner, die von Investor*innen angegriffen werden können. Zusammen mit dem generellen Anwendungsbereich vom CETA, der in Art. 1.1 CETA definiert wird, ergibt sich ein weiter Maßnahmenbegriff, der nationale Gesetze mit umfasst: „Maßnahme ist ein Gesetz, eine sonstige Vorschrift, eine Regel, ein Verfahren, einen Beschluss, Verwaltungshandeln, eine Auflage, eine Praxis oder jede andere Form von Maßnahme einer Vertragspartei.“

Bungenberg/Hazariika/Adekemi, in: Bungenberg/Reinisch, CETA Investment Law, 2022, Art. 8.2 Rn. 13 ff.

Inhaltlich können sich Klagen gegen regulatorische Maßnahmen des deutschen Gesetzgebers und gegen Maßnahmen anderer Staatsgewalten vor allem auf drei Klagegründe stützen: die direkte oder indirekte Enteignung nach Art. 8.12 CETA und den

Grundsatz gerechter und billiger Behandlung (FET) einer kanadischen Investition nach Art. 8.10 CETA.

Die Vertragsparteien haben zwar zugleich ihr Regulierungsrecht in dem Vertrag stärker gemacht als in Freihandelsabkommen oder IIAs sonst üblich. Zum einen steht in der Präambel, dass CETA geschlossen wurde in der „Erkenntnis, dass die Bestimmungen dieses Abkommens den Vertragsparteien das Recht zugestehen, in ihren Gebieten regelnd tätig zu werden, und dass sie die Flexibilität der Vertragsparteien wahren, berechnete politische Ziele wie öffentliche Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz, öffentliche Sittlichkeit sowie Förderung und Schutz der kulturellen Vielfalt zu verfolgen.“ Ferner heißt es in der Präambel, „dass die Bestimmungen dieses Abkommens Investitionen sowie Investoren in Bezug auf ihre Investitionen schützen und eine beiderseitig vorteilhafte Wirtschaftstätigkeit fördern sollen, ohne das Recht der Vertragsparteien zu untergraben, im öffentlichen Interesse innerhalb ihrer Gebiete regelnd tätig zu werden.“

Dass die Vertragsparteien ihr *right to regulate* gegenüber dem Investitionsschutz im Vergleich zur üblichen Vertragspraxis stärken wollen, steht also außer Frage. Allerdings ist es durchaus nicht eindeutig, welche Rechtswirkungen mit den entsprechenden „Bekräftigungen“ im Vertragstext erzielt werden. Fraglich ist insbesondere, ob das *right to regulate* eine rechtliche Bedeutung zukommt, die über eine reine Interpretationshilfe für das CETA-Gericht hinausgeht, die den Stellenwert von Gemeinwohlzielen im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung betont. In Art. 2.1 des Kommissionsvorschlags für TTIP ist nämlich sehr viel eindeutiger als im CETA festgelegt, dass „provisions of this section shall not affect the right of the parties to regulate (...) to achieve legitimate policy objectives.“

Zitiert nach *Deutscher Bundestag*, Unterabteilung Fachbereich Europa, Ausarbeitung: Verhältnis des right to regulate zum Investitionsschutz, 2016, PE 6 – 3000 – 997/16, S. 25; kritisch *Ernst*, Fair and equitable treatment im CETA – Innovation im Spannungsfeld zwischen Investor und Staat, in: *KritV* 2015, S. 406 (424); *Escher/Sliskovic*, Aktuelle Entwicklungen des Investitionsschutzrechts, in: *RIW* 2016, S. 190 (195).

Das *right to regulate* wird speziell für das Investitionsschutzkapitel noch einmal „bekräftigt“. Art. 8.9 Abs. 1 CETA lautet: „Für die Zwecke dieses Kapitels bekräftigen die Vertragsparteien ihr Recht, zur Erreichung legitimer politischer Ziele wie des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, Sicherheit, des Schutzes der Umwelt oder der öffentlichen Sittlichkeit, des Sozial- oder Verbraucherschutzes oder der Förderung und des Schutzes der kulturellen Vielfalt in ihrem jeweiligen Gebiet Regelungen zu erlassen. Die Vertragspartner stellen ferner klar, dass „die bloße Tatsache, dass eine Vertragspartei – auch durch Änderung ihrer Gesetze – Regelungen in einer Art und Weise trifft, die sich auf eine Investition negativ auswirkt oder die Erwartungen eines Investors, einschließlich seiner Gewinnerwartungen, beeinträchtigt“, keinen Verstoß gegen eine Verpflichtung aus dem Investitionsschutzkapitel darstellt. Das gleiche Ziel verfolgt die Klarstellung in Anhang 8-A zum CETA. Hier heißt es unter Nr. 3: „Zur Klarstellung gilt, dass diskriminierungsfreie Maßnahmen einer Vertragspartei, die zu dem Zweck konzipiert und angewendet werden, den Schutz berechtigter Gemeinwohlziele wie öffentliche Gesundheit, Sicherheit und Umweltschutz zu gewährleisten, keine indirekte Enteignung darstellen (...).“ Anscheinend sehen die Vertragspartner aber auch darüber hinaus das Bedürfnis, ihre Regulierungsziele vor einer allzu investitionsfreundlichen Rechtsprechung des CETA-Gerichts weiter auszudehnen und zu schützen, sowie sicherzustellen, dass das CETA-Gericht den Willen der Vertragspartner ganz sicher nicht übersieht. Am 19. Februar 2021 hat der GCA den Beschluss Nr. 2 gefasst

DECISION No 2/2021 OF THE CETA JOINT COMMITTEE of 29 January 2021 adopting a procedure for the adoption of interpretations in accordance with Articles 8.31.3 and 8.44.3(a) of CETA as an Annex to its Rules of Procedure, ABl. EU L 59/45,

der ua wie folgt lautet „In accordance with Article 8.9.1 of the Agreement, the Parties reaffirm their right to regulate in the public interest to achieve legitimate public policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment, which includes climate change and biodiversity, public morals, social or consumer protection or the promotion and protection of cultural diversity.“ Ferner: „In accordance with paragraph 6(e) of the Joint Interpretative Instrument on the Agreement, in order to ensure that the Tribunals established under Section F (Resolution of investment disputes between investors and states) of Chapter Eight (Investment) of the Agreement in all circumstances respect the intent of the Parties as set out in the Agreement, the Agreement includes provisions that allow the Parties to issue binding notes of interpretation and the Parties reaffirm that Canada and the European Union and its Member States are committed to using these provisions to avoid and correct any misinterpretation of the Agreement by the Tribunals.“

Mit diesen Vertragsklauseln und Auslegungsinstrumenten soll das sog. *right to regulate* der vertragschließenden Staaten gegenüber Investor*innen und deren Klagefreudigkeit auch gegen legitime Regulierungen des nationalen Gesetzgebers stark gemacht werden. Dies war nötig geworden, weil eine Reihe von Schiedsgerichtsverfahren, die in verschiedenen Ländern gegen gemeinwohlverfolgende staatliche Regulierungen angestrengt wurden, die Auswirkungen auf ausländische Investitionen hatten, zuungunsten des beklagten Staates ausgingen und dieser zu horrenden Entschädigungs- bzw. Schadensersatzzahlungen verurteilt wurde.

ADC v Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16 v. 2. Oktober 2006, <https://www.italaw.com/cases/41>, Rn. 423: „The Tribunal *cannot accept the Respondent’s position that the actions taken by it against the Claimants were merely an exercise of its rights under international law to regulate its domestic economic and legal affairs*. It is the Tribunal’s understanding of the basic international law principles that while a sovereign State possesses the inherent right to regulate its domestic affairs, the exercise of such right is not unlimited and must have its boundaries. (...) Therefore, when a State enters into a bilateral investment treaty like the one in this case, it becomes bound by it and the investment-protection obligations it undertook therein must be honoured rather than be ignored by a later argument of the State’s right to regulate.“

Beim Fachpublikum und in der allgemeinen Öffentlichkeit hatte dies den untrüglichen Eindruck entstehen lassen, dass den ausländischen Investor*innen mit den schiedsgerichtlichen Verfahren aus Handels- bzw. Freihandelsabkommen ein enorm wirksames Druckmittel gegen die staatliche Gesetzgebung in die Hand gegeben worden war, das auf den Gesetzgeber einschüchternd wirkt und dessen regulatorische Spielräume einengt.

Als Grund für den hieraus resultierenden *regulatory chill* werden vor allem der Klagegrund des FET und derjenige der indirekten Enteignung angeführt. Zwar kann auch nach dem CETA eine Investorin bzw ein Investor durch seine Klage vor dem CETA-Gericht nicht veranlassen, dass dieses ein Gesetz wegen Verstoßes gegen das Abkommen aufhebt. Nach 8.39 Abs. 1 lit a) und b) CETA verurteilt das Gericht in einem endgültigen, von einer Berufungsinstanz allerdings überprüfaren Urteilsauspruch den beklagten Staat ausschließlich zu Schadensersatzzahlungen in Geld oder zur Rückerstattung von Vermögenswerten. Gleichwohl ist es auch unter CETA nach wie vor möglich, die Änderung der Rechtslage in einem Staat als Verletzung von FET-Standards oder als indirekte Enteignung zu qualifizieren, vor der Staaten aus

Furcht vor Investitionsschutzklagen mit unabsehbaren finanziellen Folgen zurückschrecken. Der Investitionsschutz kann damit zu mittelbaren Eingriffen in die Gestaltungsfreiheit des Gaststaates führen.

So auch *Ernst*, Fair and equitable treatment im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, in: KritV 2015, S. 406 (407 ff.); *Steinbach*, Investor-Staat-Schiedsverfahren und Verfassungsrecht, in: RabelsZ 2016, S. 1 (9).

Das CETA-Gericht kann potentiell Entscheidungen zu allen Gemeinwohlbelangen fällen, die der demokratisch gewählte Gesetzgeber eines Vertragsstaates verfolgen will, obwohl nicht ersichtlich ist, warum nicht auch die Vermögenswerte kanadischer Investor*innen der Allgemeinwohlbindung des Eigentums unterliegen sollen, während sich in einer regulativen Maßnahme des Gaststaates das allgemeine Risiko dynamischer Rechtsentwicklung manifestiert, über die abschließend der demokratisch gewählte Gesetzgeber entscheidet. Das CETA-Gericht kann nach seinen vertraglich vereinbarten Befugnissen jedenfalls ebenfalls Entscheidungen zu dem Stellenwert von Gemeinwohlzielen und von Grundrechten der nationalen Bevölkerung im Verhältnis zum Schutz einer kanadischen Investition treffen, ohne dass ein nationaler Instanzenzug eingehalten werden muss (vgl. ausführlich unten (3) (b)).

Damit übt das CETA-Gericht eine auch nationale hohe Wirkmächtigkeit aus, die der einer Verfassungsgerichtsbarkeit funktional nahekommt. Seine demokratische Legitimation sollte auch im Rahmen des erforderlichen Mindestmaßes auf supra- bzw. zwischenstaatlicher Ebene hoch sein. Denn aus dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes, das das Gericht als Politikermöglichungsprinzip vor allen in diesen supra- und internationalen Zusammenhängen auslegt, ergibt sich, dass Richter*innen, die über Regulierungsmaßnahmen des nationalen Gesetzgebers zu Gericht sitzen und

seinen Gestaltungsspielraum einschränken können, in besonders hohem Maße demokratisch legitimiert sein müssen.

Stürner, Rechtspflege durch unabhängige Organe oder Institutionen – ein Grundprinzip der Rechtsstaatlichkeit?, in: JZ 2017, S. 905 (917): Schiedsgerichte bedürfen einer verstärkten demokratischen Legitimation.

Das CETA-Gericht als verbessertes Schiedsgericht übt hierbei eine mittelbare Gestaltungsmacht aus, die derjenigen anderer internationaler Gerichte, die mit Staatenklagen beschäftigt werden, wie dem EGMR und dem IGH sogar überlegen ist.

Der EGMR wacht durch seine Rechtsprechung über die Befolgung und Konkretisierung der in der EMRK positivierten Menschenrechte. Er ist ein Organ der EMRK und wurde durch völkerrechtlichen Vertrag nach Art. 59 Abs. 2 GG installiert.

Umfassend *Nußberger*, Europäische Menschenrechtskonvention, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 209 Rn. 62 ff.

Verfahrens- und Parteigestaltungen vor dem EGMR sind denen in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nach dem CETA ähnlich. Nach Art. 34 EMRK kann eine Privatperson den EGMR im Wege der Individualbeschwerde gegen eine staatliche Maßnahme wegen Verletzung der menschenrechtlichen Verpflichtungen aus der EMRK anrufen. Vergleichbar sind der Rechtsweg einer Privatperson zum EGMR und die Auswirkungen des Urteils des EGMR auf den verklagten und unterlegenen Staat aber mit der Investitionsschutzgerichtsbarkeit nicht. Eine Individualbeschwerde vor dem EGMR ist erst nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs nach Art. 35 EMRK überhaupt zulässig. Dabei gehört sogar die Verfassungsbeschwerde zum BVerfG nach gefestigter Rechtsprechung des EGMR zum vorab zu durchlaufenden

Rechtsweg im Sinne des Art 35 EMRK. Bei menschenrechtsberührenden Maßnahmen wird Vertragsstaaten ein *margin of interpretation* eingeräumt. Die nationale Rechtsprechung gibt dem EGMR wertvolle Orientierungshilfen bei seiner eigenen Entscheidungstätigkeit. Diese *local remedies rule* gilt beim ICS in CETA nicht. Die Verflechtung der Schiedsgerichtsbarkeit mit dem nationalen Rechtsweg und dem nationalen Recht fehlt beim ICS – im Gegenteil ignoriert das CETA-Gericht das nationale Recht als anwendbares Recht (Art. 8.31 Abs. 2 CETA). Zwar sind auch Urteile des EGMR für die unterlegenen Vertragsstaaten bindend. Die Mitgliedstaaten sind in allen Rechtssachen, in denen sie Partei waren, nach Art. 46 Abs. 2 EMRK verpflichtet, endgültige Urteile des EGMR zu befolgen. Die Urteile des EGMR haben im Wesentlichen aber feststellenden Charakter – während die gestaltenden Urteile des CETA-Gerichts die Vertragsstaaten zu Zahlungen verpflichten. Wie dem ICS ist es auch dem Gerichtshof nicht möglich, die Maßnahme einer Vertragspartei unmittelbar aufzuheben. Auch ansonsten fehlt den Urteilen des EGMR die Durchgriffswirkung und vor allem der Zwang. Da die EMRK keine Regelung enthält, wie ein Judikat des EGMR in das mitgliedstaatliche Recht hineinwirkt, kann die nationale Staatsgewalt von diesem auch abweichen. Nach der std. Rspr. des Bundesverfassungsgerichts müssen deutsche Organe die Urteile des EGMR keinesfalls umstandslos befolgen. Sie müssen sie nur „berücksichtigen“. Dies bedeutet lediglich, dass die EMRK und die Urteile des EGMR zur Kenntnis genommen werden und in den Willensbildungsprozess der betreffenden Staatsgewalten einfließen.

BVerfGE 111, 307 (Rn. 38 ff.).

Dass die Urteile des CETA-Gerichts eine reine Feststellungswirkung hätten, die die unterlegenen Vertragsstaaten bloß zu berücksichtigen hätten, wird man angesichts ihrer weltweiten Vollstreckbarkeit wohl nicht annehmen können. Anders als beim

EGMR ist beim ICS eine deutlich stärker ausgeprägte Beeinträchtigung der nationalen Gestaltungsmacht festzustellen, da die Urteile des CETA-Gerichts unmittelbar in der deutschen Rechtsordnung vollstreckbar sind.

Die erhöhte Rechtsmacht des CETA-Gerichts gilt auch im Vergleich des ICS mit dem IGH. Der IGH ist ein reines zwischenstaatliches Gericht, vor dem Privatpersonen nach Art. 34 Abs. 1 IGH-Statut schon nicht klageberechtigt sind. Die Entscheidungen des IGH entfalten keine Durchgriffswirkung in die deutsche Rechtsordnung.

Seiner Einfluss- und Gestaltungsmacht entsprechend hoch muss das effektive Legitimationsniveau der CETA-Gerichtsbarkeit sein. Auch bei Berücksichtigung des Gesamtbildes aller Legitimationsstränge, aller Kompensationsmöglichkeiten von Einflussknicken und Rechtfertigungsmöglichkeiten dieser Einflussknicke erreicht das ICS im CETA dieses Legitimationsniveau nicht.

(3) Personelle und sachliche Legitimation des CETA-Gerichts

Das CETA-Gericht und seine Richter*innen müssen sowohl personell (a) als auch sachlich (b) auf einem hohen Niveau effektiv legitimiert sein. Ausgangspunkt der demokratischen Legitimation ist das Prinzip der Volkssouveränität in Art. 20 Abs. 2 GG, nach dem alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht. Alles hoheitliche Handeln muss sich auf den Willen des Volkes zurückführen lassen können. Das gilt auch im supranationalen und zwischenstaatlichen Kontext, denn zur Identitätskontrolle des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 23 Abs. 1 GG gehört „namentlich der in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG verankerte Grundsatz der Volkssouveränität“ und der damit zusammenhängende Anspruch der Bürger*innen, nur einer öffentlichen Gewalt ausgesetzt zu sein, die sie auch legitimieren und beeinflussen können.

BVerfGE 142, 123 (Rn. 123); 151, 202 (Rn. 115).

In personeller Hinsicht ist Hoheitsgewalt legitimiert, wenn sich die Bestellung derjenigen, die sie ausüben, durch eine ununterbrochene Legitimationskette auf das Staatsvolk zurückführen lässt.

BVerfGE 130, 76 (124).

Die sachliche Legitimation verlangt die Übereinstimmung der hoheitlichen Handlungen mit dem Willen des Volkes. Sie wird bei der Dritten Gewalt vor allem durch die Gesetzesbindung der Richter*innen hergestellt, die damit einer parlamentarisch vermittelten inhaltlichen Steuerung ihrer Entscheidungen unterliegen.

Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 189 uö.

(a) Kein ausreichendes personelles Legitimationsniveau des ICS

Die personelle Legitimation der Richter*innen am CETA-Gericht enthält eine Reihe von Einflussknicken bzw. Einflussausfällen und ist schwach ausgeprägt. Für verfassungsrechtlich problematisch hat dies auch bereits die Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Zusammenhang mit früheren Verfassungsbeschwerden gegen das CETA gehalten.

BVerfGE 160, 208 (Rn. 119): Ein Verfassungsverstoß ergibt sich „mit Blick auf den mangelnden Einfluss der Bundesrepublik Deutschland auf die Bestellung der Richter durch den Gemischten CETA-Ausschuss.“

Die Richter*innen am CETA-Gericht – sowohl der ersten Instanz als auch der Berufungsinstanz – werden durch den GCA ernannt. Der GCA ernennt nach Art. 8.27 Abs. 2 CETA bei Inkrafttreten des Abkommens die zunächst 15 Richter*innen des Gerichts der ersten Instanz für eine Amtszeit von zunächst fünf Jahren, die einmalig verlängert werden kann (Art. 8.27 Abs. 5 CETA). Die Richter*innen der Rechtsbehelfsinstanz werden nach Art. 8.28 Abs. 3 CTEA im Wege eines Beschlusses des

GCA ernannt, mit dem der GCA gleichzeitig nach Art. 8.28 Abs. 7 lit. f) auch deren Anzahl festlegt. Da ansonsten kein anderes Beschlussorgan im Zusammenhang mit der Richter*innenernennung im CETA benannt ist, wird der GCA wohl nicht nur bei Inkrafttreten, sondern dauerhaft für die Ernennung von Richter*innen zuständig sein.

(aa) Dass ein ausreichender deutscher Einfluss auf die Ernennung der Richter*innen stattfindet, ist nicht gesichert. Es ist nicht klar, dass die Kandidat*innenliste für das CETA-Gericht einstimmig mit Zustimmung Deutschlands beschlossen wird. Nach Art. 26.1 Abs. 1 CETA besteht der GCA aus Vertretern der Union und Vertretern Kanadas. Ein deutscher Vertreter bzw. eine deutsche Vertreterin sitzt nicht im GCA. Damit ist das deutsche Wahlvolk auch an der personellen Rückbindung der CETA-Gerichtsbarkeit nicht unmittelbar beteiligt. Die Beschlussfassung im GCA wird aber im Verfahren nach Art 218 Abs. 8 o. 9 AEUV auf einen Vorschlag der Kommission hin vom Rat bzw. von den im Rat vereinten Vertreter*innen der Mitgliedstaaten – und damit auch Deutschlands – gleichzeitig verabschiedeten Beschluss über eine Nominierungsliste vorbereitet.

Unklar ist, ob die Ernennung der Richter*innen mit qualifizierter Mehrheit nach Art. 218 Abs. 8 AEUV oder einstimmig nach Art. 218 Abs. 9 AEUV passieren wird (vgl. ausführlich oben). Aus der hier möglicherweise einschlägigen Erklärung Nr. 19, die bei der Annahme des Beschlusses über die Unterzeichnung vom CETA durch den Rat der Europäischen Union bezüglich der vorläufigen Anwendung vom CETA (vgl. Ratsdokument 10972/1/16 REV 1 vom 26. Oktober 2016) in das Ratsprotokoll aufgenommen worden ist (Ratsdokument 13463/1/16 REV 1 vom 27. Oktober 2016), heißt es zum Abstimmungsverfahren im Rat wörtlich: „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.“

Bei der Auswahl von Richter*innen für den CETA-Gerichtshof aus den Vorschlägen der Mitgliedstaaten geht es aber technisch gesehen nicht um einen Standpunkt, den der Rat und die Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine inhaltliche Entscheidung des GCA einnehmen wollen, sondern um die Erstellung einer Kandidat*innenliste. Allein deshalb ist bereits zweifelhaft, ob die Erklärung Nr. 19 die Richter*innennominierung durch den Rat erfasst. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht selbst in seiner zweiten Entscheidung zur vorläufigen Anwendung vom CETA einschränkend festgestellt:

„Mit Blick auf die Entscheidungsverfahren sieht das Abkommen vor, dass der Gemischte CETA-Ausschuss seine Beschlüsse einvernehmlich trifft (Art. 26.3 Abs. 3 CETA-E). Auch wenn er Beschlüsse daher nicht gegen die Stimme der Europäischen Union fassen kann, gibt es insoweit keine gesicherte Einwirkungsmöglichkeit der Bundesrepublik Deutschland. (...) Soweit die Mitgliedstaaten in den Ausschüssen nicht vertreten sind, können sie lediglich mittelbar auf deren Verfahren und Entscheidungen einwirken, indem sie nach Art. 218 Abs. 9 AEUV in einem Beschluss des Rates den Gemeinsamen Standpunkt festlegen, den der Vertreter der Europäischen Union in den CETA-Ausschüssen zu vertreten hat. Dieser Einfluss ist indes dadurch begrenzt, dass der Rat – soweit nichts anderes festgelegt ist – mit qualifizierter Mehrheit beschließt (Art. 16 Abs. 3 EUV, Art. 218 Abs. 8 UAbs. 1 AEUV). Vor diesem Hintergrund dürfte in der Regel Art. 218 Abs. 9 AEUV Anwendung finden, wenn der Gemischte CETA-Ausschuss beschließt, *die Protokolle und Anhänge von CETA zu ändern* (vgl. Art. 30.2 Abs. 2 Satz 1 CETA-E), oder wenn er *verbindliche Auslegungen von CETA vornimmt* (vgl. Art. 8.31 Abs. 3 Satz 2, Art. 26.1 Abs. 5 Buchstabe e CETA-E).“

BVerfGE 143, 65 (Rn. 63 f.).

Davon, dass Art. 218 Abs. 9 AEUV auch auf die Erstellung einer Kandidat*innenliste für das CETA-Gericht Anwendung finden wird, geht das Gericht wohl selbst nicht aus. Deswegen besteht bereits hier ein nicht ausgleichbares Legitimationsdefizit in der personellen Legitimation der Richter*innen des CETA-Gerichts, da ein deutscher Vertreter bzw eine deutsche Vertreterin im Rat, der dann mit Mehrheit nach Art. 218 Abs. 8 AEUV überstimmt werden könnte. Denn das Bundesverfassungsgericht führt weiter aus: „Die demokratische Legitimation und Kontrolle derartiger Beschlüsse erscheint mit Blick auf Art. 20 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 2 GG prekär und dürfte wohl nur gewährleistet sein, wenn mitgliedstaatliche Zuständigkeiten oder die Reichweite des Integrationsprogramms berührende Beschlüsse nur mit der Zustimmung Deutschlands gefasst werden. Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen, dass hierdurch das Gesetzgebungsrecht und die Integrationsverantwortung des Bundestages verletzt würden.“

BVerfGE 143, 65 (Rn. 65); 142, 123 (Rn. 110 f.).

Diese verfassungsgerichtlichen Zweifel an der inhaltlichen Legitimation von Beschlüssen des GCA sind verallgemeinerbar und auch auf die personelle Legitimation des CETA-Gerichts zu beziehen, da durch das fehlende Erfordernis der Zustimmung der Bundesrepublik Deutschland zu der Nominierungsliste nicht nur ein Einflussknick entsteht, sondern sogar ein Einflussausfall bei der personellen Legitimation des CETA-Gerichts.

Der Legitimationsstrang der personellen Legitimation des CETA-Gerichts zerfasert weiter in eine den Kern des Demokratieprinzips berührende Weise, weil auch aus anderen Gründen nicht klar ist, ob der Rat bei der Nominierung der Richterkandidat*innen überhaupt einen einstimmigen Beschluss fassen muss. Die mit Erklärung Nr. 19 zum Ratsprotokoll anlässlich der Unterzeichnung formulierte Selbstverpflichtung zur Einstimmigkeit von Ratsbeschlüssen im Zusammenhang des CETA nach

Art. 218 Abs. 9 AEUV wirkt lediglich für dessen vorläufige Anwendung, nicht aber für den endgültigen Abschluss des Abkommens (vgl. ausführlich oben).

Die Kommission, der Rat und die Mitgliedstaaten haben insgesamt 38 Erklärungen zum Verständnis und zur Auslegung von CETA vor dessen vorläufiger Anwendbarkeit abgegeben.

Das BVerfG argumentiert in seinem Beschluss vom 7.12.2016

BVerfGE 144, 1 (Rn. 30)

damit, dass die Erklärung Nr. 19 dahin auszulegen sei, dass „bei einer etwaigen Beschlussfassung (...) im *Rahmen der vorläufigen Anwendung von CETA* alle mitgliedstaatlichen Belange zu berücksichtigt werden.“ Es ging damals dem BVerfG darum, klarzustellen, dass diese Erklärung eben nicht auf nur mitgliedstaatliche Zuständigkeitsfelder begrenzt sei, denn „andernfalls ergäbe die Erklärung Nr. 19 keinen Sinn, da der GCA im Rahmen der vorläufigen Anwendung ohnehin nicht über Angelegenheiten“ in nationaler Zuständigkeit entscheiden kann. Wollte man nun behaupten, die Erklärung gelte auch für den Abschluss des gesamten CETA, hätte diese Formulierung der Erklärung ja auch von Anfang an Sinn gehabt. Im Umkehrschluss ergibt sich, dass auch für das BVerfG der Kontext der vorläufigen Anwendung bedeutend für die Auslegung der Erklärung Nr. 19 war. (Vgl. näher oben)

Ferner schafft die Erklärung lediglich einen Vertrauenstatbestand bezüglich des künftigen Verfahrens zur Festlegung eines unionalen Standpunkts, deren Bindungswirkung in Ermangelung einschlägiger Rechtsprechung des EuGH hierzu nicht abschließend beurteilbar ist.

Deutscher Bundestag, Unterabteilung Europa, Ausarbeitung: zur rechtlichen Wirkung der Protokollerklärungen anlässlich des Erlasses der Ratsbeschlüsse über die Unterzeichnung und vorläufige Anwendung des CETA, 2016, PE 6 – 3000 – 156/16, <https://www.bundestag.de/resource/blob/490520/e8329bdb919138d4e75e9421f2a743f8/pe-6-156-16-pdf-data.pdf>, S. 22.

Sollte die Erklärung Nr. 19 auf die endgültige Anwendung des CETA nicht anwendbar sein, dann entsteht auch dadurch ein Einflussausfall des Parlaments bei der personellen Legitimation des CETA-Gerichts.

(bb) Darüber hinaus hat die Mitwirkung der Bundesregierung an der Ernennung der Richter*innen durch den GCA allenfalls einen homöopathischen Effekt, da sie wiederum nur eine sehr mittelbare Auswirkung auf die letztendliche Ernennung durch den GCA hat. Gesetzt den Fall, der Rat entscheidet über die Nominierung der Kandidat*innen nach Art. 218 Abs. 9 AEUV einstimmig – was hier bestritten wird. Dann wird von allen Mitgliedstaaten einstimmig über die Nominierungsliste entschieden. Hieran wirkt der deutsche Vertreter / die deutsche Vertreterin im Rat mit. Die letzte Auswahlentscheidung obliegt allerdings dann dem GCA, in dem keine deutschen Vertreter*innen sitzen. Der GCA hat hier ein weites Auswahlmessen und ist an ein eventuelles Ranking in der Vorschlagsliste des Rates nicht gebunden. Formal wird hier der Legitimationsstrang der personellen Legitimation immer bröseliger.

Die parlamentarische Rückbindung internationaler Gerichte ist insgesamt nicht sehr stark ausgeprägt. Trotzdem ist beim CETA-Gericht ein gesteigertes Legitimationsdefizit gegeben. Zum Vergleich ist die Mitwirkung zumindest der Bundesregierung bei der Ernennung von Richter*innen an internationalen Gerichtshöfen eine sehr viel unvermitteltere. Zudem gibt es Ernennungsverfahren zu internationalen Gerichten, an denen die Parlamente direkt beteiligt sind, obwohl die Auswirkungen von

deren Rechtsprechung auf Grundrechte des Grundgesetzes und das kollektive Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes, das über Art. 38 Abs. 1 GG geschützt wird, nicht so hoch ist, die des ICS

Die Richterinnen und Richter des EuGH werden nach Art. 19 EUV und Art. 253 AEUV von ihren Regierungen im gegenseitigen Einvernehmen für sechs Jahre ernannt. Die sich an den innerstaatlichen Auswahlprozess nach § 1 Abs. 3 RiWG anschließende einvernehmliche Ernennung der Richter und Generalanwälte nach Anhörung des in Art. 255 AEUV vorgesehenen Ausschusses erfolgt intergouvernemental durch die im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten mittels eines sog. uneigentlichen Ratsbeschlusses.

Calliess/Ruffert/*Wegener*, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 253 Rn. 1.

Und selbst dieses Auswahlverfahren wird als demokratisch unzulänglich betrachtet.

zB *Thiele*, Das Rechtsschutzsystem nach dem Vertrag von Lissabon – (K)ein Schritt nach vorn?, in: EuR 2010, S. 30 (33 f.): „Das (nationale) Auswahlverfahren sollte sich angesichts der besonderen Bedeutung der Richter des EuGH vielmehr insgesamt an dem Wahlverfahren für die Richter des Bundesverfassungsgerichts orientieren.“

Anders als das ICS ist der EuGH allerdings explizit in Art. 23 Abs. 1 a GG benannt und genießt deshalb eine besonders hohe funktionelle demokratische Legitimation. Das Grundgesetz setzt seine Existenz voraus und nimmt insoweit die Bedingungen für die Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an der europäischen Integration als gegeben hin. Deshalb kann die Unterwerfung unter den EuGH nicht die deutsche Verfassungsidentität betreffen. Das Gericht erkennt den EuGH deshalb auch als gesetzlichen Richter iSd Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG an.

BVerfGE 126, 286 (Rn. 88).

Und auch die dem EuGH zugewiesenen Streitgegenstände sind von anderer Natur als die dem ICS im CETA zugewiesenen Verfahren. Entweder handelt es sich bei Verfahren vor dem EuGH um unionsinterne Streitigkeiten, die zwischen den europäischen Organen selbst oder zwischen den Organen und den Mitgliedstaaten geführt werden (zB Art. 259 AEUV u. Art. 263 AEUV). Oder es handelt sich um Vorabentscheidungsverfahren, die nach Art. 267 AEUV auch von Privatpersonen gegen Mitgliedstaaten angestrengt werden können. Auch wenn Vorabentscheidungsverfahren in der Konstellation Privater/Staat mit der verfahrensrechtlichen Situation in Investitionsstreitigkeiten vor dem CETA-Gericht ähneln mögen, sind sie ihnen doch keineswegs vergleichbar. Das Vorabentscheidungsverfahren ist in den nationalen Rechtsweg eingebunden. Es führt keine letztverbindliche Entscheidung herbei. Das ICS im CETA dagegen schließt den nationalen Rechtsweg aus und urteilt genauso letztverbindlich wie vollstreckbar. Damit wird dem CETA-Gericht eine Autonomie eingeräumt, die sogar dem EuGH nicht zukommt.

Nach Art. 4 IGH-Statut werden die Mitglieder des Internationalen Gerichtshofs von der Generalversammlung und vom Sicherheitsrat auf Grund einer Liste von Personen, die von den nationalen Gruppen des Ständigen Schiedshofs benannt worden sind, gewählt. Nach Art. 9 SVN besteht die Generalversammlung aus allen Mitgliedern der Vereinten Nationen, so auch aus einem deutschen Regierungsvertreter. Jeder Mitgliedsstaat hat eine Stimme in der Generalversammlung. Auch hier ist ein deutscher Regierungsvertreter unmittelbar an der Auswahl der Richter*innen des IGH beteiligt.

Das gleiche sollte im Übrigen auch für das einheitliche Patentgericht gelten. Hier wurde zur Durchführung des Abkommens nach Art. 12 EPGÜ ein Verwaltungsausschuss eingerichtet, der u.a. für die Auswahl der Richter*innen des Patentgerichts auf der Grundlage einer Liste zuständig sein sollte. In dem Verwaltungsausschuss sollten alle Vertragsstaaten des Patentgerichts vertreten sein und einvernehmlich über die Richter*innenauswahl entscheiden.

Das reichte BVerfGE 153, 74 (Rn. 106) für dessen personell-demokratische Legitimation.

Die Ernennung der Richter*innen am EGMR richtet sich nach den Art. 20 ff. EMRK. Die Zahl der Richter des Gerichtshofes entspricht derjenigen der Vertragsparteien der Konvention (Art. 20 EMRK). Jede Vertragspartei der EMRK, damit auch Deutschland, kann drei Kandidat*innen vorschlagen. Nach Art. 22 EMRK werden dann von der Parlamentarischen Versammlung des Europarates für jeden Mitgliedstaat mit Stimmenmehrheit aus dieser Liste von drei Kandidaten gewählt, eine Richterin bzw ein Richter ausgewählt. Die Parlamentarische Versammlung des Europarats ist ein parlamentarisches Gremium auf europäischer Ebene. Ihm gehören inzwischen 306 Parlamentarier aus den Mitgliedsstaaten des Europarats und ebenso viele Stellvertreter an. Der Deutsche Bundestag ist mit einer 18-köpfigen Delegation und entsprechend vielen Stellvertreter*innen vertreten. Das deutsche Parlament ist hier also unmittelbar an der Richter*innenauswahl beteiligt.

Zwar kann nicht erwartet werden, dass alle legitimatorischen Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht bzw das Grundgesetz an die rechtsprechende Gewalt stellen, auch auf supranationaler bzw zwischenstaatlicher Ebene eingehalten werden müssen. Hier geht es aber um das nationale Verfahren, genauer, inwieweit das nationale Parlament in das Auswahlverfahren der Richter auf der Vorstufe der eigentli-

chen Auswahlentscheidung durch den GCA eingebunden sein muss. Und diese Einbindung ist defizitär, wenn das Parlament nicht beteiligt ist oder mangels Mitwirkung der Bundesregierung Entscheidungen nicht effektiv kontrollieren kann.

(cc) Selbst wenn an dem Auswahlverfahren der Richter*innen ganz mittelbar und weit im Vorfeld ein deutscher Vertreter beteiligt ist, und die Ratsbeschlüsse auf diesem Anwendungsfeld vom CETA einstimmig zu ergehen haben sollten, weist die Rückbindung des endgültigen Beschlusses an das Parlament kein ausreichend effektives, kompensatorisches Mindestniveau auf. Art. 26.3 Abs. 2 CETA legt die Bindungswirkung der Beschlüsse des GCA fest unter dem Vorbehalt, „der Erfüllung etwaiger interner Anforderungen und des Abschlusses etwaiger interner Verfahren.“ Ein Beschluss des GCA bedarf der internen Festlegung des Standpunktes der Union, an der ein deutscher Vertreter bzw eine deutsche Vertreterin mitwirkt, die ihrerseits wieder an nationale Verfahren gebunden ist. Die Mitwirkung des Vertreters bzw der Vertreterin der Bundesregierung an der Entscheidung im Rat über die Kandidat*innenliste ist aber trotzdem nicht in einem ausreichenden Maße an die Parlamentsrechte aus Art. 23 Abs. 2 GG, §§ 3 ff. EuZBBG und die sonstigen weichen Kontrollinstrumente des Bundestages gegenüber der Bundesregierung zurückgebunden.

Dem Bundestag wird durch Art. 23 Abs. 2 u. 3 GG und §§ 3 ff. EuZBBG eine aktive Rolle in den Angelegenheiten der Europäischen Union zugewiesen. Der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte damit einen Ausgleich für die mit der fortschreitenden europäischen Integration verbundenen Kompetenzverluste des Parlaments schaffen. Die Kompetenzverluste des Bundestages im Zeitalter globalen Regierens stellen die parlamentarische Demokratie auf nationaler Ebene vor besondere Herausforderungen, weil das Parlament aus der Rolle der zentralen Entscheidungsinstanz verdrängt wird. Eine stärkere Einbindung der nationalen Parlamente in den Integrationsprozess kann deren Kompetenzverluste gegenüber der jeweiligen nationalen Regierung

aber nur ausgleichen, wenn sie effektiv ist. Eine besondere Ausprägung des Mitwirkungsrechts für Rechtsetzungsakte der Europäischen Union enthält Art. 23 Abs. 3 GG. Hiernach hat der Bundestag ein Recht zur Stellungnahme vor Mitwirkung der Bundesregierung an Rechtsetzungsakten der Europäischen Union. Die Bundesregierung berücksichtigt die Stellungnahmen des Bundestages bei den Verhandlungen im Rat. Die Beschlussfassung im GCA wird mangels anderer Anhaltspunkte sowohl bei der Ernennung der Richter*innen der ersten Instanz des CETA-Gerichts als auch bei der Ernennung der Richter*innen der Berufungsinstanz im Verfahren nach Art 218 Abs. 8 o. 9 AEUV auf einen Vorschlag der Kommission hin vom Rat bzw von den im Rat vereinten Vertreter*innen der Mitgliedstaaten – und damit auch Deutschlands – gleichzeitig verabschiedeten Beschluss vorbereitet. Der Begriff der Rechtsetzungsakte, für die allein eine Stellungnahme des Bundestages vorgesehen ist, umfasst Beschlüsse des Rates, die Rechtswirkungen zeitigen.

Sachs/*Streinz*, 9. Aufl. 2021, GG Art. 23 Rn. 112; BVerfGE 131, 152 (Rn. 96).

(aaa) Hier ist bereits fraglich, ob der Bundestag im Rahmen der Nominierung einer deutschen Richterin bzw eines deutschen Richters überhaupt ein verfassungsrechtlich verbrieftes Recht zur Stellungnahme hat, weil zweifelhaft ist, dass die Nominierung von Richter*innen im Rat überhaupt einen *Beschluss* darstellt, der iSd Art. 23 Abs. 3 GG *Rechtswirkungen* hat und somit eine Stellungnahme des Bundestages erfordert. Denn im Rat wird lediglich eine Kandidat*innenliste für das CETA-Gericht aufgestellt und an den GCA übermittelt, der dann aus diesem Vorschlag die letztendlichen Richter*innen selbständig auswählt. Das ergibt sich zumindest für die Berufungsinstanz des CETA-Gerichts aus dem Beschluss Nr.1/2021 des GCA vom 29. Januar 2021.

ABl. EU L 59/41 v. 29. Januar 2021.

Der betreffende Artikel 2 des Beschlusses lautet wie folgt:

Artikel 2 – Zusammensetzung und administrative Regelungen

(1) Die Rechtsbehelfsinstanz setzt sich aus sechs Mitgliedern zusammen, die vom Gemischten CETA-Ausschuss unter Zugrundelegung der Grundsätze Vielfalt und Geschlechtergleichstellung ernannt werden. Im Hinblick auf die Ernennung der Mitglieder gilt Folgendes:

- a) zwei Mitglieder werden aus dem *Kreis der von Kanada nominierten Personen ausgewählt*,
- b) zwei Mitglieder werden aus dem *Kreis der von der Europäischen Union nominierten Personen ausgewählt* und
- c) zwei Mitglieder werden aus dem *Kreis der von Kanada oder der Europäischen Union nominierten Personen ausgewählt*, die weder Staatsangehörige Kanadas noch Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Union sein dürfen.

Hier wird davon ausgegangen, dass dasselbe Verfahren auch für die Ernennung von Richter*innen des CETA-Gerichts erster Instanz angewandt wird.

Rechtswirkung bezeichnet die Wirkung eines Rechtsaktes, der die rechtlichen Beziehungen zwischen Personen gestaltet. Die Aufnahme einer den Anforderungen entsprechenden qualifizierten Person auf eine Kandidat*innenliste für ein Gericht, über deren Auswahl ein weiteres, unabhängiges Organ entscheidet, gestaltet nicht unmittelbar rechtliche Beziehungen. Sie schafft keine individuellen Rechte, sondern nur eine Chance der Kandidatin bzw des Kandidaten darauf, durch das verbindlich entscheidende Auswahlorgan, den GCA, auch ausgewählt zu werden. Das ist in etwa vergleichbar mit einer Liste von Vortragenden in einem universitären Berufungsverfahren, aus der sich allenfalls das Recht auf Teilnahme am Auswahlverfahren ableiten lässt, ansonsten aber nur eine Chance auf Aufnahme in die Berufsliste bzw darauf, dass ein ermessensfehlerfreies Auswahlverfahren durchgeführt wird. Und auch wenn man andere Verfahren der Richter*innenwahl zum Vergleich heranzieht, zB

das Richter*innenwahlverfahren nach Art. 95 Abs. 2 GG, dann ist dort übereinstimmende Meinung, dass selbst die Entscheidung des hierfür eingesetzten Wahlausschusses keine rechtliche Außenwirkung hat, sondern erst die rechtswirksame Ernennung selbst, die beim CETA-Gericht der GCA vornimmt.

Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel*, 2022, GG, 2002, Art. 95 Rn. 134.

Es ist kaum vorstellbar, dass diese Auswahlchance einer Richterin bzw eines Richters bzw sein oder ihr „Recht“ auf ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung aufgrund der Listung durch den Rat unter dem Begriff der Rechtswirkung in Art. 23 Abs. 3 GG zu verstehen sein soll. Art. 23 Abs. 3 GG bezieht das Stellungnahmerecht des Bundestages vom Wortlaut her auf Rechtsetzungsakte der Europäischen Union. Die Anwendbarkeit des Art. 23 Abs. 3 GG auf alle Akte mit Rechtswirkung stellt bereits eine erweiternde Auslegung des Wortlauts dar, die so abgelegene Rechtswirkungen wie sie die Nominierung von Richter*innen zeitigt, nicht umfasst. In Ermangelung eines verfassungsrechtlichen Stellungnahmerechts des Bundestages müsste hier zumindest eine entsprechende, gleichlautende Vereinbarung zwischen Bundestag und Bundesregierung auf Beteiligung des Bundestages geschlossen werden.

(bbb) Sollte eine Stellungnahme des Bundestages zur Kandidat*innenliste für das CETA-Gericht verfassungsrechtlich erforderlich – oder zumindest zwischen Bundestag und Bundesregierung ausdrücklich vereinbart worden sein, dann ist diese Stellungnahme des Bundestages gleichwohl nicht verbindlich. Die Bundesregierung ist lediglich verpflichtet, sie bei den Verhandlungen im Rat (schlicht) zu berücksichtigen. „Berücksichtigen“ bedeutet zwar mehr als eine bloße Anhörung. Die Bundesregierung hat sich mit der Stellungnahme inhaltlich auseinanderzusetzen und sie bei der Festlegung ihrer Verhandlungsposition einzubeziehen. Gelangt sie aber zu dem Ergebnis, dass sie der Stellungnahme nicht folgen will, kann sie dies tun.

BeckOK GG/Heintschel von Heinegg/*Frau*, GG, 2023, Art. 23 Rn. 39.

Das Bundesverfassungsgericht betont in diesem Zusammenhang zwar immer wieder, dass diese über ein weiches Mitwirkungsrecht hergestellte Legitimation ausreichend sei, „weil der Bundestag von der im Rat vertretenen Bundesregierung informiert werden muss (Art. 23 Abs. 2 Satz 2 GG, §§ 3, 4 EuZBBG) und im Vorfeld (...) entsprechende Stellungnahmen abgeben kann (Art. 23 Abs. 3 GG, § 8 EuZBBG). Er kann sich darüber hinaus insoweit seines Frage-, Debatten- und Entschließungsrechts bedienen, das ihm zur Kontrolle des Handelns der Bundesregierung auch in Angelegenheiten der Europäischen Union zusteht“ und sich mit entsprechenden Petitionen einschalten.

BVerfGE 151, 202 (Rn. 227).

Dieses eh eher weniger effektive Informations- und Befassungsrecht des Bundestages

Lepsius, Volksvertreter fragen, die Regierung schweigt: Aushöhlung der parlamentarischen Kontrolle, in: Kritische Justiz (Hrsg.), Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität, 2009, S. 81 ff; zur defizitären Praxis der frühestmöglichen Information durch die Bundesregierung zuletzt BVerfG, Unterrichtspflicht der Bundesregierung gegenüber Bundestag – EUNAVFOR MED, in: NVwZ 2023, S. 54 ff.

mag vielleicht noch bei Sachentscheidungen einen Raum haben. Und selbst hier hatte das BVerfG in seiner endgültigen Entscheidung zur vorläufigen Anwendbarkeit des CETA schon Probleme.

BVerfGE 160, 208 (Rn. 190): „Die demokratische Legitimation und Kontrolle derartiger Beschlüsse erscheint mit Blick auf Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG zweifelhaft.“

Bei Personalentscheidungen werden diese Informations-, Befassungs-, Debatten- und Kontrollrechte nicht funktionieren. Bei Personalentscheidungen entspricht es dem Usus, dass diese nicht in aller Öffentlichkeit im Parlament breitgetreten werden, da Persönlichkeitsrechte und Berufsfreiheit der betreffenden Personen zu wahren sind. In diesem Sinne setzt das Grundgesetz um die demokratische Legitimation von Richtern höchster Gerichtshöfe zu stärken, überall dort, wo eine parlamentarische Vermittlung stattfindet, zB auf den parlamentarischen Richterwahlausschuss. Auch die innerdeutsche Auswahlentscheidung für den EuGH erfolgt gem. § 1 Abs. 3 RiWG durch die Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Richterwahlausschuss. Hier debattiert und wählt nicht das Parlament selbst, sondern ein Ausschuss, der nicht dem Öffentlichkeitsprinzip des Art. 42 GG unterfällt, und nach § 69 GOBT selbst entscheiden kann, ob er öffentlich tagt, was dann, wenn sensible Personalfragen diskutiert werden, nicht der Fall sein wird. Und das hat seinen guten Grund im Schutz der Grundrechte der Betroffenen und in dem Erhalt der Autorität der letztlich „gewählten“ Richter*innen. Zur Verfassungsmäßigkeit von Richterwahlausschüssen hat das Bundesverfassungsgericht in anderem Zusammenhang entschieden, dass die Übertragung der Wahl – hier – der Bundesverfassungsrichter auf einen „Wahlausschuss, dessen Mitglieder der Verschwiegenheitspflicht unterliegen (§ 6 Abs. 4 BVerfGG), ihre Rechtfertigung in dem erkennbaren gesetzgeberischen Ziel (hat), das Ansehen des Gerichts und das Vertrauen in seine Unabhängigkeit zu festigen und damit seine Funktionsfähigkeit zu sichern.“ Als besser demokratisch legitimierte Alternative zu einem Ausschuss zog das Gericht eine Wahl von Richter*innen durch den Bundestag selbst in Betracht – nicht eine Entscheidung allein der Exekutive – und rechtfertigte den Verzicht auf sie durch eben jene Gründe der Vertraulichkeit der Personalien und der Funktionsfähigkeit und dem Ansehen des Gerichts.

BVerfGE 131, 230 (Rn. 14).

An der Auswahl der Richter*innen für den CETA-Gerichtshof ist der Deutsche Bundestag unmittelbar gar nicht beteiligt. Eine öffentliche Diskussion über die von der Bundesregierung ausgewählten Personen wird nicht stattfinden. Insofern wird hier die höchst defizitäre Legitimation der Richter*innenauswahl durch die Bundesregierung nicht durch parlamentarische Mitwirkungsrechte abgedeckt.

Die Kommission zB hat ein Panel eingesetzt, das sie bei ihrer Kandidat*innenauswahl unterstützt. Das Panel besteht aus vier Expert*innen, von denen einer bzw eine vom Europäischen Parlament ernannt wird und so sicherstellt, dass eine Legitimationsskette zum Vertretungsorgan der Unionsbürger geknüpft wird.

Commission Decision of 16.12.2020 setting up a panel to assist the Commission in the selection of candidates to perform the duties of members of international investment courts and tribunals, C(2020) 8905 final, Art. 4 Abs. 1.

Und auch ein Vergleich mit den Modi der Beteiligung der vertragsstaatlichen Parlamente an der Auswahl von Richter*innen anderer zwischenstaatlicher oder supranationaler Gerichte zeigt das große Defizit der demokratischen Legitimation des ICS auf, den die Vertragspartner von CETA selbst in eine Linie mit dem EGMR und den IGH stellen und dabei dem CETA-Gericht einen noch größeren Einfluss auf die nationale Regulierung einräumt, als ihn der EGMR und der IGH haben (vgl. oben)

„Das CETA weicht entschieden vom traditionellen Konzept der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten ab und sieht die Errichtung unabhängiger, unparteilicher und ständiger Investitionsgerichte vor, *geleitet* von den Grundsät-

zen öffentlicher Rechtssysteme in der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten und in Kanada sowie von den *Grundsätzen internationaler Gerichte wie dem Internationalen Gerichtshof und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.*“ (Gemeinsames Auslegungsinstrument, ABl. EU L 11/3 v. 14.1.2017.)

Im Ergebnis ist die am Leitbild der parlamentarischen Repräsentation orientierte personelle Legitimationsbasis der CETA-Richter*innen prekär dünn.

(dd) Obwohl die personelle demokratische Legitimation von internationalen oder zwischenstaatlichen Gerichten strukturelle Einflussknicke hat und haben darf, laufen diese beim CETA-Gericht im Ergebnis also auf einen Einflussausfall des Deutschen Bundestags hinaus, der durch vertraglich vereinbarte oder unionsrechtlich festgeschriebene „Ausgleichsmechanismen“ nicht kompensiert wird und auch auf nationaler Ebene durch die Mitwirkungsrechte des Parlaments nicht abgedeckt wird.

(b) Kein ausreichendes sachlich-inhaltliches Legitimationsniveau des ICS

Das CETA-Gericht verfügt auch nicht über ein ausreichendes sachlich-inhaltliches Legitimationsniveau, das die Einflussausfälle bei der personellen Legitimation kompensieren könnte.

Unstreitig wird die rechtsprechende Gewalt über ihre Rechtsbindung demokratisch legitimiert. Da Richter*innen im Gegensatz zu Mitarbeiter*innen in der Verwaltung weisungsfrei sind, muss ihre Rechtsbindung strikt sein.

Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR. Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 22.

Das überaus niedrige Niveau der personellen Legitimation des CETA-Gerichts wird durch dessen Bindung an den Vertragstext sachlich-inhaltlich nicht erhöht oder kompensiert. Dass die sachlich-inhaltliche Legitimation der Rechtsprechung – anders als

die der Verwaltung – von vornherein strukturellen Einschränkungen unterliegt, folgt aus der Auslegungsbedürftigkeit aller abstrakten Normen, die den Richter*innen einen mehr oder weniger weiten Entscheidungsspielraum bei der Lösung eines Einzelfalls einräumen.

BVerfGE 34, 269 (286 ff.); 65, 182 (190 f.); 71, 354 (362 f.).

Die Brüchigkeit sachlich-inhaltlicher Legitimation wächst mit dem Grad der Deutungsbedürftigkeit des vorgegebenen Rechtstextes. Aus der Legitimationsperspektive heraus prekär sind hierbei vor allem die Offenheit und Weiterentwicklungsfähigkeit von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen in dem Vertragstext vom CETA, die die Bindung des CETA-Gerichts an den Legitimationsstrang des vom parlamentarischen Gesetzgeber durch Zustimmungsgesetz gebilligten Vertragstextes absenkt (aa). Vor allem durch das Erfordernis, regulatorische Maßnahmen im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips gegen den Substanzverlust einer Investition abwägen zu müssen, wird dem CETA-Gericht eine nicht zu legitimierende politische Machtstellung gegenüber dem nationalen Parlament eingeräumt (bb), ohne dass das CETA-Gericht dabei an Grund- oder Menschenrechte gebunden wäre (cc). Das demokratische Legitimationspotential der Bindung der Rechtsprechung an das parlamentarische (Zustimmungs-)Gesetz zum CETA wird weiter dadurch gesenkt, dass sich nach der Logik überstaatlicher Verhandlungsprozesse auch im Rahmen unionaler Angelegenheiten das parlamentarische Legitimationspotential durch Rückholbarkeit einer ausbrechenden Rechtsprechung bei einem völkerrechtlichen Vertrag insgesamt weniger entfalten kann als bei einem innerstaatlichen Gesetz, und dass die Sicherungsmechanismen, die die Vertragsparteien gegen eine ausbrechende Schiedsgerichtsbarkeit in den Vertrag geschrieben haben, das Legitimationsniveau des CETA-Gerichts allenfalls minimal – aber nicht ausreichend – erhöhen (dd). Die Brüchigkeit der sachlich-inhaltlichen Legitimation des CETA-Ge-

richts wird zudem dadurch potenziert, dass die entscheidenden Kammern tendenziell zugunsten der klagenden Investor*innen besetzt sind und so der Anschein der nicht-neutralen Rechtsauslegung gesetzt wird (ee).

(aa) Viele unbestimmte Rechtsbegriffe

Der Investitionsbegriff des CETA ist nach Art. 8.1. CETA genauso weit wie der Begriff der angreifbaren staatlichen Maßnahmen nach Art. 1.1 CETA. Wegen der daraus resultierenden Vielzahl angreifbarer Staatshandlungen wird die Unbestimmtheit der Klagegründe des Investitionsschutzkapitels problematisch, weil die Vorprogrammierung des CETA-Gerichts durch den parlamentarischen Gesetzgeber ungenügend ist. Auch wenn die Vertragsparteien ihr *right to regulate* sehr betonen und das CETA-Gericht in der Auslegung der Schutzklauseln des FET und der indirekten Enteignung hieran binden wollen, öffnen sie dem CETA-Gericht mit den dadurch erforderlichen Verhältnismäßigkeitsprüfungen einen weiten Macht- und Einflussbereich.

Die Vertragsstaaten verpflichten sich in einem Gemeinsamen Auslegungsinstrument zwar, „die konkrete Anwendung all dieser Investitionsvorschriften laufend zu überwachen, etwaige Defizite gegebenenfalls unverzüglich zu beheben und nach Möglichkeiten zu suchen, um die Anwendung der Vorschriften im Laufe der Zeit kontinuierlich zu verbessern.“

Gemeinsames Auslegungsinstrument zum umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, ABl. EU L 11/3 v. 14.1.2017 Nr. 6h.

Der Vertragstext wimmelt im Investitionsschutzrecht aber vor unbestimmten Rechtsbegriffen im Bereich vor allem des FET und der indirekten Enteignung, die auch durch die verschiedenen Auslegungsinstrumente, die die Vertragsparteien beschlossen haben bzw nach Auffassung Deutschlands noch beschließen sollen, nicht

viel bestimmter werden. Der weite Auslegungsspielraum des CETA-Gerichts als weiterer Einflussknick in der demokratischen Legitimation des ICS wird folglich durch die Vorkehrungen der Vertragsparteien nicht kompensiert. Dass die Literatur hier so viel Hoffnung verbreitet, dass die CETA-Richter*innen sich dem den Investitionsschutz einschränkenden Willen der Vertragsparteien schon beugen würden, weil sie von ihnen ausgewählt werden und deshalb keine Anreize haben werden, sich über diesen Willen hinwegzusetzen,

Krajewski, Stellungnahme zur Anhörung im Wirtschaftsausschuss, https://www.bundestag.de/resource/blob/915248/c3c14d8ef9bd0bebc966f666942b0e69/20-9-163_Stellungnahme-Krajewski_Anhoerung-am-12-10-2022-data.pdf, S. 4.

ist Kaffeesatzleserei, zumal das CETA-Gericht ein unabhängiges Gericht sein soll und bisherige Interpretation der üblichen Vertragsklauseln neben dem Vertragstext und seinen Ergänzungen eine wesentliche Erkenntnisquelle für die Schiedsrichter*innen darstellen werden.

Die Investitionsschutzklauseln sind trotz der Eingrenzungsversuche der Vertragsstaaten in den verschiedenen Auslegungsinstrumenten offen, erlauben dem CETA-Gericht große Interpretationsspielräume, räumen ihm mit der Etablierung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung eine große Macht über die nationalstaatliche Regulierung ein und binden es nicht zurück an politische Wertungen der Nationalstaaten, da sie den Kontrollumfang bzw die Prüfungsdichte des Gerichts nicht effektiv eingrenzen. Ferner binden das CETA-Gericht nicht ausreichend an Grund- oder Menschenrechte.

Einer der größten Kritikpunkte gegen IIAs und Freihandelsabkommen, über deren Einhaltung eine Investor-Staat-Schiedsgerichtbarkeit wacht, ist die ausufernde Interpretation der unpräzisen Schutzklauseln vor allem des FET und der indirekten Enteignung durch diese Schiedsgerichte. Hier wird eingewandt, dass sich mit der Einsetzung einer schiedsrichterlichen Rechtsprechung die Bestimmung des Regelungsgehalts der vertraglichen Schutzklauseln nicht mehr bei den Vertragspartnern als Herren der Verträge befinde, sondern in der Hand privater Schiedsrichter liege, die – was in der Logik der Investitionsschutzverträge liegt – eine überaus investorenfreundliche Rechtsprechung entwickelten. Um diesem Problem zu begegnen, sind in das CETA Mechanismen eingebaut worden, mit denen die Vertragsstaaten die Auslegung durch die CETA-Gerichtsbarkeit steuern wollen. Zu nennen sind hier vor allem die Möglichkeit gemeinsamer Auslegungsinstrumente und für das Gericht verbindliche Interpretationsvorgaben durch den GCA nach Art. 8.31 Abs. 3 CETA und Art. 26 Abs. 5 lit e) CETA. Die Vertragsstaaten wollen damit den Regelungsgehalt des Investitionsschutzes selbst kontrollieren und eine unerwünschte Rechtsfortbildung durch das CETA-Gericht verhindern. Ob dieser Plan angesichts der Unabhängigkeit der Rechtsprechung und trotz gegenteiliger Erfahrungen im NAFTA aufgehen wird, steht in den Sternen.

Die größten Einfallstore für die Interpretationsmacht des CETA-Gerichts sind die Klagegründe der gerechten und billigen Behandlung (FET) einer Investition aus Art. 8.10 CETA und der indirekten Enteignung aus Art. 8.12 CETA.

In der Ursprungsfassung des CETA haben die Vertragsparteien bereits versucht, den Tatbestand des FET näher einzugrenzen und in Art. 8.10 Abs. 2 CETA definiert, wann eine staatliche Maßnahme einen Verstoß gegen das FET darstellt. Die sechs dazu aufgelisteten, abschließend gemeinten Fallgruppen enthalten eine Unmenge an unbestimmten, auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffen wie zB die „grundlegende

Verletzung“, eine „offenkundige Willkür“, die „gezielte“ Diskriminierung, „offenkundige und ungerechtfertigte Gründe“, „missbräuchliche Behandlung“ oder die „berechtigten Erwartungen“, die durch „spezifische Erklärungen“ geschürt werden können. Die Unbestimmtheit der Tatbestandsmerkmale zieht sich durch alle in Art. 8.10 Abs. 2 CETA genannten Fallgruppen. Gleiches gilt für die indirekte Enteignung aus Art. 8.12 CETA. In Art. 8.12 Abs. 1 CETA ist die indirekte Enteignung als Klagegrund genannt. Die indirekte Enteignung ist neben dem FET der Hauptgrund für Klagen in der Schiedsgerichtsbarkeit und wird durch die Schiedsgerichte in aller Regel weit interpretiert. Das Investitionsschutzkapitel des CETA selbst enthält gleichwohl keine nähere Eingrenzung dieses prekären Begriffs. Der Begriff der indirekten Enteignung wird allerdings in Anhang 8-A CETA konkretisiert. Hier heißt es, dass eine indirekte Enteignung vorliege, wenn (die unbestimmten Rechtsbegriffe sind unterstrichen) die angegriffene Maßnahme eine einer direkten Enteignung gleiche Wirkung entfaltet, insofern als dem Investor in wesentlichem Maße grundlegende Eigentümerrechte an seiner Investition entzogen werden. Dabei sind von Fall zu Fall vom CETA-Gericht die wirtschaftlichen Auswirkungen der Maßnahme und deren Dauer zu berücksichtigen, ferner ob das Ausmaß der Auswirkungen den vernünftigen Erwartungen zuwiderläuft, und seltene Fälle vorliegen, in denen Auswirkungen auf die Investition so schwerwiegend sind, dass eine Maßnahme offenkundig überzogen scheint.

Im Jahre 2017 haben die Vertragspartner ein gemeinsames Auslegungsinstrument beschlossen, das weitere verbindliche Vorgaben zum Investitionsschutzkapitel des CETA enthält.

Gemeinsames Auslegungsinstrument zum umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, ABl. EU v. 14.1.2017 L 11/3 <https://eur->

[lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114\(01\)&from=DE](http://lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114(01)&from=DE).

Nr. 38 Erklärung des Juristischen Dienstes des Rates zur Rechtsnatur des Gemeinsamen Auslegungsinstruments, die dem Beschluss, CETA vorläufig in Kraft zu setzen, beigelegt wurde, besagt zur Rechtsnatur des Auslegungsinstruments: „Der Juristische Dienst des Rates bestätigt hiermit, dass nach Artikel 31 Absatz 2 Buchstabe b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge das Gemeinsame Auslegungsinstrument, das von den Vertragsparteien bei der Unterzeichnung des CETA angenommen werden soll und das den Kontext des CETA bildet, ein Bezugsdokument darstellt, das heranzuziehen ist, wenn bei der Umsetzung des CETA Probleme im Hinblick auf die Auslegung seines Wortlauts auftreten. Deshalb hat es Rechtskraft und verbindlichen Charakter.“

Erklärungen für das Ratsprotokoll, ABl EU Nr. L 11 vom 14. Januar 2017, S. 11ff.

Da die Bundesregierung weiteren Konkretisierungsbedarf bezüglich des Investitionsschutzes und seiner Klagbarkeit sah, hat sie einen Beschlussvorschlag für den GCA formuliert.

Non-Paper Proposing Draft Decision of the CETA Joint Committee, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/G/german-non-paper-proposing-draft-decision-of-the-ceta-joint-committee.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

Bezüglich des FET in Art. 8.10 Abs. 2 CETA will die Bundesregierung klargestellt wissen, dass die dort gelisteten Fallgruppen abschließend sind. Ferner versucht sie die Fallgruppen näher zu spezifizieren, ersetzt dabei unbestimmte Rechtsbegriffe

aber auch nur wieder durch weitere unbestimmte Rechtsbegriffe wie „fundamental breach“, „blatant miscarriage of justice“, „manifest and unjustifiable unequal treatment“, „patently not founded on reason or fact“, „unreasonable discretion“, „wilful disregard“, „cannot be justified“, „gross misconduct“ oder bezüglich der legitimen Erwartungen von Investor*innen: „subsequently frustrated“. Das Überschreiben unbestimmter Rechtsbegriffe durch unbestimmte Rechtsbegriffe setzt sich bei der indirekten Enteignung nach Anhang 8-A fort: Zu deren Bejahung müssen Investor*innen „radically deprived“ worden sein, die Maßnahme selbst „manifestly disproportionate“ oder „undeniably unreasonable“. Auf welche Maßnahmen dies letztlich zutrifft, wird vom CETA-Gericht entschieden, das hier einen nicht unerheblichen Interpretationsspielraum hat.

Mittlerweile gibt es eine geleakte finale Version einer Interpretationserklärung der Vertragstaaten aus Mitte Juli 2023.

<https://power-shift.de/wp-content/uploads/2023/09/LEAK-PowerShift-Zusatzerklaerung-CETA.pdf>.

In dieser Interpretationserklärung versuchen die Vertragstaaten das FET und die indirekte Enteignung klärend zu konkretisieren, um den Spielraum der Richter*innen einzuengen. Das ist im Wesentlichen nicht gelungen, weil es überhaupt schwierig erscheint, eine ausreichende Balance zwischen einer abstrakten vertragsrechtlichen Regelung und deren Konkretisierung durch Interpretationserklärungen zu finden, ohne einen Haufen Einzelfallregelungen zu treffen. In dem „Dazwischen“ bleibt der Interpretationsspielraum der Schiedsrichter*innen unverändert groß.

Im FET wird zB versucht, Beispiele für eine offenkundig willkürliche Maßnahme nach Art. 8.10 Abs. 2 lit c) CETA zu schärfen und in Relation zur legitimen Regulierung zu setzen. Hier heißt es in der Interpretationserklärung aus Juli 2023 nun: „A

measure is manifestly arbitrary (...) when it is evident that the measure is not rationally connected to a legitimate policy objective, such as when a measure is based on prejudice or bias rather than on reason or fact.“

Auch die berechtigten Erwartungen von Investor*innen, die Tatbestandsmerkmale des FET in Art. 8.10 Abs. 4 CETA sind, werden nur kaum merklich begrenzt. Hier ist das Kriterium der „spezifischen Erklärung“ problematisch, das auch in der neuen Erklärung weder formell noch materiell hinreichend definiert wird. In der Interpretationserklärung von Juli 2023 heißt es hierzu: „Legitimate expectations cannot arise from representations if a prudent and informed investor would not have reasonably relied upon the representations in making the investment, notably because the representations were not sufficient specific and unambiguous and did not have the requisite degree of formality such as those made in writing (...).

Gleiches gilt für die indirekte Enteignung aus Art. 8.12 und Anhang 8-A CETA.

Zwar wird die Schwelle für eine indirekte Enteignung angehoben auf Fälle, in denen „the investor has been radically deprived of the use, enjoyment and disposal of ist investment, as if the rights related thereto had ceased to exist.“. Auch werden die legitimen Erwartungen von Investor*innen, die ebenfalls ein Tatbestand der indirekten Enteignung nach Anhang 8-A Nr. 2 lit. c) sind, an schriftliche Erklärungen der Regierungen gebunden. Gleichzeitig soll es aber eine Rolle spielen, was Investor*innen in Anbetracht bereits vorhandener oder möglicher relevanter Regulierungen im Gaststaat erwartet haben wollen.

Ebenso wird versucht, die offensichtlich nur selten zu erwartenden offenkundig überzogenen Maßnahmen aus Anhang 8-A Nr. 3 CETA ins Verhältnis zur verfolgten staatlichen Maßnahme zu setzen (und damit natürlich ein Tor in die Abwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung – s.u. – zu öffnen). Hierzu heißt es unter Nr. 2 lit. d)

und lit e) der Interpretationserklärung aus Juli 2023, dass Maßnahmen dann „manifestly excessive“ sind, wenn sie „clearly and obviously excessive in the light of the intended policy objectives“ sind. Dieser Wortlaut engt die Richter*innen in ihren Interpretationsspielräumen nicht ein.

Zu den Defiziten der neuesten Interpretationserklärung auch Gutachten der *Rechtsanwälte Günther*, CETA und Klimaschutz – Kann eine Interpretationserklärung Abhilfe schaffen, https://umweltinstitut.org/wp-content/uploads/2022/11/20220812_UIM_Kurzstellungnahme_CETA.pdf.

Auch das im CETA mehrfach betonte *right to regulate* und damit das Recht der Staaten, bestimmte Gemeinwohlziele verfolgen zu dürfen, ohne dass eine durch Regulierung betroffene Investition gleich als unfair und unequitable behandelt wird oder als indirekt enteignend gilt, reduziert die Interpretationsmacht des CETA-Gerichts gegenüber Gemeinwohlzielen der nationalen und unionalen Gesetzgeber kaum.

In der Präambel des CETA heißt es hierzu, dass das Abkommen geschlossen sei in der „Erkenntnis, dass die Bestimmungen dieses Abkommens den Vertragsparteien das Recht zugestehen, in ihren Gebieten regelnd tätig zu werden, und dass sie die Flexibilität der Vertragsparteien wahren, *berechtigte politische Ziele* wie öffentliche *Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz, öffentliche Sittlichkeit* sowie Förderung und Schutz der *kulturellen Vielfalt* zu verfolgen.“ Dieses Recht wird speziell für das Investitionsschutzkapitel noch einmal „bekräftigt“. Art. 8.9 Abs. 1 CETA lautet: „Für die Zwecke dieses Kapitels bekräftigen die Vertragsparteien ihr Recht, zur Erreichung legitimer politischer Ziele *wie des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, Sicherheit, des Schutzes der Umwelt oder der öffentlichen Sittlichkeit, des Sozial- oder Verbraucherschutzes* oder der Förderung und des Schutzes der *kulturellen Vielfalt* in ihrem jeweiligen Gebiet Regelungen zu erlassen. Anhang 8-A zum CETA nimmt diese Gemeinwohlziele auf, schränkt ihre Anzahl und ihren Inhalt unter Nr. 3 aber ein: „Zur Klarstellung gilt,

dass diskriminierungsfreie Maßnahmen einer Vertragspartei, die zu dem Zweck konzipiert und angewendet werden, den Schutz *berechtigter Gemeinwohlziele* wie öffentliche *Gesundheit, Sicherheit* und *Umweltschutz* zu gewährleisten, keine indirekte Enteignung darstellen (...).“ Mit der Interpretationserklärung aus Juli 2023 ist unter Nr. 2 lit e) nun auch der Kampf gegen den Klimawandel zu den legitimen Gemeinwohlzielen dazu gekommen. Klimawandelpolitik stellt solange keine indirekte Enteignung dar, wie entsprechende Maßnahmen nicht „clearly and obviously excessive in the light of the intended policy objectives“ sind.

<https://power-shift.de/wp-content/uploads/2023/09/LEAK-PowerShift-Zusatzerklaerung-CETA.pdf>.

Zum einen stellen die genannten Gemeinwohlziele aber insgesamt lediglich Regelbeispiele für das *right to regulate* des nationalen Gesetzgebers dar, was heißt, dass das CETA-Gericht bei der Verfolgung anderer Gemeinwohlziele als der genannten prüft, ob diese legitim sind. Zum anderen fehlen im Vertrag selbst aussagekräftigere Definitionen dazu, was genau unter den genannten Gemeinwohlgütern zu verstehen ist, ob der Gesetzgeber hier einen Einschätzungsspielraum hat, oder welche anderen als die genannten Gemeinwohlziele die Vertragspartner verfolgen dürfen. Auch diese vagen Rechtsbegriffe beim *right to regulate* sind genauso auf eine schiedsgerichtliche Auslegung ausgelegt wie die Gemeinwohlziele insgesamt auf Lückenfüllung durch das CETA-Gericht angewiesen sind.

Auch die Allgemeine Ausnahmeklausel aus Art. 28.3 Abs. 2 CETA lässt dem CETA-Gericht einen extrem weiten Auslegungsspielraum. Sie lautet: „Für die Zwecke (...) des Kapitels acht (...) ist dieses Abkommen nicht dahin auszulegen, dass es die Anwendung oder Durchführung von Maßnahmen einer Vertragspartei verhindert, die zu folgenden Zwecken *erforderlich* sind: a) zum Schutz der *öffentlichen Sicherheit, Moral* oder zur Aufrechterhaltung der *öffentlichen Ordnung* (...).“ Wobei die anschließende

Fußnote 33 dann „präzisiert“: „Die Ausnahmeregelungen in Bezug auf die öffentliche Sicherheit und die öffentliche Ordnung können nur in Anspruch genommen werden, wenn eine tatsächlich *hinreichend schwere Bedrohung* eines *Grundwerts* der Gesellschaft vorliegt.

Auch wenn die Konkretisierungsversuche der unbestimmten Rechtsbegriffe im Investitionsschutz von einigen Experten als „Goldstandard“ des Investitionsschutzes bezeichnet wurden, ist hier doch eher anderen Experten zuzustimmen, die den Versuch, durch Auslegungsinstrumente Bestimmtheit herzustellen, für untauglich halten, weil unbestimmte Rechtsbegriffe eben bloß durch weitere unbestimmte Rechtsbegriffe „konkretisiert“ werden.

Arcuri/Violi, The CETA Joint Committee Draft Interpretative Decision: Transformative Change or Greenwashing, https://power-shift.de/wp-content/uploads/2022/10/Arcuri-Violi_The-CETA-Joint-Committee-Interpretative-Decision_final.pdf; *Hindelang*, Wortbeitrag in: Wortprotokoll der 22. Sitzung des Wirtschaftsausschusses am 12.10.2022, <https://www.bundestag.de/resource/blob/923388/1a42405bcc18596d79d3b3ee9fce373e/Wortprotokoll-data.pdf>, S. 14; *Violi*, Wortbeitrag, in: ebda, S. 18 f.

Alle die genannten Auslegungsinstrumente machen das Investitionsschutzkapitel des CETA nicht bestimmter und schmälern nicht die Rechtsmacht des CETA-Gerichts, das in einer insoweit asymmetrischen Normordnung, die vorrangig dem Investitionsschutz dienen soll, entscheiden muss. Der Inhalt einer Rechtsnorm wird durch eine „höhere Norm“ genauso wenig jemals vollständig festgelegt wie durch Interpretationserklärungen der Vertragspartner. Auch die präzisierten Klauseln machen die Abgrenzung zwischen einer unfairen oder fairen Behandlung oder einer tatbestandsmäßigen indirekten Enteignung im Gegensatz zu einer entschädigungslosen Regulierung nicht einfacher. Denn es wird sich dem CETA-Gericht nach wie vor die Frage

stellen, welche (anderen) öffentlichen Zwecke als die positivierten legitim sein können, ob angegriffene Maßnahmen unter den regulatorischen Vorbehalt fallen und ab wann die seltenen Fälle vorliegen sollen, in denen die Belastung einer Investorin bzw eines Investors durch eine Regulierung einer Enteignung doch gleichkommt.

(bb) Rechtsmacht durch Interessenabwägung

Vor allem aber werden die CETA-Richter*innen mit der Aufgabe einer umfassenden Interessenabwägung der kollidierenden Rechtsgüter Gemeinwohlbelange auf der einen und Investitionsschutz auf der anderen Seite betraut. Damit kommt im CETA das Verhältnismäßigkeitsprinzip zum Tragen, das vom CETA-Gericht auszufüllen ist.

In der allgemeinen Schiedsgerichtspraxis ist bereits anerkannt, dass regulatorische Maßnahmen nationaler Gesetzgeber auf ihre Verhältnismäßigkeit hin überprüft werden, insbesondere also auf die Wertigkeit des verfolgten Zwecks und die Angemessenheit der ergriffenen Maßnahme bzw. die Höhe des Substanzverlusts der Investition im Hinblick darauf, um zu beurteilen, ob eine gesetzgeberische Maßnahme eine entschädigungslose Regulierung darstellt, oder einen der Schutzstandards des jeweiligen Abkommens verletzt. Die Bedeutung der gesetzgeberischen Maßnahme und der beim Investor verursachte Schaden werden also gegeneinander abgewogen. Das Schiedsgericht befindet folglich über den Wert eines vom nationalen Gesetzgeber verfolgten Gemeinwohlziels und kann dieses in Gefahr bringen. Schiedsgerichte adaptieren das Verhältnismäßigkeitsprinzip:

ZB

S.A. v Argentina, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability v. 21. Dezember 2010, <https://www.italaw.com/cases/1105>, Rn. 123: „On the other hand, the host State’s right to regulate domestic matters in the public interest has to be taken into consideration as well. The circumstances and reasons (importance and urgency of the public need

pursued) for carrying out a change impacting negatively on a foreign investor's operations on the one hand, and the seriousness of the prejudice caused on the other hand, compared in the light of a standard of reasonableness and proportionality are relevant. The determination of a breach of the standard requires, therefore, a weighing of the Claimant's reasonable and legitimate expectations on the one hand and the Respondent's legitimate regulatory interest on the other."

Philip Morris v Uruguay, ICSID ARB/10/07, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>, Rn. 306: „The Challenged Measures were taken by Uruguay with a view to protect public health in fulfilment of its national and international obligations. For reasons which will be explored in detail in relation to claims under Article 3(2) of the BIT, in the Tribunal's view the Challenged Measures were both adopted in good faith and were non-discriminatory. *They were proportionate to the objective they meant to achieve*, quite apart from their limited adverse impact on Abal's business.

Azurix v Argentinien, ICSID ARB/01/12, Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf>, Rn. 311 f.: „The parties have referred in their exchanges to findings of the tribunal in Tecmed. That tribunal sought guidance in the case law of the European Court of Human Rights, in particular, in the case of James and Others. The Court held that ‚a measure depriving a person of his property [must] pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim ‚in the public interest’, and bear ‚a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized’. This proportionality will not be found if the person concerned bears ‚an individual and *excessive burden*’. The Court considered that such ‚a measure must be both *appropriate for*

achieving its aim and not disproportionate thereto.‘ (...) *The Tribunal finds that these additional elements provide useful guidance* for purposes of determining whether regulatory actions would be expropriatory and give rise to compensation.“

Damit können aber auch Maßnahmen als unvereinbar mit dem Schutzstandard des Freihandelsabkommens ausgeurteilt werden, die nach der nationalen Rechtsordnung mit Recht und Verfassung vereinbar wären.

ZB *Sempra Energy International v. Argentinien*, ICSID Case No. ARB/02/16 v. 28.9.2007, Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf>, Rn. 303: „The measures in question in this case have beyond any doubt substantially changed the legal and business framework under which the investment was decided and implemented. Where there was business certainty and stability, there is now the opposite. The tariff regime speaks for itself in this respect. A long-term business outlook has been transformed into a day-to-day discussion about what is next to come. The guarantees given are no longer available. (...) that the present conditions are (not) consistent with the meaning of the protection granted under the Treaty.“ (In der Wirtschaftskrise im Jahr 2000 änderte Argentinien seine Gesetzgebung zu den zuvor im Rahmen einer Privatisierungskampagne garantierten Gaspreisen, um den Energieträger erschwinglich zu halten.)

Im Vertragstext von CETA wird dieser mächtige Einfluss der CETA-Gerichtsbarkeit besonders deutlich, denn sowohl bezüglich des FET als auch bezüglich der indirekten Enteignung legen die Vertragspartner die Pflicht des CETA-Gerichts zu Verhältnismäßigkeitsprüfungen fest. Das Abkommen differenziert zwischen einer vom Eigentümer oder einer Eigentümerin einer Investition ersatzlos hinzunehmenden staatlichen Regulierung und einer ausgleichspflichtigen indirekten Enteignung

oder unfairen Behandlung. Die Vertragsparteien wollten durch die Formulierungen der Schutzstandards offenkundig von einer bestimmten Rechtsprechungslinie in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit abrücken, nämlich dem sogenannten *sole effects* Test. Nach dem *sole effects* Test kommt es nur darauf an, die unzumutbare Höhe eines wirtschaftlichen Schadens für eine Investition zu ermitteln, um eine Verletzung des FET oder der indirekten Enteignung bejahen zu können, ohne dass geprüft wird, welchen Zweck der regulierende Staat mit seiner Maßnahme verfolgt hat. In der schiedsgerichtlichen Rechtsprechung führt der *sole effects* Test dazu, dass eine Investition absoluten Schutz erlangen kann.

Umfassend *Pellet/Marjosola*, Police Powers or the State's Right to Regulate, 2015, 447 ff; *Ruff*, Entschädigungslose Enteignungen im internationalen Investitionsschutzrecht im Interesse des Klimaschutzes?, 2022, S. 12 ff.

zB *Compania del Desarrollo de Santa Elena v Costa Rica*, ICSID ARB/96/1, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>, Award, Rn. 72: Expropriatory environmental measures – no matter how laudable and beneficial to society as a whole – are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains.

In der schiedsgerichtlichen Rechtsprechung hat sich mittlerweile der sog. *police powers* Ansatz durchgesetzt, dem auch das CETA folgt. Der *police powers* Ansatz etabliert die Verhältnismäßigkeitsprüfung, in deren Rahmen dann sowohl der vor allem mit einer regulativen Maßnahme verfolgten Zweck als auch die Beeinträchtigung der Investition auf Seiten der Investor*innen berücksichtigt und abgewogen wird.

Tecmed v Mexico, ICSID ARB/00/2, Award,
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>,

Rn. 122: „After establishing that regulatory actions and measures will not be initially excluded from the definition of expropriatory acts, in addition to the negative financial impact of such actions or measures, the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality.“

Das CETA hat regulatorische Maßnahmen nicht aus den Investitionsschutzstandards des FET und der indirekten Enteignung gänzlich ausgeschlossen. Zwar gibt es eine allgemeine Klausel in Art. 28.3 Abs. 2 CETA, die innerhalb des Kapitels acht (Investitionen) allerdings lediglich auf die Abschnitte B (Niederlassung von Investitionen) und C (Diskriminierungsfreie Behandlung) anwendbar ist, die lautet, dass „für die Zwecke (...) des Kapitels acht (...) dieses Abkommen nicht dahin auszulegen (ist), dass es die Anwendung oder Durchführung von Maßnahmen einer Vertragspartei verhindert, die zu folgenden Zwecken erforderlich sind: a) zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, Moral oder zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung (...).“ Mit dieser Klausel wird aber zum einen nicht ein umfangreiches *right to regulate* geschützt, zum anderen enthält diese Generalklausel unbestimmte Rechtsbegriffe, die durch eine gerichtliche Kasuistik auszufüllen sind. Auch die Regelung Nr. 3 im Anhang 8-A zum CETA schließt das *right to regulate* nicht als Anknüpfungspunkt für Klagen aus, denn sie lässt erkennen, dass auch die Vertragsparteien davon ausgehen, dass es Fälle geben kann, in denen eine regulative Maßnahme, die Gemeinwohlziele verfolgt, wegen ihrer Auswirkungen auf eine Investition eine indirekte Enteignung sein kann.

Dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung auch bei der Anwendung des FET nicht ausgeschlossen ist, obwohl sich die zunächst abschließend gemeinten Tatbestände in Art. 8.10 Abs. 2 lit a) bis e) CETA zunächst nicht danach anhören, macht insbesondere auch der Auslegungsvorschlag der Bundesregierung deutlich.

Non-Paper Proposing Draft Decision of the CETA Joint Committee,
https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/G/german-non-paper-proposing-draft-decision-of-the-ceta-joint-committee.pdf?__blob=publicationFile&v=4

Unter Nr. 1 lit c) Spiegelstrich 3 heißt es hier, dass eine Maßnahme dann eine „manifest arbitrariness“ im Sinne des Abkommens darstellt, wenn sie „is based on unreasonable discretion“. In der Schiedsgerichtspraxis kann sich die Unvernünftigkeit einer Maßnahme sowohl aus der Schwere des Eingriffs in die Rechte der Investor*innen ergeben als auch aus den vom Staat verfolgten Zielen oder daraus, dass der Schaden an der Investition in einer unangemessenen Zweck-Mittel-Relation steht. Damit sind die Konturen des FET im CETA nicht so klar umrissen, wie es den Eindruck haben könnte. Sie sind vielmehr im Rahmen einer Abwägung von staatlichem Interesse an einer Maßnahme und privatem Interesse am vollen Erhalt der Investition im Einzelfall herauszuarbeiten.

Näher *Kläger*, Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, 2013, S. 39 uö.

Insbesondere aber bezüglich der indirekten Enteignung ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung des CETA-Gerichts vorgesehen. Das CETA-Gericht muss nach Nr. 2 des Anhangs 8-A die Entscheidung darüber, ob eine Maßnahme eine indirekte Enteignung darstellt, von Fall zu Fall treffen und hat dabei vor allem nach lit d) die Art der

Maßnahme wie insbesondere deren Gegenstand, Kontext und Ziel zu berücksichtigen. Nach Nr. 3 Anhang hat es ebenso darüber zu befinden, ob eine Maßnahme dem Schutz berechtigter Gemeinwohlziele dient und ob ein Fall vorliegt, in denen die Auswirkungen einer Maßnahme in Relation zu ihrem Gemeinwohlzweck so schwerwiegend sind, dass sie offenkundig überzogen scheinen.

Entgegen der investitionsschutzrechtlichen Literatur, die den Verhältnismäßigkeits-test für eine gelungene Verbesserung der schiedsgerichtlichen Rechtsprechung hält, öffnet das Übermaßverbot das CETA für demokratisch nicht legitimierte politische Wertungen des CETA-Gerichts. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist politischen Wertungen besonders zugänglich, da es auf dem Gedanken der materiellen Gerechtigkeit beruht: Gerade, wenn ein Gericht Verhältnismäßigkeitsprüfungen durchführt, wird die rechtserzeugende Funktion dieses Gerichts besonders evident. Denn die Prüfung der Wertigkeit eines gesetzgeberischen Ziels im Vergleich zu dem Verlust einer Investition ist kein Rechtserkenntnisakt, sondern eine Bewertung. Mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung, die juristisch nur sehr bedingt angeleitet ist, weitet ein Gericht unweigerlich seine legitimationsbedürftige Macht aus. Es zieht Entscheidungen an sich, die dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorbehalten sind.

Ähnl. BVerfGE 126, 285 (305 f.); *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, A. 131 ff.; *von Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 142 f.; *Leisner*, Der Abwägungsstaat – Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?, 2007, S. 11 ff. u.ö. Der deutsche Richterbund hat bereits im Jahr 2017 gefordert, dass der deutsche Bundestag Sondergerichte auf dieser Basis nicht zulassen solle, weil sie nicht ausreichend legitimierte Macht in den betroffenen Staaten ausüben, vgl. <https://www.bundestag.de/resource/blob/558032/116b824b34dd91f1471aff23b379b7ec/19-9-43-Schneiderhahn-data.pdf>.

Eine ausgleichende Rechtsprechungsdogmatik wie etwa eine *political question doctrine* oder der *judicial self restraint*, nach der der Einschätzungsspielraum nationaler, demokratisch legitimierte Gesetzgeber gewährleistet wird und die Kontrolldichte des CETA-Gerichts zurückgefahren sein müsste, zeichnet sich am Horizont der Schiedsgerichtsbarkeit bislang nicht ab.

Sehr kritisch *Henckels*, *Proportionality and Fair and Equitable Treatment Claims*, 2012, S. 21; *dies.*, *Balancing Investment Protection and the Public Interest*, in: *Journal of International Dispute Settlement* 2013, S. 197 (205 ff.) <https://academic.oup.com/jids/article/4/1/197/2193515?login=true>. Umfassend auch *Scheu*, *Systematische Berücksichtigung von Menschenrechten in Investitionsschiedsgerichtsverfahren*, 2016, S. 249 ff.

Das CETA enthält keine Klauseln, die die Kontrolldichte des CETA-Gerichts gegenüber regulatorischen Maßnahmen der nationalen Gesetzgeber im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung einschränken.

Unverständlich erscheint hier deswegen die Erklärung des EuGH in seinem Gutachten 1/17 zum CETA, der trotz der vertraglichen Regelungen zur Ausübung richterlichen Ermessens in der Verhältnismäßigkeitsprüfung beim ICS davon auszugehen scheint, dass das CETA-Gericht alle regulatorischen Maßnahmen wird abnicken müssen, weil es gerade keine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchführen dürfen.

So verstehen das Gutachten zu Recht *Sauer*, *Europarechtliche Schranken internationaler Gerichte*, in: *JZ* 2019, S. 925 (935); *Stöbener de Mora/Wernicke*, *Riskante Vorgaben für Investitionsschutz und Freihandel – Das CETA-Gutachten des EuGH*, in: *EuZW* 2019, S. 970 (973): „Eine auch nur inzidente Kontrolle von unionsrechtlichen oder nationalen Maßnahmen am Maßstab

des Völkerrechts und insbesondere eine Verhältnismäßigkeitsprüfung europäischen Rechts durch ein internationales Gericht dürfte damit generell unzulässig sein.“

Der EuGH selbst führt aus: „Wären das CETA-Gericht und die CETA-Rechtsbehelfsinstanz befugt, Urteilsprüche zu erlassen, nach denen die Behandlung eines kanadischen Investors wegen des Niveaus des Schutzes eines öffentlichen Interesses, das von den Unionsorganen festgelegt worden ist, mit dem CETA unvereinbar ist, wäre die Union gezwungen, darauf zu verzichten, dieses Schutzniveau zu erreichen, wenn sie nicht immer wieder vom CETA-Gericht gezwungen werden will, Schadensersatz an den klagenden Investor zu leisten. Wenn die Union eine internationale Übereinkunft schließen würde, die dazu führen könnte, dass sie – oder ein Mitgliedstaat bei der Durchführung des Unionsrechts – eine Regelung wegen einer Beurteilung ändern oder aufheben müsste, die ein außerhalb ihres Gerichtssystems stehendes Gericht hinsichtlich des Niveaus des Schutzes eines öffentlichen Interesses vornimmt, das von den Unionsorganen gemäß dem verfassungsrechtlichen Rahmen der Union festgelegt worden ist, wäre festzustellen, dass die Übereinkunft die Union in ihrem autonomen Funktionieren in ihrem eigenen verfassungsrechtlichen Rahmen beeinträchtigen würde. (...) Nach Art. 19 EUV ist es Sache des Unionsrichters, zu prüfen, ob das durch die betreffende Regelung festgelegte Niveau des Schutzes der öffentlichen Interessen insbesondere mit dem EU- und dem AEU-Vertrag, der Charta und den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts in Einklang steht. (...) Unter diesen Voraussetzungen ist das CETA-Gericht mithin nicht befugt, festzustellen, dass das Niveau des Schutzes eines öffentlichen Interesses, das durch Maßnahmen der Union, wie sie in der vorstehenden Rn. beschrieben sind, festgesetzt ist, nicht mit dem CETA vereinbar ist, und die Union auf dieser Grundlage zur Leistung von Schadensersatz zu verurteilen. (...) Eine Gesamtbetrachtung dieser Vorschriften ergibt, dass die Beurteilungsbefugnis des CETA-Gerichts und der CETA-Rechts-

behelfsinstanz nicht so weit reicht, dass es ihnen erlaubt wäre, das Niveau des Schutzes eines öffentlichen Interesses, das von der Union in einem demokratischen Prozess festgelegt worden ist, infrage zu stellen.“

EuGH: Investitionsschutzrecht: Investitionsschutz im Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (CETA), in: EuZW 2019, 457 Rn. 149 ff.

Weil offensichtlich nicht sein kann, was nicht sein darf (wobei es dem EuGH ersichtlich mehr um die Autonomie der Unionsrechtsordnung als die der nationalen Rechtsordnungen geht), ignoriert der EuGH hier nicht nur den insoweit viel offeneren Vertragstext des CETA. Spinnt man die Aussagen des EuGH nämlich ferner zu Ende, würde seine Vertragsauslegung bedeuten, dass es gegenüber regulatorischen Maßnahmen zur Umsetzung von Gemeinwohlbelangen in der Union oder einem Gaststaat überhaupt keinen Investor*innenschutz gäbe. Auch wenn dies die Kommission ebenfalls zu meinen scheint,

Kommission, Factsheet on investment protection in CETA, zitiert nach *Deutscher Bundestag*, Unterabteilung Fachbereich Europa, Ausarbeitung: Verhältnis des right to regulate zum Investitionsschutz, 2016, PE 6 – 3000 – 997/16, S. 22: „Nach Ansicht der Kommission stellt die Definition in Nr. 3 (Anhang 8-A CETA) sicher, dass regulatorische Maßnahmen mit legitimen Zwecken keine indirekte Enteignung sein können.“

entspricht diese Reduzierung des Abkommens nicht der herkömmlichen Dogmatik zur Auslegung von Normen, die auch im Völkerrecht angewandt wird. Bislang jedenfalls ist die Klausel, dass eine indirekte Enteignung lediglich *in seltenen Fällen* vorliegt, in denen eine Maßnahme offenkundig überzogen erscheint, in der schiedsgerichtlichen Praxis so interpretiert worden, dass es sich dabei bloß um eine widerlegbare Vermutung zugunsten staatlicher Regulierung handelt.

Spence International Investment u.a. v Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/13/2, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7692_0.pdf, Interim Award, Rn. 157: „On Article 10.7, El Salvador observes that, in the case of claims of indirect expropriation, a claimant would have the burden of rebutting *the strong presumption* created by CAFTA Annex 10-C that a State’s non-discriminatory regulatory measures designed to protect the environment do not constitute an indirect expropriation.“

Dass das CETA regulatorischen Maßnahmen zu Gemeinwohlzwecken einen weit höheren Stellenwert einräumt, als andere IIAs soll nicht bestritten werden. Ein Ausschluss regulatorischer Maßnahmen aus dem Tatbestand eines FET oder einer indirekten Enteignung ist aber weder in den vertragstextlichen Ausführungen des CETA zum *right to regulate* noch in den Schutznormen des FET und der indirekten Enteignung angelegt. Außerdem widerspricht diese Auslegung des EuGH sogar dem Vertragstext – und damit dem Willen der Vertragsparteien selbst – der, wie oben ausgeführt, einige Tatbestände enthält, die ein Einfallstor für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bieten: „offenkundige Willkür“ und *Unreasonableness* beim FET sowie die seltenen Fälle, in denen die Auswirkungen einer regulatorischen Maßnahme auf eine Investition so schwerwiegend sind, dass sie offenkundig überzogen scheinen bei der indirekten Enteignung. Die Vertragsparteien haben ihr *right to regulate* insofern selbst wieder eingeschränkt. Sie haben gerade nicht die Zuständigkeit des CETA-Gerichts, über die Vertragskonformität regulatorischer Maßnahmen entscheiden zu dürfen, ausgeschlossen. Eine Klausel, aus der sich dieser Zuständigkeitsausschluss ergeben könnten fehlt im CETA.

So zu Recht auch *Holterbus*, Das CETA-Gutachten des EuGH – Neue Maßstäbe allerorten..., verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/das-ceta-gutachten-des-eugh-neue-massstaebe-allerorten/>: „Im Ergebnis lässt sich der

EuGH so auf der Grundlage einer ersten fragwürdigen Festlegung hinsichtlich der unionsrechtlichen Unzulässigkeit sanktionsbewehrter völkerrechtlicher Kontrolle von innereuropäischen Maßnahmen zum Schutz öffentlicher Belange in einem zweiten Schritt zu einer weiteren unzutreffenden Einschätzung der potentiellen Zugriffe der investitionsschutzrechtlichen Streitbeilegung im CETA hinreißen.“

Der EuGH verabsäumt es ebenfalls, diese vor allem aus der Autonomie des Unionsrechts gezogene Unzuständigkeit des CETA-Gerichts für regulatorische Maßnahmen der Union und der Mitgliedstaaten, die nur unionsintern begründet ist und folglich auch nur unionsintern wirkt, auf ihre völkerrechtliche Verbindlichkeit für das CETA-Gericht abzuklopfen.

Sauer, Europarechtliche Schranken internationaler Gerichte, in: JZ 2019, S. 925 (928); *Weiß*, Die externe Autonomie des Unionsrechts als Schranke für den Investitionsschutz und weit darüber hinaus? – Zum CETA-Gutachten des EuGH als Ursprung einer überschießenden verfassungsrechtlichen Anforderung, in: EuR 2020, S. 621 (639 f.).

Dadurch, dass das CETA dem CETA-Gericht die Möglichkeit von Verhältnismäßigkeitsprüfungen auch gegenüber regulatorischen Maßnahmen der Gesetzgeber in einem Gaststaat einer Investition einräumt, installiert es die Schiedsgerichtsbarkeit als einen machtvollen Akteur und reduziert dessen inhaltliche Bindung an den Vertrag und damit dessen sachlich-inhaltliche Legitimation.

(cc) Keine Bindung an Grund- oder Menschenrechte

Erschwerend kommt hier insgesamt noch hinzu, dass das CETA dabei eine Bindung des CETA-Gerichts an Menschenrechte nicht in ausreichendem Maß enthält und damit die sachlich-inhaltliche Legitimation des CETA-Gerichts noch weiter nach unten geht. Dabei betont das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der

europäischen Bankenunion gerade, dass sachlich-inhaltliche Legitimation einer unabhängigen Institution, die Hoheitsgewalt ausübt, vor allem auch dadurch gewährleistet werde, dass sie an Grundrechte gebunden sei.

BVerfGE 151, 202 (Rn. 212); auch *Dumberry/Dumas-Aubin*, How to impose Human Rights Obligations under Investment Treaties, 2013, S. 569: Ein unzureichender Schutz der Menschenrechte „affects the legitimacy of the whole investor-state arbitration system, which is perceived by some as inherently biased towards investors‘ interests at the expense of the public interest.“

Staatliche Schutzmaßnahmen die zum Schutz von Grund- oder Menschenrechten geboten sind, können sich negativ auf die Investitionen ausländischer Investor*innen auswirken, auch wenn das Verhalten der Investor*innen mit der zu regulierenden Lage nicht ursächlich in Verbindung steht. Das ist zB anzunehmen bei wirtschaftspolitischen Maßnahmen in Krisenzeiten oder gesellschaftlichen Umbrüchen und Transformationen. Innerhalb eines Schiedsverfahrens wird dies relevant, wenn der beklagte Gaststaat vorbringt, eine bestimmte Maßnahme diene der Erfüllung menschenrechtlicher Verpflichtungen gegenüber seiner Bevölkerung und stelle eine legitime regulatorische Maßnahme dar (oder beruhe auf einer solchen), vor allem wenn diese Maßnahme nicht unter die per se vom CETA akzeptierten Gemeinwohlziele fällt.

Schiedsgerichte sehen üblicherweise allein die Verletzung des betreffenden Investitionsschutzabkommens als ihren normativen Bezugspunkt.

Wena Hotels v Ägypten, ICSID ARB/98/4, Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf>,

Rn. 78: „Before Disposing of the merits of this case, the Tribunal must consider the applicable law governing its deliberations. (...) Thus, the Tribunal

(...) considers the IPPA to be the primary source of applicable law for this arbitration.“

Und da die meisten spezialisierten Spruchkörper mental dazu neigen, den Interessen des Rechtsschutzregimes, zu deren Achtung sie eingesetzt wurden, im Kollisionsfall den Vorrang einzuräumen,

von Bogdandy/Venzke, In wessen Namen?, Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 262 f.

entscheiden sie bei Unklarheiten in der Auslegung von Schutzklauseln grds zugunsten der Investor*innen, da das Investitionsschutzabkommen deren Schutz dient.

SGS v Philippinen, ICSID ARB/02/6, Zuständigkeit, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>, Rn. 116: „The object and purpose of the BIT supports an effective interpretation of Article X(2). The BIT is a treaty for the promotion and reciprocal protection of investments. According to the preamble it is intended ,to create and maintain favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other‘. It is legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments.“

Ein Einbezug von Menschenrechtsregimen oder Grundrechten aus nationalen Verfassungen ist in der Schiedsgerichtspraxis bislang dagegen eher untergegangen.

Rompetrol v Rumänien, ICSID ARB/06/3, Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1408.pdf>, Rn. 170: „The Tribunal starts from the elementary

proposition that it is not called upon to decide any issue under the ECHR, whether the issue in question lies in the past or is still open. Its function is solely to decide, as between TRG and Romania, ‚legal dispute[s] arising directly out of an investment‘ and to do so in accordance with ‚such rules of law as may be agreed by the parties,‘ which in the present case means essentially the BIT, in application of the appropriate rules for its interpretation. The ECHR has its own system and functioning institutional structure for complaints of breach against States Parties.“

CMS v Argentinien, ICSID ARB/01/8, Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>,

Rn. 121 In this case, the Tribunal does not find any such collision (zwischen Grundrechten und Investitionsschutz). First because the Constitution carefully protects the right to property, just as the treaties on human rights do, and secondly because there is no question of affecting fundamental human rights when considering the issues disputed by the parties.“ (During the economic crisis Argentina terminated the right of licensees of public utilities to adjust tariffs according to the US–PPI was terminated, as well as the calculation of tariffs in dollars. The tariffs were redenominated in pesos, at the rate of one peso to one dollar.)

Azurix v Argentinien, ICSID ARB/01/12, Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf>,

Rn. 261: „The Respondent has also raised the issue of the compatibility of the BIT with human rights treaties. The matter has not been fully argued and the Tribunal fails to understand the incompatibility in the specifics of the instant case.“ (Azurix hatte einen Vertrag mit Argentinien über die Wasserversorgung in einer Provinz mit einer Laufzeit von 30 Jahren geschlossen. Nach erheblichen Streitigkeiten, die sich ua auf eine Verletzung der Vertragspflichten zur Bereitstellung gesunden Wassers durch Azurix bezogen, kündigte das Unternehmen den Vertrag. Argentinien berief sich auf Schutzpflichten gegenüber

seinen Bürger*innen und deren Recht auf Wasser. Argentinien verlor den Streit.)

Siemens v Argentinien, ICSID ARB/02/8, Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>,

Rn. 75, 79: „Argentina draws to the Tribunal’s attention that the constitutional reform of 1994 recognized a number of international instruments on human rights to have constitutional rank. Argentina claims that the human rights so incorporated in the Constitution would be disregarded by recognizing the property rights asserted by the Claimant given the social and economic conditions of Argentina.“ (...) „The Tribunal considers that, without the benefit of further elaboration and substantiation by the parties, it is not an argument that, prima facie, bears any relationship to the merits of this case.“

Eine fehlende Berücksichtigung von Menschenrechten kann sich auch bei der Berechnung der Entschädigung bzw der Höhe des Schadensersatzes zugunsten der Investor*innen auswirken. Hier haben die Schiedsgerichte einen Ermessensspielraum, in den sie das menschenrechtliche Ziel einer regulatorischen Maßnahme, die eine Investition beschädigt, einbeziehen könnten, dies aber regelmäßig nicht tun.

Siemens v Argentinien, ICSID ARB/02/8, Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>,

Rn. 354: „Argentina has pleaded that, when a State expropriates for social or economic reasons, fair market value does not apply because otherwise this would limit the sovereignty of a country to introduce reforms in particular of poor countries. (...) The Tribunal further observes that Article I of the First Protocol to the European Convention on Human Rights permits a margin of appreciation not found in customary international law or the Treaty.

Obwohl diese Beispiele in anderen IIA-Regimen spielen, zeigen sie doch eine Linie auf, die auch auf die Rechtsprechung des CETA-Gerichts zutreffen kann.

Nach Art. 8.39 Abs. 1 CETA spricht das CETA-Gericht Schadensersatz in Geld aus. Die Berechnung der Höhe des Schadensersatzes muss nach Art. 8.39 Abs. 1 lit b) im Einklang mit Art. 8.12 CETA dem zu bestimmenden fairen Marktwert entsprechen. Nach Art. 8.12 Abs. 2 S. 2 CETA gehören zu den Bewertungskriterien eines fairen Marktwertes der Wert der Vermögensgegenstände, „sowie andere zur Bestimmung des fairen Marktwertes geeignete Kriterien.“ Hierzu kann auch ein Regulierungsziel gehören, das menschenrechtlichem Schutz dient und die Summe der Entschädigung drücken kann.

Ein in der Literatur zur Berücksichtigung von grund- oder menschenrechtlichen Schutzpflichten bei der Berechnung von Entschädigungsleistungen zu Recht vielzitiertes Beispiel ist das Vattenfall-Verfahren zum deutschen Atomausstieg, das nach der ECT läuft. Vattenfall hatte zeitgleich mit deutschen Atomkraftunternehmen Verfassungsbeschwerde beim BVerfG gegen die 13. Novelle des AtomG eingelegt. Das Bundesverfassungsgericht hatte den Atomausstieg als Inhalts- und Schrankenbestimmung im Wesentlichen für grundrechtskonform gehalten und nur zum Teil Verstöße gegen das Grundrecht auf Eigentum aus Art. 14 GG festgestellt, was die ursprünglich gesetzlich zugewiesenen Stromerzeugungskontingente betraf. Wichtig war hier in der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Wert des mit dem Atomausstiegs verfolgten Gemeinwohlziels: „Die mit der 13. AtG-Novelle verfolgten Gemeinwohlbelange sind von hohem Wert und in der konkreten Umsetzung der Rücknahme der Laufzeitverlängerung von 2010 von großem Gewicht.“ Das Gericht kam folglich zu dem Ergebnis, dass „in der Gesamtabwägung mit den durch die angegriffene Regelung geförderten Gemeinwohlbelangen (...) sich die Eigentumsbelastung der Beschwerdeführerinnen durch die Streichung der Zusatzstrommengen von 2010 als verhältnismäßig“ erweise. „Das in Qualität und Quantität erhebliche Gemeinwohlinteresse an

der durchschnittlich zwölfjährigen Laufzeitverkürzung der Kernkraftwerke überwiegt die damit für die Beschwerdeführerinnen verbundenen Eigentumsbelastungen eindeutig.“

BVerfGE 143, 46 (Rn. 303, 305).

Der Gesetzgeber hat die gleichwohl ausgesprochenen verfassungsgerichtlichen Vorgaben zur Reststrommenge der Betreiber in seiner Novelle zum AtomG von 2018 berücksichtigt.

BVerfGE 143, 46 (Rn. 310 ff.)

Wegen des anhängenden Schiedsgerichtsverfahrens ist es unsicher, ob das schwedische Unternehmen höher entschädigt wird als die deutschen Atomenergiebetreiber. Es ist offen, inwieweit das Schiedsgericht das Urteil des Bundesverfassungsgerichts berücksichtigen wird. Eine Rechtspflicht zur unmittelbaren Berücksichtigung nationaler höchstrichterlicher Rechtsprechung ergibt sich aus der ECT nicht. Dasselbe gilt auch für das CETA, das keine Berücksichtigungspflicht verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den von Investoren vor dem CETA-Gericht angegriffenen Maßnahmen regelt.

Krajewski, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), in: ZUR 2014, S. 396 (399 f.).

Die Vertragsstaaten haben es abregds selbst in der Hand, das Spannungsverhältnis zwischen Menschenrechts- und Investitionsschutz durch eine adäquate Vertragsgestaltung auszugestalten und menschenrechtlichen Verpflichtungen einen hohen Stellenwert im Investitionsschutz einzuräumen. Die menschenrechtlichen Zielvorgaben

der Union auf dem Feld des Freihandels und die textlichen Vorgaben des CETA zur Berücksichtigung von Menschenrechten reichen nicht aus, um eine harte Bindung des CETA-Gerichts an menschenrechtliche Standards im Investitionsschutz zu generieren.

Die Europäische Union hat ein unverbindliches Strategiepapier veröffentlicht, in dem sie betont, dass es eines ihrer Ziele sei „sicherzustellen, dass das Wirtschaftswachstum mit sozialer Gerechtigkeit, der Einhaltung der Menschenrechte, hohen Arbeits- und Umweltschutznormen sowie Gesundheitsschutz und Sicherheit einhergeht.“

Europäische Kommission (Hrsg.), *Handel für alle – Hin zu einer verantwortungsbewussteren Handels- und Investitionspolitik*, 2015, S. 24.

In der Präambel zum CETA betonen die Vertragsparteien deswegen zum einen ihre „starke Verbundenheit“ mit den Grundrechten der AEMR und beteuern ihre Anerkennung der Menschenrechte für die Entwicklung des internationalen Handels und der wirtschaftlichen Zusammenarbeit. Genauere Vorgaben – wie zB Vorrang- oder Öffnungsklauseln – dafür, wie das CETA-Gericht Grund- und Menschenrechte in seine Rechtsprechung einzubeziehen hat, fehlen aber.

Diese menschenrechtliche Absichtserklärung in der Präambel stellt deshalb keinen ausreichend konkreten und unbedingten Normbefehl an das CETA-Gericht dar, menschenrechtlichen Verpflichtungen des Gaststaats einer Investition einen hohen Stellenwert gegenüber dem Schutz einer Investition zu verschaffen.

Präambeln enthalten nämlich lediglich Programmsätze, die keine unmittelbar rechtsverbindliche Wirkung entfalten. Für die Auslegung des CETA gilt nach Art. 8.31 Abs. 1 CETA das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK).

Nach Art. 31 Abs. 1 der WVK richtet sich die Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen zwar nach Treu und Glauben, wobei die Verträge im Lichte ihrer Ziele und Zwecke auszulegen sind. Eine Präambel kann zur Auslegung nach Art. 31 Abs. 2 WVK herangezogen werden, so dass ein Verweis auf Menschenrechte in der Präambel des CETA zumindest eine indirekte Wirkung in Investitionsschiedsverfahren entfalten kann. Tatsächlich wird selbst das bestritten. Präambelerwägungen seien überhaupt keine subsumtionsfähigen Teile eines Abkommens.

Krajewski, Anmerkungen zum Gutachten von Dr. Stephan Schill (...), https://www.global2000.at/sites/global/files/Krajewski_Zusatzerklaerungen_Investorenschutz.PDF, S. 5.

Noch schwerer wiegt es, wenn – wie hier – ein Menschenrechtsbezug ausschließlich in eben jener Präambel des CETA hergestellt wird. Menschenrechtliche Bezüge enthält im CETA tatsächlich ausschließlich die Präambel. Gerade im Investitionsschutzkapitel wird der Menschenrechtsschutz nicht wiederholt. Die Tatsache, dass die Vertragspartner menschenrechtliche Verpflichtungen lediglich in die Präambel, nicht aber, wie zB das *right to regulate* auch in das Investitionsschutzkapitel aufgenommen haben, kann genauso implizieren, dass der Menschenrechtsschutz im Investitionsschutz keinen von der Rechtsprechung (vorrangig) zu berücksichtigenden Faktor darstellt.

Van Harten, A Parade of Reforms: The European Commission's Latest Proposal for ISDS, Osgoode Hall Law School Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 21, Volume 11 (2015), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2603077, S. 1 (3).

Zudem steht das wirtschaftliche Anliegen des Freihandelsabkommens an oberster Stelle der Präambel, erst dann folgt die „Bekräftigung“ der Vertragsparteien ihrer

starken Verbundenheit mit der Demokratie und mit den Grund- und Menschenrechten. Wenn wirtschaftliche und andere Ziele in der Präambel eines IIA nebeneinanderstanden, war diese Regelungstechnik einer Entscheidung der Schiedsgerichte zugunsten des nicht-wirtschaftlichen Ziels des Vertrages bislang abträglich, da die Schiedsurteile sich idR an dem stärkeren, weil ausdrücklicher formulierten wirtschaftlichen Ziel des Abkommens ausrichteten.

Obwohl das NAFTA Aussagen in der Präambel zu Umweltschutz und Regulierungsflexibilität enthielt, ließ das Schiedsgericht diese Phrasen unbeachtet, vgl. *Metaclad Corporation v Mexico*, ICSID ARB(AF)/97/1, <https://www.ita-law.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>, Award, Rn. 71: „The Parties to NAFTA specifically agreed to ‚ENSURE a predictable commercial framework for business planning and investment‘. (NAFTA Preamble, para. 6 (emphasis in original)).“

Die Vertragspartner haben sich hier in der Präambel für eine eher weiche Formulierung der Bekräftigung ihrer Verbundenheit mit den Menschenrechten entschieden. Eine spezielle, harte Menschenrechtsklausel als Öffnungsklausel auch im Investitionsschutzkapitel fehlt. Diese hätte als Maßstab für gerichtliche Entscheidungen lauten müssen, dass nichts in dem Abkommen „so verstanden werden kann, dass ein Staat daran gehindert werden kann, seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen im Bereich der Menschenrechte nachzukommen.“

Kneer, Investitionsschutz und Menschenrechte. Eine Untersuchung zum Einfluss menschenrechtlicher Standards auf die Investitionssicherung, 2013, S. 112 ff., v.a. S. 298 ff.

Zu so einer starken Klausel haben sich die Vertragstaaten noch nicht einmal für die Bekämpfung des Klimawandels im Investitionsschutzkapitel, geschweige denn für

menschenrechtliche Verpflichtungen entscheiden können. Zum Vergleich: Im Diskriminierungsschutz bzw bezüglich positiver Diskriminierung heißt es in Nr. 2 lit e) in der Interpretationserklärung aus Juli 2023: „Article 8.10.2(d) shall not be construed as preventing the Parties from granting preferential treatment to promote gender or racial equality or otherwise address under-representation of socio-economically disadvantaged groups.“ Im Bereich des Klimaschutzes verlangt Nr. 3 lit b) lediglich, dass „the Tribunal shall give due consideration to the commitments of the Parties under multilateral environmental agreements, including the Paris Agreement.“

<https://power-shift.de/wp-content/uploads/2023/09/LEAK-PowerShift-Zusatzerklaerung-CETA.pdf>

Eine vergleichbare Klausel zum Grund- und Menschenrechtsschutz als solchem fehlt.

Da sich ein überzeugendes dogmatische Konzept für die Einbeziehung von Grund- und Menschenrechten in die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit bislang nicht entwickelt hat und Tribunale random auf Menschenrechte zugreifen oder ihre Einbeziehung ablehnen, ist die Wirksamkeit der Anerkennungserklärungen der Vertragsparteien in der Präambel des CETA deshalb völlig ungewiss, so dass eine verlässliche Bindung des CETA-Gerichts an Menschenrechte, die sein Legitimationsniveau hätten erhöhen können, fehlt.

(dd) Vertiefung des Legitimationsdefizits durch Vorverständnisse

Die im Niveau niedrige sachlich-inhaltliche Rückbindung des CETA-Gerichts an das deutsche Wahlvolk wird durch die personelle Zusammensetzung der Spruchkammern mittelbar potenziert. Nach Art. 8.27 Abs. 2 CETA besteht das CETA-Gericht erster Instanz aus 15 Richter*innen, von denen fünf Staatsangehörige Kanadas sind, fünf Staatsangehörige der Union und fünf Staatsangehörige eines Drittstaates. Nach Art. 8.27 Abs. 6 CETA werden zur Verhandlung der Fälle innerhalb des Gerichts

Kammern gebildet, denen jeweils drei Richter*innen des Gerichts angehören. Dies drei Richter*innen sind eine Staatsangehörige oder ein Staatsangehöriger Kanadas, ein Drittstaatsangehöriger bzw eine Drittstaatsangehörige und eine Richter*in, die oder der einem Mitgliedstaat der Union angehört, also nicht unbedingt aus Deutschland ist oder aus demjenigen Rechtskreis innerhalb der Union stammt, in dem auch das deutsche Recht angesiedelt ist. Dabei ist gerade die Abbildung der Rechtskreise, aus denen die Parteien kommen, in einer entscheidenden Spruchkammer eine Kompensationsmöglichkeit für ein ansonsten zu niedriges Legitimationsniveau eines Gerichts. Die Abbildung der Rechtskreise der Union an Schiedsgerichten ist deshalb auch eine Strategie, die die Kommission verfolgt.

Commission Decision of 16.12.2020 setting up a panel to assist the Commission in the selection of candidates to perform the duties of members of international investment courts and tribunals, C(2020) 8905 final, Nr. (3): „With regard to nominees of the Union, the panel should also ensure that the richness of the European legal traditions is reflected, above all over the long term.

Die Berufungsinstanz des CETA-Gerichts spiegelt dieses strukturelle Ungleichgewicht der Kammerbesetzung zugunsten Kanadas nicht nur wider, sondern vertieft es sogar. Nach Art. 8.28 Abs. 5 CETA besteht hier die Spruchkammer aus drei insgesamt nach dem Zufallsprinzip ernannten Mitgliedern der Rechtsbehelfsinstanz – wohl um die tendenziöse Besetzung der ersten Instanz wett zu machen. Allerdings kann die Auswahl per Zufall auch dazu führen, dass drei kanadische Richter*innen entscheiden. Mechanismen, dies zu verhindern, sieht der CETA-Vertragstext nicht vor. Da noch nicht klar ist, welche Anzahl von Richter*innen der GCA für das Berufungsgericht bestimmt und wie diese Anzahl zwischen der Union und Kanada verteilt sein wird, liegt die aufgezeigte Besetzung der Berufungskammern nicht außerhalb des Möglichen.

Die sachlich-inhaltliche Legitimation eines Gerichts wie des CETA-Gerichts, die wie dargelegt sowieso sehr niedrig ist, verliert zusätzlich an Legitimationskraft, wenn über nationale staatliche Maßnahmen geurteilt wird und in der Rechtssache ein Gericht entscheidet, das nicht, wie Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verlangt, unabhängig und unparteilich ist und damit nicht die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber beiden Verfahrensbeteiligten bieten kann,

BVerfGE 17, 294 (298 f); 95, 322 (327 f.); 153, 1 (Rn. 96 ff.).

sondern tendenziell näher am Lager und im Rechtskreis des Klägers oder der Klägerin steht, und deshalb Rechtsauslegung zu dessen Gunsten – wenn auch unbewusst – betreiben könnte.

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG will gewährleisten, dass eine Streitpartei im konkreten Fall vor einem Richter oder einer Richterin steht, der bzw. die die Voraussetzungen von Neutralität und Distanz gegenüber allen Verfahrensbeteiligten erfüllt. Denn Unabhängigkeit der Richter*innen bedeutet auch Unabhängigkeit von den Konfliktbeteiligten. Dieser Maßstab des Grundgesetzes stimmt mit den Mindestbedingungen an die Unparteilichkeit von Richter*innen auch im internationalen Kontext überein, den das Bundesverfassungsgericht ua aus Art. 6 Abs. 1 EMRK zieht. Nach Art. 6 EMRK ist die Unparteilichkeit von Richter*innen eine Frage der Abwesenheit von Vorurteil und Parteinahme. Um diese Frage zu beantworten, sind vor allem objektive Gesichtspunkte zu prüfen. Es ist danach zu fragen, ob strukturelle oder funktionale Gründe des Gerichts und seiner Besetzung der erforderlichen Unparteilichkeit der Richter*innen entgegenstehen. Hierbei ist maßgeblich, ob das Gericht insbesondere durch seine Zusammensetzung ausreichende Gewähr dafür bietet, jeden legitimen Zweifel an seiner Unabhängigkeit gegenüber dem Streitgegenstand in einem konkreten Verfahren auszuschließen.

BVerfGE 153, 1 (Rn. 97) mit Nachweisen aus der Rspr. des EGMR; BVerfGE 148, 69 (Rn. 69, 71).

Aufgabe eines Schiedsgerichts ist es, zwischen dem Interesse der Investorin bzw des Investors am Schutz ihrer bzw seiner Investition und dem Interesse des Gaststaates einer Investition an der Durchsetzung seiner politischen Ziele abzuwägen. Das ursprüngliche Schiedsverfahren im ISDS unterliegt deshalb dem Grundsatz der Parteiherrschaft, wobei das Schiedsgericht auf Antrag der Streitparteien für den konkreten Streitfall ad hoc gebildet wird. Die Schiedsrichter werden dabei durch die Streitparteien ernannt, dh jede Partei darf ihren eigenen Schiedsrichter bestimmen – und dabei liegt es nahe, dass sie einen Schiedsrichter benennt, der ihre Interessen vertritt.

Diethelm, ISDS-Regeln im CETA zwischen der EU und Kanada: Aspekte der Weiterentwicklung gegenüber früheren ISDS-Regelungen, in: *SchiedsVZ* 2019, S. 309 (311).

Damit wird Waffengleichheit unter den Konkurrenten und eine Äquidistanz des Schiedsgerichts zu beiden Parteien hergestellt.

Die Äquidistanz der Richter*innen gegenüber den Streitparteien und die Waffengleichheit zwischen Investor*in und Gaststaat sind nicht bloß Punkte, die es bezüglich der Rechtfertigung des CETA-Gerichts aus dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes zu berücksichtigen gilt. Äquidistanz der Gerichtsbarkeit und Waffengleichheit zwischen den Beteiligten in der zwischenstaatlichen Schiedsgerichtsbarkeit, in der Staaten von Privatpersonen verklagt werden, sind auch Grundvoraussetzungen der deutschen Demokratie und zählen zum Identitätskern der Verfassung nach Art. 79 Abs. 3 GG.

Denn ein Rechtsstaat ist zwar ohne Demokratie denkbar, eine Demokratie ohne Rechtsstaatlichkeit aber nicht. Über die Rechtsstaatlichkeit und ihre sinnhafteste Ausformung, die unabhängigen und neutralen Gerichte, wird der für den friedlichen demokratischen Diskurs erforderliche Rechtsfrieden hergestellt. Ohne Institutionenvertrauen auf Seiten der Bürger*innen sind weder Rechtsstaat noch Demokratie möglich, so dass gerade der Vertrauensverlust in rechtstaatliche Institutionen die Bedingungen der Möglichkeit von Demokratie zerstört, über die der Bundestag ebenfalls zu wachen hat, um seine eigene Gestaltungsfreiheit zu sichern. Es ist kaum ein anderer Ort denkbar, an dem die Wahrung von Neutralität und Äquidistanz von Entscheidungsträgern so bedeutsam ist wie vor Gericht.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist bei der Prüfung einer gleichweiten Unparteilichkeit der Richter*innen bereits der Anschein von Unparteilichkeit von besonderer Bedeutung. Denn entscheidend ist, ob die Rechtsunterworfenen in einer demokratischen Gesellschaft den Gerichten Vertrauen entgegenbringen.

BVerfGE 148, 69 (Rn. 75); 153, 1 (Rn. 96).

Im letztgenannten Fall genügt bereits der „böse Schein“ mangelnder Objektivität, der in der Außenwahrnehmung das Vertrauen in die Richter*innenrolle beeinträchtigt.

BVerfGE 20, 1 (5); 82, 30 (38).

Nur Richter*innen, in deren Neutralität die Streitparteien und auch die Allgemeinheit insgesamt vertrauen, können ihrer Konfliktlösungsaufgabe und ihrer daraus resultierenden Befriedungsfunktion in einer demokratischen Gesellschaft gerecht werden.

BVerfGE 148, 69 (Rn. 75), ebenso EGMR, *Delcourt v. Belgium*, Urteil vom 17. Januar 1970, Nr. 2689/65, Rn. 31; *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, Urteil vom 9. Januar 2013, Nr. 21722/11, Rn. 106.

Bei der oben dargelegten Besetzung des CETA-Gerichts ist die Gefahr nicht auszuschließen, dass tendenziell die kanadischen Investor*innen bei der dem Gericht verbleibenden Auslegungs- und Abwägungsspielräume im Vorteil sind. In einem ähnlich gelagerten Fall bezüglich der Vorurteilsfreiheit von Richter*innen, in dem es um die Rekrutierung von Verwaltungsbeamten zu Verwaltungsrichtern auf Zeit ging, bei denen die Möglichkeit bestand, dass sie über Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden haben würden, in die ihre Ursprungsbehörde verwickelt wäre, hat das Bundesverfassungsgericht zwar die grundsätzliche Befürchtung einer allzu verwaltungsfreundlichen Entscheidungspraxis des aus der Verwaltung rekrutierten Richters auf Zeit zurückgewiesen und auf die Beachtung eines „Distanzgebots“ der Richter*innen hingewiesen. Ganz geheuer war dem Gericht die Vorstellung, dass ein Richter oder eine Richterin tatsächlich in einem Verfahren mit ihrer Stammbehörde Recht sprechen sollte, aber nicht:

„Problematisch wäre es allerdings, wenn ein Richter auf Zeit in Verfahren entscheiden würde, an denen seine Stammbehörde beteiligt war oder ist. Dasselbe würde gelten, wenn nicht die Stammbehörde selbst, aber eine dieser vorgesetzte Behörde Beteiligte ist. Entsprechenden Gefährdungen kann – und muss – durch die Geschäftsverteilung Rechnung getragen werden,“ will heißen, von den entsprechenden Verfahren müssen diese Richter*innen ausgeschlossen werden, vgl. BVerfGE 148, 69 (Rn. 109).

Für die Etablierung der investitionsschutzrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit eines der entscheidenden Argumente war das der institutionellen Unbefangenheit der (privaten) Tribunale, die durch ihre Zusammensetzung die erforderliche Äquidistanz zu

den Streitparteien bewahrten. Ohne Schiedsgerichtsbarkeit würden über einen Rechtsstreit dagegen allein die normalen Gerichte des Gaststaates einer Investition entscheiden. Diese seien in demokratischen Rechtsstaaten zwar unabhängig und damit auch entpolitisiert. Trotzdem seien sie Teil einer Prozesspartei und damit „institutionell befangen“. Über die Schiedsgerichtsklauseln des ICSID- und anderer Schiedsabkommen würde dagegen ein Gericht kreiert, das institutionell keiner der beiden Seiten stärker als der anderen verbunden sei und damit – aus Sicht eines Unternehmens – bessere Garantien biete als ein hoheitliches Gericht.

Classen, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, in: EuZW 2014, S. 611 (613); *Diethelm*, ISDS-Regeln im CETA zwischen der EU und Kanada: Aspekte der Weiterentwicklung gegenüber früheren ISDS-Regelungen, in: SchiedsVZ 2019, S. 309 (310); *Schill*, Öffentlich-rechtliche Schiedsverfahren zwischen Risikobewältigung und Rechtsrisiko, in: DÖV 2010, S. 1013 (1015).

Das CETA-Gericht ist aber gerade nicht auf institutionelle Unbefangenheit angelegt, sondern darauf, dass in jeder Spruchkammer, die über die Klage eines kanadischen Investors gegen den deutschen Staat entscheidet, ein kanadischer Richter bzw eine kanadische Richterin, regelmäßig aber kein Deutscher sitzt – oder wenigstens eine Richterin bzw ein Richter aus demjenigen Rechtskreis, zu dem das deutsche Recht zählt. Die Gefahr, die hier besteht – und das effektive Niveau der sachlich-inhaltliche Legitimation des CETA-Gerichts weiter schmälert, ist die, dass Richter*innen insgesamt keine Subsumtionsautomaten sind. Sie sprechen nicht lediglich das aus, was die Vertragspartner meinen, vereinbart zu haben.

BVerfGE 34, 269 (287).

Haben Richter*innen Spielräume in der Rechtsauslegung, dann nutzen sie diese nicht nur, sondern lassen zudem ihre Vorverständnisse und eigenen Wertungen mit einfließen, die sie selbstverständlich rational mit Argumenten aus dem anzuwendenden Rechtstext begründen können – hierzu sind sie ausgebildet worden. In das Vorverständnis der Richter*innen fließt selbstverständlich ihre Ausbildung in ihrem je eigenen Rechtssystem hinein.

BVerfGE 148, 69 (Rn. 142 – abweichende Meinung der Richterin Hermanns).

Weiter hinzu kommen die spezifischen Qualifikationen, die CETA für die Richter*innen vorsieht, die den eben geschilderten *bias* noch verstärken (können). Nach Art. 8.27 Abs. 4 CETA werden von den Richter*innen vor allem Qualifikationen auf dem Gebiet des Völkerrechts, des internationalen Investitionsrechts und des internationalen Handelsrecht gefordert. Es ist in der Forschung unbestritten, dass es „mit Spezialisierung und professionell-kultureller Prägung zusammenhängende epistemische Orientierungen gibt, die für die Muster der produzierten Ergebnisse maßgeblich sind.“

Kumm, Ein Weltreich des Kapitals? Die Institutionalisierung ungerechtfertigter Investorenprivilegien in TTIP und CETA, in: *Leviathan* 43 (2015), S. 464 (469).

Durch die nicht-neutrale Zusammensetzung der Kammern des CETA-Gerichts wird das Vertrauen in die Rechtsprechung des CETA-Gerichts in einer vor Art. 79 Abs. 3 GG demokratierelevanten Weise gestört. Damit wird das Legitimationsniveau des CETA-Gerichts weiter abgesenkt.

(ee) Keine ausreichende Rückholbarkeit ausbrechender Rechtsprechung

Das CETA enthält auch keine ausreichenden vertragsrechtlichen Mechanismen, um die prekäre sachlich-inhaltliche Legitimation des CETA-Gerichts an die parlamentarische Mitwirkung in den Vertragsstaaten rückzubinden. Dass die Vertragsparteien nach Art. 8. 31 Abs. 3 CETA und Art. 26 Abs. 5 lit e) CETA vereinbart haben, dass der Gemischte CETA-Ausschuss das Investitionsschutzregime für das Gericht verbindlich auslegen und für die Zukunft regeln darf,

Noch einmal bestätigt und erweitert durch Decision No 2/2021 of the CETA Joint Committee v. 19.2.2021, ABl. EU L 59/45, S. 47 Annex Nr. 5: „The CETA Joint Committee may decide that an interpretation shall have binding effect from a specific date.

erhöht das sachliche Legitimationsniveau des Gerichts nicht. Das zu niedrige Legitimationsniveau des ICS wird hierdurch nicht ausreichend kompensiert.

Dem CETA-Gericht ist Rechtsfortbildung im Wege methodisch an die WVK gebundener Rechtsprechung nicht verwehrt (Art. 8. 31 Abs. 1 CETA) und auch in der Rechtsprechung des BVerfG ist grds anerkannt, dass internationale Gerichte das Recht fortbilden dürfen,

BVerfGE 75, 223 (241ff.); 126, 286 (305f.); 153, 74 (Rn. 131).

da mit der Übertragung von Rechtsprechungsbefugnissen auf ein neu zu schaffendes zwischenstaatliches Gericht immer die methodisch unverzichtbare Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung verbunden ist. Rechtsfortbildung ist zwar keine Rechtsetzung, die die politischen Gestaltungsspielräume bzw. das *right to regulate* des deutschen Gesetzgebers per se schmälern würde, sondern folgt den gesetzlich oder völ-

kervertraglich wenn auch vage festgelegten Vorgaben. Trotzdem werden Schiedsgerichte, die mit unbestimmten IIAs oder Freihandelsabkommen umgehen, nicht ganz zu Unrecht als *Lawmaker* bezeichnet.

Moloo/King, International Arbitrators as Lawmakers, in: NYU Journal of International Law and Politics 2014, S. 875 ff. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2504628.

Im Rahmen der europäischen Bankenunion hat das Bundesverfassungsgericht als entscheidende Kompensation – in einer ganzen Reihe von Kompensationsmitteln für die defizitäre demokratische Legitimation der neuen Aufsichtsbefugnisse der EZB über nationale Banken – für das demokratische Defizit der EZB die Möglichkeit erachtet, dass der Gesetzgeber die demokratische Verantwortung für das Handeln der EZB wahrnehmen und über „allfällige Änderungen ihrer Rechtsgrundlagen entscheiden kann.“

BVerfGE 151, 202 (Rn. 211).

In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht geurteilt, dass Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG offen für begrenzte Modifikationen der demokratischen Legitimationsvermittlung sind, durch die Einflussknicke kompensiert werden können. Zu diesen Kompensationsmöglichkeiten zählen im Hinblick auf eine demokratisch schwach legitimierte Verwaltung zum einen eine effektive gerichtliche Kontrolle der Verwaltungstätigkeiten und zum anderen „Kontrollrechte, die dem Parlament – im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen – spezifische Einflussmöglichkeiten auf Behörden vermitteln und es in die Lage versetzen, eine Letztkontrolle durch eine Änderung oder Aufhebung der Rechtsgrundlagen auszuüben.“

BVerfGE 151, 202 (Rn. 130).

Demokratisch legitimierende Rechtsbindung des Richters bzw der Richterin ist Bindung an das positive Recht. Das nationale Gesetz wird durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber erlassen. Sollte ein nationales höchstes Gericht durch Rechtsauslegung das Ziel, das der Gesetzgeber durch sein Gesetz verfolgen wollte, überschießen und außer der Reihe rechtsetzend tätig werden, kann das Parlament jederzeit durch Änderung des betreffenden Gesetzes im nationalen Gesetzgebungsverfahren die rechtsfortbildende Tätigkeit des höchsten Gerichts einfangen und korrigieren.

Die Vertragsparteien vom CETA haben versucht, diese demokratische Prämisse, dass nämlich die richterliche Rechtserzeugung durch das CETA-Gericht durch demokratisch besser legitimierte Vertragsorgane zurückgeholt werden kann, als Korrektiv in den Vertragstext aufzunehmen.

Diese demokratische Rückbindung des CETA-Gerichts ist defizitär und erhöht das niedrige Legitimationsniveau nicht. Sie ist ein unbestimmter Wechsel in die Zukunft.

Im Bereich des globalen Regierens gilt zum einen, dass Verfahren zur Vertragsänderung oder Auslegungsmechanismen, mit denen die Rechtsgrundlagen eines Gerichts modifiziert und besser an den Willen der Vertragsparteien angepasst werden sollen, schwer zu verwirklichen sind. Sie erfordern, wie im CETA, Einstimmigkeit zwischen den Vertragspartnern, die nicht oder nur schwer zu erreichen sein wird. Es wird nicht von der Hand zu weisen sein, dass die richterliche Rechtserzeugung des CETA-Gerichts, die ggf eingefangen werden soll, zumindest den Interessen einer Vertragspartei entsprechen wird. Diese Vertragspartei wird einem Korrekturingriff in die Rechtsgrundlagen des CETA-Gerichts sicherlich nicht sonderlich zugeneigt sein.

Hierzu umfassend von *Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 167 ff.

Dieses Problem spiegelt sich auch im mittlerweile durch das USMCA ersetzte NAFTA wider. NAFTA wurde 1994 abgeschlossen und sah – wie CETA – einen Ausschuss für bindende Vertragsauslegungen zwischen den Vertragsstaaten vor. Dieser Mechanismus wurde von den Vertragsparteien insgesamt nur zwei Mal genutzt, um abenteuerliche Interpretationen zum Investitionsschutz durch die eingesetzten Schiedsgerichte wieder einzufangen. Die Arbeit des Ausschusses war ernüchternd. Er konnte die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllen, da sich u.a. die Schiedsgerichte nicht für seine Vorgaben interessiert haben. Die Steuerungswirkung solcher Ausschüsse kann deswegen zumindest nicht seriös beurteilt werden.

Van Harten, A Parade of Reforms: The European Commission's Latest Proposal for ISDS, Osgoode Hall Law School Legal Studies Research Paper Series, Resarch Paper No. 21, Volume 11 (2015), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2603077, S. 1 (5); *Krajewski*, Wortbeitrag in: Wortprotokoll der 22. Sitzung des Wirtschaftsausschusses am 12.10.2022, <https://www.bundestag.de/resource/blob/923388/1a42405bcc18596d79d3b3ee9fce373e/Wortprotokoll-data.pdf>, S. 10 f.; *ders.*, Anmerkungen zum Gutachten von Dr. Stephan Schill (...), https://www.global2000.at/sites/global/files/Krajewski_Zusatzerklaerungen_Investorenschutz.PDF, S. 6.

Um das CETA-Gericht an den Willen der Vertragsparteien zu binden und eine nicht genehme Rechtsfortbildung durch das Gericht zu stoppen, sieht das CETA folgenden Mechanismus vor: Nach Art. 8.44 Abs. 3 CETA kann zunächst der Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen im Einvernehmen mit den Vertragsparteien,

nachdem diese ihre jeweiligen internen Vorschriften erfüllt und ihre internen Verfahren abgeschlossen haben, 1. dem Gemischten CETA-Ausschuss nach Art. 8.31 Abs. 3 lit. a) und d) CETA die Annahme von Auslegungen dieses Abkommens empfehlen, und 2. dem Gemischten CETA-Ausschuss nach Art. 8.10 Abs. 3 CETA die Festlegung etwaiger Bestandteile der Verpflichtung zur Gewährung einer gerechten und billigen Behandlung empfehlen. Neben (oder nach) dem Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen kommt der GCA ins Spiel. Dieser beschließt nach Art. 26.1 Abs. 5 lit. e) CETA über Auslegungen der Bestimmungen dieses Abkommens, die für die nach Kapitel acht Abschnitt F (Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und Staaten) und nach Kapitel neunundzwanzig (Streitbeilegung) eingesetzten Gerichte bindend sind.

Dass die Vertragsergänzungen des GCA für das CETA-Gericht grds verbindlich sind, ergibt sich aus Art. 31 Abs. 3 lit. a) und c) der WVK. Allerdings ist der Wille der Vertragsparteien nur ein Prüfungspunkt in der Auslegung einer vertragsrechtlichen Klausel. Nach der genannten Bestimmung der WVK ist für die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrags jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags und die Anwendung seiner Bestimmungen zwar zu berücksichtigen, aber nur in gleicher Weise wie die anderen in Art. 31 WVK genannten Faktoren.

Im Übrigen muss es bei den bindenden Interpretationen durch den GCA auch nicht zwangsläufig um eine Einschränkung der Haftung des jeweiligen Gaststaates gehen. Nach Art. 8.10 Abs. 3 CETA überprüfen die Vertragsparteien zB regelmäßig die Standards des FET. Der GCA kann hier Änderungen beschließen. In Art. 8.10 Abs. 1 lit a) bis e) CETA sind bislang eine Reihe abschließender Tatbestände benannt, bei deren Vorliegen allein eine ungerechte und unbillige Behandlung einer Investition anzunehmen ist. Aus Art. 8.10 Abs. 3 CETA ergibt sich nicht, dass diese Tatbestände

nicht auch erweitert werden dürften. Art. 8.10 Abs. 2 lit. f) CETA geht sogar ausdrücklich von der Erweiterungsmöglichkeit aus, wenn er die Ausschließlichkeit der Tatbestände zugunsten eines Verstoßes „gegen etwaige weitere von den Vertragsparteien (...) festgelegte Bestandteile der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung“ öffnet.

Ernst, Fair and equitable treatment im CETA, Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, in: KritV 2015, S. 406 (416).

Der GCA sowie der Sonderausschuss für Dienstleistungen und Investitionen entscheiden somit verbindlich über Art. 8.18 Abs. 1 lit a) und b) CETA auch über die in Abschnitt D des CETA niedergelegten Standards des Investitionsschutzes. Auch der Annex 8-A zum CETA steht unter dem Konkretisierungsvorbehalt des GCA und des Sonderausschusses für Dienstleistungen und Investitionen. Da Anhang 8-A CETA das Investitionsschutzkapitel betrifft, entscheiden beide Ausschüsse auch darüber, was berechnigte Gemeinwohlziele sein können, die die Vertragsstaaten des CETA verfolgen dürfen, um grundsätzlich – außer in seltenen Fällen – von der indirekten Enteignung als Klagegrund von Investor*innen ausgenommen zu sein. Hier werden wesentliche Fragen nicht nur des Gemeinwohls, sondern auch bezüglich des Standards des nationalen Grundrechtsschutzes von exekutiven Ausschüssen und letztverbindlich dann von dem CETA-Gericht entschieden, deren Legitimationsniveaus insgesamt nur sehr gering sind.

Viel diskutierte Beispielfälle sind die Schiedsverfahren von Philip Morris gegen Australien und Uruguay. Australien hatte zum Gesundheitsschutz seiner Bürger*innen ein plain packaging von Zigaretten per Gesetz eingeführt, Uruguay den Abdruck abschreckender Bilder auf Zigarettenpackungen angeordnet. Philip Morris v Australien, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12,

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf; *Philip Morris v Uruguay*, ICSID ARB/10/7, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>.

Denn zum einen ist im Gemischten CETA-Ausschuss die deutsche, vom Wahlvolk legitimierte Staatsgewalt nicht vertreten. Damit ist das deutsche Wahlvolk auch an der sachlichen Rückbindung der CETA-Gerichtsbarkeit nicht unmittelbar beteiligt. Zwar werden Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses auch zur verbindlichen Vertragsauslegung durch das CETA-Gericht im Rat abgestimmt. Selbst wenn hier aber ein deutscher Vertreter beteiligt ist und die Ratsbeschlüsse auf diesem Anwendungsfeld vom CETA einstimmig zu ergehen haben, weist die Rückbindung des endgültigen Beschlusses an das Parlament kein ausreichend effektives, kompensatorisches Mindestniveau auf, da die Vertreter*innen der Bundesregierung im Rat nicht an die nach Art. 23 Abs. 3 GG u. §§ 3 ff. EuZBBG erforderlichen Stellungnahmen des Bundestages gebunden sind.

Zudem nimmt das CETA am Anwendungsvorrang des Unionsrechts teil. Freihandelsabkommen der EU wie das CETA werden zu Unionsrecht. Der in den ausschließlichen Kompetenzbereich der Union fallende Teil des Abkommens wird mit dessen Ratifizierung nach Art. 216 Abs. 2 AEUV sekundäres Unionsrecht. Er nimmt am Vorrang des Unionsrechts teil und wird auch durch nationale Gesetzgebung nicht überschrieben werden können. Dieser *treaty override*, den das Bundesverfassungsgericht für völkerrechtliche Verträge für vereinbar mit dem Grundgesetz hält,

BVerfGE 141, 1 (Rn. 33 ff.).

gilt auf unionsrechtlicher Ebene nicht. Das nationale Parlament hat hier keine Chance, investitionsschutzrechtliche Standards selbst zu definieren und über die Änderung der Rechtsgrundlagen für das CETA-Gericht zu entscheiden.

Eine effektive *exit-option* aus dem Freihandelsabkommen gibt es zudem auch nicht. Selbst wenn Deutschland aussteigen dürfte, gälte das Investitionsschutzkapitel für weitere 20 Jahre nach Vertragsbeendigung gemäß Art. 30.9 Abs. 2 CETA fort.

Insgesamt ist das Legitimationsniveau des CETA-Gerichts im Ergebnis nicht effektiv und damit zu niedrig.

2.2. Keine Rechtfertigung des zu niedrigen Legitimationsniveaus durch Integration

Das nicht ausreichende Legitimationsniveau des CETA-Gerichts lässt sich verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen und verletzt deshalb die deutsche Verfassungsidentität. Grundsätzlich lässt ein zu niedriges Legitimationsniveau, vor allem dann, wenn es aufgrund vieler Einflussknippe in zwischenstaatlichen Institutionen entsteht, verfassungsrechtlich rechtfertigen. Es lassen sich für das CETA-Gericht aber keine zwingenden Gründe finden, aus denen sich das Erfordernis ableiten lässt, die Effizienz der demokratischen Legitimation der Richter*innen so weit absenken zu müssen, wie dies mit dem CETA geschehen ist.

Das niedrigere demokratische Legitimationsniveau zwischenstaatlicher Institutionen, die in einem Näheverhältnis zur Union stehen, lässt sich nach der Rechtsprechung des Gerichts grundsätzlich nur jeweils bereichsspezifisch über die fortschreitende Integration der Union rechtfertigen.

BVerfGE 151, 202 (Rn. 131, 134).

Im Fall des ICS versagt dieser Rechtfertigungsstrang.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt das Grundgesetz auf der Basis von Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG Abweichungen von den innerstaatlichen Anforderungen an die demokratische Organisation einer zwischenstaatlichen Einrichtung – im entschiedenen Fall der Verwaltung – zu, „wenn diese durch die Erfordernisse der auf dem Prinzip der Staatengleichheit gründenden und völkervertraglich ausgehandelten europäischen Integration bedingt“ sind, und auf unionaler Ebene durch Mitwirkungsbefugnisse des Europäischen Parlaments abgestützt werden.

BVerfGE 151, 202 (Rn. 125); 123, 267 (364).

In der Rechtsprechung des Gerichts stand bisher vor allem die Rechtfertigung des demokratisch defizitären Legitimationsniveaus der EZB und der europäischen Bankenunion im Fokus. Insbesondere die Bankenunion konnte den Rechtfertigungsgrund einer *kohärenten und wirksamen Politik der Union* selbst hinsichtlich der Beaufsichtigung von nationalen Kreditinstituten für sich verbuchen.

BVerfGE 151, 202 (Rn. 172).

Die Bankenunion reagierte auf die Finanz- und Staatsschuldenkrise seit 2007, in der sich die bestehenden nationalen Aufsichtsstrukturen als nicht geeignet erwiesen hatten, die systemischen Risiken durch bedeutende, international vernetzte Banken einzudämmen. Als Konsequenz daraus sollte möglichen Bankenschieflagen durch eine europäisierte Aufsicht entgegengewirkt werden. Die Bankenunion entsprach als zentralisierte und damit europäische Bankenaufsicht den Gedanken von Harmonisierung und Integration der Union. Europäische Harmonisierung und Integration bringen dagegen weder das CETA noch die CETA-Gerichtsbarkeit.

Unter CETA geht es gerade darum, jenseits der Europäischen Union Handelsbeziehung mit einem Drittstaat zu intensivieren. Um dessen Investoren zu schützen, wird eine CETA-Gerichtsbarkeit eingerichtet und die Bindung aller Gaststaaten einer kanadischen Investition an das völkerrechtliche Abkommen positiviert, dessen Einhaltung ein außerhalb der Union und ihrer Mitgliedstaaten stehendes Gericht überwacht.

Art. 23 GG ist Ausdruck der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes. Er legt die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für eine Mitwirkung Deutschlands an einem vereinten Europa fest. Hierzu darf Deutschland Hoheitsgewalt auf die Union übertragen und dieser den Durchgriff in die nationale Rechtsordnung ermöglichen. Dazu zählt auch die Unterwerfung unter ein internationales Gericht wie den EuGH. In Zusammenschau mit dem Grundsatz der Subsidiarität ergibt sich aus der in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG genannten Zielbestimmung, nämlich der „Verwirklichung eines vereinten Europas“, dass über den europäischen Integrationsprozess nicht beliebig viele und strukturell unterschiedlich zusammengesetzte internationale Gerichtsbarkeiten mit deutscher Hoheitsgewalt ausgestattet werden dürfen, zumal diese Parallelgerichtsbarkeiten nicht zu einem vereinten Europa, sondern zu einem zerfaserten Europa führen.

Das Grundgesetz selbst setzt in Art. 23 Abs. 1 lit a GG den EuGH als einziges in Unionsangelegenheiten zuständiges europäisches Gericht implizit voraus. Das CETA-Gericht tritt dagegen mit dem EuGH in eine investitionsschutzrechtliche Konkurrenz. Bereits deswegen lässt es sich nicht als Teil des europäischen Integrationsprogramms deuten.

Freihandelsabkommen der EU wie das CETA werden zu Unionsrecht. Der in den ausschließlichen Kompetenzbereich der Union fallende Teil des Abkommens wird mit dessen Ratifizierung nach Art. 216 Abs. 2 AEUV sekundäres Unionsrecht und

nimmt am Vorrang des Unionsrechts teil. Über den Inhalt und über Streitigkeiten über den Inhalt des CETA entscheidet aber nicht der EuGH, sondern die CETA-Gerichtsbarkeit.

Der im CETA vorgesehene ISDS-Mechanismus steht dabei außerhalb des Gerichtssystems der Union und der Mitgliedstaaten, wie der EuGH in seinem Gutachten 1/17 selbst feststellt.

EuGH: Investitionsschutzrecht: Investitionsschutz im Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (CETA), EuZW 2019, 457 Rn. 113 f.

Der EuGH sieht die Autonomie der Unionsrechtsordnung und sein Entscheidungsmonopol hierüber aber durch das ICS nicht betroffen, da die CETA-Gerichtsbarkeit das Primär- und Sekundärrecht der Union weder auslegen noch anwenden dürfe. Artikel 8.31 CETA nennt als für die CETA-Gerichtsbarkeit anwendbares Recht insoweit nur das Abkommen selbst. Innerstaatliches Recht, das das Unionsrecht als Begriff mit einzuschließen scheint, kann das CETA-Gericht seiner Entscheidung ausschließlich als Tatsache zugrunde legen, wobei es innerstaatliches Recht allerdings nach der herrschenden Auffassung des jeweiligen Staates auslegen darf.

EuGH: Investitionsschutzrecht: Investitionsschutz im Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (CETA), EuZW 2019, 457 Rn. 118 ff.

Diese Argumentation des EuGH greift aber ohnehin zu kurz. Anders als der EuGH meint, hat die Einrichtung des ICS das Potential, die einheitliche Anwendung und Auslegung des Unionsrechts zu gefährden und damit im Sinne des Art. 23 GG desintegrativ zu wirken. Das liegt vor allem an den Zugangsvoraussetzungen zum CETA-Gericht, die die nationalen Gerichtsbarkeiten und den EuGH ausschalten.

Zwar wendet das CETA-Gericht unionales Recht materiell nicht an. Doch berücksichtigt es dieses als (Rechts-)Tatsache, die es gegebenenfalls auslegen muss. Dabei ist es vertraglich an die Auslegung der herrschenden Meinung gebunden, wobei die Auslegungshoheit nach Art. 8.31 Abs. 2 CETA bei den Gerichten und Behörden der Vertragsparteien liegt. Eine herrschende Meinung, die vor allem im rechtsstaatlich geprägten Unionsrecht wesentlich vom EuGH geprägt wird, muss sich jedoch erst einmal herausbilden – unabhängig davon, um welche Art unionsrechtlicher Maßnahme sich der Streit dreht. Ohne entsprechende Rechtsprechung des EuGH ist das CETA-Gericht hier auf sich allein – oder ausschließlich auf die Auffassung der Kommission – gestellt. Und es ist – trotz anderslautender Einschätzung des Gerichtshofs – nicht so gänzlich einfach zwischen Anwendung nationalen Rechts als Tatsache und dessen Auslegung zu unterscheiden. Allein schon die in Art. 8.31 Abs. 2 CETA formulierte Forderung, dass das CETA-Gericht der vorherrschenden Auslegung des (unionsrechtlich determinierten) nationalen Rechts folgt, ist weniger eine Tatsachen-, als vielmehr eine Auslegungsfrage, die auf tönernen Füßen steht, wenn es eine vereinheitlichte Rechtsprechung vom EuGH zu einer unionalen Rechtsfrage noch nicht gibt.

Leonelli, CETA and the External Autonomy of the EU Legal Order: Risk Regulation as a Test. *Legal Issues of Economic Integration* 47 (2020), S 50 ff.

Eine Klausel, die dem CETA-Gericht sogar die implizite Anwendung und Überprüfung von Unionsrecht vorschreibt, findet sich in Art. 8.1 CETA bei den Begriffsbestimmungen. Hier haben sich die Vertragsparteien darüber geeinigt, dass eine vom CETA erfasste Investition nur eine solche sein kann, „die im Einklang mit dem zum Zeitpunkt der Tätigkeit der Investition anwendbaren Recht“ (des Gaststaates) getätigt wird. Zwar ist die rechtliche Wirkung einer solchen Konformitätsklausel in der Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt nicht abschließend geklärt, nach Stellung und

Wortlaut der Konformitätsklausel wollen die Vertragsparteien aber offensichtlich erreichen, dass sich eine Investition nur solange im Anwendungsbereich des CETA und seines Investitionsschutzkapitels bewegt, wie sie nicht gegen nationales bzw unionales Recht verstößt.

Wie genau diese oder ähnliche Konformitätsklauseln in der Rechtsprechung der Schiedsgerichte wirken, ist umstritten. Zum einen könnten sie die Zuständigkeit der CETA-Gerichtsbarkeit ausschließen. Wird die Konformitätsklausel als essentielles Definitionsmerkmal einer Investition im Sinne des betreffenden Abkommens ausgelegt, bedeutet das, dass die Investor*innen sich im Falle eines Verstoßes gegen die nationale bzw unionale Rechtsordnung nicht des ISDS im CETA bedienen können, da die Zuständigkeit des CETA-Schiedsgerichts beschränkt ist auf die Beschädigung einer Investition, die dem CETA auch unterliegt. Durch einen Verstoß gegen Unionsrecht würde der kanadischen Unternehmung die notwendige Investitionseigenschaft aber gerade abgesprochen, weswegen das Schiedsgericht folglich seine Zuständigkeit ablehnen müsste.

Die bisherige Schiedsgerichtspraxis ist dagegen der Auffassung, dass ein Verweis auf die Rechtsordnung des Gaststaates in einer Konformitätsklausel lediglich die Legalität der Investition betreffe, nicht aber deren Eigenschaft als Investition als solche.

ZB *Salini Costruttori* u.a. v Königreich Marokko, ICSID, ARB/00/4, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>,

Decision, Rn. 46: „The Tribunal cannot follow the Kingdom of Morocco in its view that paragraph 1 of Article 1 refers to the law of the host State for the definition of ‚investment‘. In focusing on ‚the categories of invested assets (...) in accordance with the laws and regulations of the aforementioned party,‘ this provision refers to the validity of the investment and not to its definition.

More specifically, it seeks to prevent the Bilateral Treaty from protecting investments that should not be protected, particularly because they would be illegal.“

Damit können sich Investor*innen auch im Falle eines eigenen Rechtsverstoßes mit ihrer Investition zunächst an ein Schiedsgericht wenden. Innerhalb des Verfahrens kann der Gaststaat dann aber den Verstoß gegen seine Rechtsordnung geltend machen, um einen Ausschluss der Investition aus dem Schutzbereich des Abkommens zu bewirken.

ZB Alasdair Ross Anderson u.a. v Republik Costa Rica, ICSID ARB(AF)/07/3, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0031.pdf>,

Award, Rn. 55: In securing investments from the Claimants, the Villalobos brothers were thus clearly not acting in accordance with the laws of Costa Rica. The entire transaction between the Villalobos brothers and each Claimant was illegal because it violated the Organic Law of the Central Bank. If the transaction by which the Villalobos acquired the deposit was illegal, it follows that the acquisition by each Claimant of the asset resulting from that transaction was also not in accordance with the law of Costa Rica. Although the Claimants may not have committed a crime (...) the fact that they gained ownership of the asset in violation of the Organic Law of the Central Bank means that their ownership was not in accordance with the laws of Costa Rica and that therefore each of their deposits and resulting relationships with Villalobos did not constitute an “investment” under the BIT.

Plama Consortium Ltd. v Bulgarien, ICSID (ECT) ARB/03/24, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf>,

Award, Rn. 143: „Claimant, in the present case, is requesting the Tribunal to grant its investment in Bulgaria the protections provided by the ECT. However, the Tribunal has decided that the investment was obtained by deceitful

conduct that is in violation of Bulgarian law. The Tribunal is of the view that granting the ECT's protections to Claimant's investment would be contrary to the principle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* invoked above. It would also be contrary to the basic notion of international public policy - that a contract obtained by wrongful means (fraudulent misrepresentation) should not be enforced by a tribunal.“

Die rechtlichen Anforderungen an eine die Zulassung einer Investition nach der Konformitätsklausel unter dem CETA ergeben sich nicht nur aus speziellen Investitionsgesetzen, sondern können aus jeder (unionsrechtlich determinierten) nationalen oder unionalen Rechtsvorschrift abgeleitet werden.

Joubin-Bret, Admission and Establishment in the Context of Investment Protection, in: Reinisch (Hrsg.), Standards of Investment Protection, 2008, S. 9 (19).

Zieht eine kanadische Investorin bzw ein kanadischer Investor wegen Beschädigung ihrer bzw seiner Investition vor das CETA-Gericht, hat dieses zu prüfen, ob die Investition gemäß der Konformitätsklausel in Art. 8.1 CETA in Einklang mit den unionalen Vorschriften oder (unionsrechtlich determinierten) nationalen Regeln getätigt wurde, um seine Zuständigkeit entweder zu bejahen oder zu verneinen oder einer Investition des Schutz des CETA zu versagen. Hier muss das CETA-Gericht unionales oder unionsrechtlich vollständig determiniertes nationales Recht anwenden (und nicht allein als Tatsache berücksichtigen), ohne dass es die Möglichkeit hat, Fragen der Anwendung von unionalem Recht – vor allem wenn eine herrschende Auslegung sich noch nicht herausgebildet hat – vom EuGH vorab klären zu lassen.

Zwar sind die Gerichte und Behörden der Vertragsparteien nach Art. 8.31 Abs. 2 CETA an die Auslegung des Unionsrechts durch das CETA-Gericht nicht gebunden, durch die CETA-Gerichtsbarkeit wird aber gerade dadurch eine weitere Auslegungsebene in das Unionsrecht eingezogen, die dessen Vereinheitlichung gefährdet.

Da das CETA weder eine nationale Rechtswegerschöpfung vorsieht, noch das CETA-Gericht als außerhalb des Gerichtssystems der Union stehendes Gericht befugt ist, eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen, gibt es innerhalb des ISDS im CETA keine Möglichkeit, den EuGH anzurufen, bevor das CETA-Gericht eine Entscheidung über die Unionsrechtswidrigkeit einer Maßnahme trifft, wenn die kanadischen Investor*innen und das CETA-Gericht schneller sind (und das ist ja nun ein Kriterium für ihre Rechtfertigung) als ihre unionalen Gegenstücke.

Kerkemeyer, Unionsrecht und internationales Investitionsschutzrecht auf Kollisionskurs, in: EuZW 2016, S. 10 (14 f.); *Engel*, Das Investor-Staat-Streitbeilegungssystem auf dem unionsrechtlichen Prüfstand, in: SchiedsVZ 2017, S. 291 (297 ff.).

Die Einleitung eines Verfahrens vor dem CETA-Gericht sieht nach Art. 8.22 Abs. 1 lit. f) und g) nämlich vor, dass der Kläger etwaige bereits nach innerstaatlichem Recht angestrengte Klagen oder Gerichtsverfahren in Bezug auf die streitgegenständliche Maßnahme, für die er Schadensersatz fordert, zurücknimmt oder einstellt und auf sein Recht verzichtet, Klagen oder anderweitige Gerichtsverfahren gegen diese Maßnahmen vor einem nationalen Gericht anzustrengen. Das nimmt den nationalen Gerichten die Möglichkeit, Fragen des Unionsrechts, die für die angegriffene Maßnahme eine Rolle spielen könnten, insbesondere damit auch die Frage, ob eine Investition gegen Unionsrecht verstößt, durch Vorlage beim EuGH abklären zu lassen. Nimmt der Investor eine bereits anhängige Klage zurück, wird auch eine ggf bereits anhängige Vorlage beim EuGH hinfällig.

Zudem hat das CETA-Gericht bei allen Fragen, in denen es die Verhältnismäßigkeit einer angegriffenen Maßnahme zu prüfen hat, zu untersuchen, ob diese Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Zweck steht. Dazu kann es immer erforderlich sein, die korrekte Anwendung der nationalen Verfassung, des unionalen Primär- und Sekundärrechts oder innerstaatlicher Gesetze zu überprüfen – auch wenn der EuGH dies auszuschließen scheint. Die Vertragsparteien haben zwar in Art. 8.10 Abs. 7 CETA zum Schutzstandard des FET festgestellt, dass die Tatsache, dass eine Maßnahme gegen innerstaatliches Recht verstößt, nicht *per se* einen Verstoß gegen das FET darstellt. Gleichwohl kann der interne Rechtsverstoß einer Maßnahme mindestens in den Tatbestand der „offenkundigen Willkür“ in Art. 8.10 Abs. 2 lit c) CETA hineinspielen. Dasselbe gilt im Tatbestand der indirekten Enteignung, wenn eine nach nationalem bzw unionalem Recht ggf rechtmäßige Maßnahme nach Nr. 3 Anhang 8-A CETA als völkerrechtswidrig ausgeurteilt wird (näher oben b) (3)).

Der Kläger kann damit durch die Anrufung des CETA-Gerichts zum einen verhindern, dass durch Auslegung einer angegriffenen Maßnahme seitens der nationalen oder der unionalen Rechtsprechung diese Maßnahme kassiert oder beschränkt wird, oder – im vorliegenden Zusammenhang noch gewichtiger – dass durch eine gerichtliche Entscheidung vor allem des EuGH im Vorlageverfahren diejenigen Rechtstat-sachen, die das CETA-Gericht nach Art. 8.31 Abs. 2 CETA dem Rechtsstreit zugrunde legen muss, näher konkretisiert werden. Damit wird durch die genannten Regelungen des CETA die Gefahr des ICS für eine einheitliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts deutlich. Sie ist darin zu finden, dass das CETA-Gericht bei fehlender Stellungnahme des EuGH nach eigenem Gusto (oder ausschließlich gestützt auf die Meinung der Kommission) auslegt, um auf dieser Grundlage einem kanadischen Investor eine Entschädigung zuerkennt, weil es auf Grundlage seiner

eigenen Auslegung zB eine unfaire oder enteignende Behandlung ausurteilt und eine Gemeinwohlmaßnahme der Union als nicht wertig genug betrachtet.

Das hat der EuGH in anderen Zusammenhängen – vor allem mit der Autonomie des Unionsrechts – selbst sehr kritisch gesehen. Im Rahmen des Beitritts der Union zur EMRK wies der EuGH in einem Reflexionspapier darauf hin, dass es zur Wahrung der Autonomie des Unionsrechts erforderlich sei, dass er sich abschließend über die Vereinbarkeit einer Unionshandlung mit der EMRK äußern könne, bevor der EGMR hierüber entscheide. In seinem Gutachten 2/13 zu eben dieser Frage bezeichnete der Gerichtshof einen Vorabbefassungsmechanismus als „geboten, um das ordnungsgemäße Funktionieren des Gerichtssystems der Union zu gewährleisten.“

EuGH, Reflexionspapier des Gerichtshofs der Europäischen Union zu bestimmten Aspekten des Beitritts der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 5. Mai 2010, in: *EuGRZ* 2010, S. 366 Rn. 8; *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 236.

Zwar hat das CETA-Gericht keine Befugnis, Unionshandeln für nichtig zu erklären und zu verwerfen. Es kann aber in die Lage kommen, klären zu müssen, a) ob eine Investition konform ist mit Unionsrecht oder mit unionsrechtlich determiniertem nationalen Recht, und b) ob Sekundärrecht der Unionsorgane unionsrechtswidrig war. Wie bereits dargelegt: Auch wenn zB im FET nach Art. 8.10 Abs. 7 CETA die Tatsache, dass eine Maßnahme unionsrechtswidrig ist, *per se* noch keinen Verstoß gegen das FET darstellt, zeigt diese Klausel im Umkehrschluss doch, dass es durchaus in die Zuständigkeit eines Tribunals fallen kann, die Unionsrechtswidrigkeit einer Maßnahme als Vorfrage einer Schadensersatzklage zu prüfen. Und auch wenn die inzidente Feststellung des CETA-Gerichts, eine Maßnahme der Union sei rechtswidrig, deren Wirksamkeit nicht beeinträchtigt und für die Union und ihre Organe keine

verbindliche Wirkung entfaltet, da dieses Verdikt nicht im Tenor der gerichtlichen Entscheidung stehen wird, ist die vermeintlich fehlende Verbindlichkeit der Auslegung einer unionalen Maßnahme durch das CETA-Gericht nur die halbe Wahrheit. Die Auslegung der Maßnahme ist vielmehr Grundlage eines Schadensersatzurteils des CETA-Gerichts das die nationalen Behörden und Gerichte bei dessen Vollstreckung nach Art. 54 ICSID-Übereinkommen rechtlich verpflichtet.

Weiß, Die externe Autonomie des Unionsrechts als Schranke für den Investitionsschutz und weit darüber hinaus? – Zum CETA-Gutachten des EuGH als Ursprung einer überschießenden verfassungsrechtlichen Anforderung, in: EuR 2020, S. 621 (629).

Das CETA-Gericht wird auch insofern in die Bredouille kommen, die investitionsschutzrechtliche Tragweite von unionalen oder (unionsrechtlich determinierten) nationalen Maßnahmen zu bestimmen, als Vorbehalte der Union in Anhang I und II zum CETA durch Verweisung auf das Sekundärrecht der Union festgelegt werden. Hier wird das CETA-Gericht nicht umhinkommen, sich für die Bestimmung des Inhalts einer Maßnahme und ihrer Tragweite mit den Regelungen und dem Geltungsbereich des einschlägigen Sekundärrechts zu befassen, da es auf die Klärung der Frage ankommen kann, ob eine nach CETA unzulässige Behandlung einer Investorin bzw eines Investors vorliegt – oder der Union im betreffenden Fall eine Ausnahme kraft Vorbehalts zusteht und deshalb die haftungsauslösenden Pflichten nach Art. 8.18 CETA gemäß Art. 8.15 CETA ausgeschlossen sind. Eine unvermeidliche Auslegung von Sekundärrecht durch das CETA-Gericht liegt hier auf der Hand. Zwar wird das Sekundärrecht der Union in diesem Fall nicht zum Prüfungsgegenstand des CETA-Gerichts, wohl aber zum Prüfungsmaßstab, weil die Vorbehalte im CETA den Ausnahmebereich bestimmen.

Weiß, Die externe Autonomie des Unionsrechts als Schranke für den Investitionsschutz und weit darüber hinaus? – Zum CETA-Gutachten des EuGH als Ursprung einer überschießenden verfassungsrechtlichen Anforderung, in: EuR 2020, S. 621 (630 f.).

Von einem Schiedsspruch können darüber hinaus vor allem auch faktische Wirkungen ausgehen, die dem Unionsrecht widersprechen, weil das CETA-Gericht zB eine Pflichtenkollision eines Mitgliedstaates zwischen seinen unionsrechtlichen und seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen aus dem CETA ausspricht, ohne diese auflösen zu können.

Hierzu das Epos *Micula u.a. v Rumänien*, ICSID ARB/05/20, <https://www.international-law.com/cases/697>; kurze Zusammenfassung: <https://www.international-arbitration-attorney.com/de/enforcement-of-the-micula-icsid-award-rejected/>.

Eben die fehlende Garantie, dass der EuGH sich vor der Entscheidung eines unionsexternen Gerichts mit der Rechtmäßigkeit einer unionalen Maßnahme befassen kann, hat der Gerichtshof im Rahmen des Beitritts zur EMRK als prekär betrachtet. Das muss auch für das schiedsgerichtliche Verfahren nach CETA gelten, zumal auch bei der Vollstreckung eines Schiedsurteils eine Kontrolle des EuGH ausfällt, dieser also auch nicht im Nachhinein involviert wird. Denn vor allem, wenn nach dem ICSID vollstreckt wird, ist eine eigenständige Überprüfung des Schiedsurteils nicht vorgesehen. Da aber das Erfordernis der prozessualen Einbeziehung des EuGH dazu dient, über die Auslegungshoheit und die Einheitlichkeit des Unionsrechts in materieller Hinsicht abzusichern, ist die Verunheitlichung und Fragmentierung der Unionsrechtsordnung durch die Rechtsprechung des CETA-Gerichts gegeben.

Ruffert, Europarecht: Zulässigkeit der CETA-Investitionsstreitbeilegung, in: JuS 2019, S. 598 (600): „Jetzt setzt er (der EuGH) darauf, dass das CETA-Gericht nur dann von einem Verstoß gegen CETA ausgeht, wenn auch der EuGH einen Verstoß gegen primäres Unionsrecht bejahen würde. Der Gleichlauf der Prüfungsmaßstäbe gewährleistet aber keine Harmonisierung der Spruchpraxis der Kontrollinstanzen.“ *Jaeger*, Zum Vorschlag einer permanenten Investitionsgerichtsbarkeit, in: EuR 2016, S. 203 (207): „Eine Gegenposition wäre allerdings der gänzliche Verzicht auf eine Sondergerichtsbarkeit. Die Rechtseinheit wäre dann noch größer, da überhaupt keine Möglichkeit des Verdoppelns oder Aushebelns nationaler Urteile bestünde und die nationalen Systeme undurchbrochen blieben.“

Hinzu kommt, dass das Abkommen durch Beteiligung der Union nach Art. 216 AEUV Unionsrecht wird, und der EuGH eine parallele Auslegungszuständigkeit für Freihandelsabkommen in Anspruch nimmt, so dass hier eine echte Parallelität von Rechtsprechung herrscht.

EuGH, Urteil vom 30.09.1987 – Rs 12/86, BeckRS 1987, 114246, Rn. 7;
EuGH, Urteil vom 16.6.1998 – Rs. C-53/96 *Hermès International/FHT Marketing Choice BV*, BeckRS 1998, 55261, Rn. 28 f.

Die Einrichtung der CETA-Gerichtsbarkeit trägt nicht zur Integration der Union bei, die maßgeblich auch durch die rechtsvereinheitlichende Rechtsprechung des EuGH gesteuert wird, sondern zu deren Rechtszersplitterung und zur Fragmentierung des bislang homogenen Unionsgefüges.

2.3. Ergebnis

Im Ergebnis verstößt die Errichtung der CETA-Gerichtsbarkeit gegen den Kern des unantastbaren Demokratieprinzips aus Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG und Art. 79 Abs. 3 GG und verletzt Art. 38 Abs. 1 S. 2 GGG, da die deutschen Bürger*innen einer

Hoheitsgewalt ausgesetzt werden, deren Legitimationsniveau unterhalb der erforderlichen Mindestanforderungen an die Legitimation einer zwischenstaatlichen Gerichtsbarkeit liegt. Die dargelegten Einflussknicke und -ausfälle in der personellen und sachlich-inhaltlichen Legitimation können verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden, da die CETA-Gerichtsbarkeit nicht zur Integration der Union beiträgt.

3. Verletzung der Verfassungsidentität durch Zustimmung zu unzulässiger Blankettermächtigung zu Überleitung des ICS auf den Multilateralen Investitionsgerichtshof (MIC) nach Art. 8.29 CETA

Durch die Überleitungsnorm des Art. 8.29 CETA, in der der GCA ermächtigt wird, bei Errichtung des Multilateralen Investitionsgerichtshofs (MIC) einen Beschluss zu fassen, „dem zufolge Entscheidungen in von diesem Abschnitt erfassten Investitionsstreitigkeiten in Anwendung des multilateralen Mechanismus getroffen werden“ und hierzu „geeignete Übergangsregeln“ festzulegen, wird Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG iVm Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG und Art. 79 Abs. 3 GG verletzt.

BVerfGE 142, 123 (Rn. 110 f.); 143, 65 (Rn. 59).

Denn hier wird durch ein unzulässiges Blankett mit dem GCA eine demokratisch nur schwach legitimierte Institution ohne hinreichende Begrenzung ermächtigt, den Investitionsschutzteil im CETA bezüglich der Investitionsgerichtsbarkeit durch ein neues Abkommen auszutauschen und Hoheitsrechte auf ein zwischenstaatliches Gericht weiter zu übertragen, über dessen eigene demokratische Legitimation sich in Ermangelung von Wissen über Besetzungsverfahren und Rechtsprechungsbefugnisse derzeit nichts sagen lässt, außer dass unter der Ägide von UNCITRAL ein Brainstorming hierzu läuft. Die Zustimmung zu CETA durch die deutschen Verfassungsorgane ermöglicht somit eine noch nicht in ihren Umrissen erkennbare Weiter-

gabe der begrenzten Rechtsprechungsgewalt an ein ganz anderes internationales Gericht, mit unmittelbaren Auswirkungen auf die Verfahren und die Zuständigkeit deutscher Gerichte und damit auch auf deutsche Grundrechtsträger.

Die Grundrechtsträger*innen aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG nehmen ihr Recht auf Teilnahme an der demokratischen Legitimation der mit der Ausübung von Hoheitsgewalt betrauten Einrichtungen und Organe im Wesentlichen durch die Wahl des Deutschen Bundestages wahr. Deshalb muss der Bundestag über die Entwicklung zwischenstaatlicher Einrichtungen bestimmen, die in einem Näherverhältnis zur Union stehen. Das muss erst Recht gelten für solche zwischenstaatlichen Institutionen, deren Einrichtung in Ermangelung eines Näheverhältnisses zur Union über Art. 24 Abs. 1 GG laufen müsste, deren Zuständigkeit für nationale Streitigkeiten aus einem völkerrechtlichen Vertrag, der seinerseits in einem Näherverhältnis zur Union steht, aber wiederum durch ein Vertragsorgan festgelegt wird, das seinerseits in einem Näheverhältnis zur Union steht. Der Bundestag darf sich seiner Integrationsverantwortung nicht dadurch entziehen, dass er anderen Akteuren wie dem GCA unter dem CETA unbestimmte Ermächtigungen überträgt, sich von diesem Organ fremdbestimmen lässt und nicht Herr seiner eigenen Entschlüsse bleibt.

BVerfGE 89, 155 (187); 129, 124 (179 f.); 153, 74 (Rn. 140).

Seine – einer grundrechtlichen Schutzpflicht nicht unähnliche – Integrationsverantwortung kann der Bundestag nur wahrnehmen, wenn er den Vollzug des Integrationsprogramms des CETA im Rahmen seiner Kompetenzen kontinuierlich beobachtet und begleitet. Diese Beobachtungs- und Begleitpflicht zielt auch auf die Sicherung des demokratischen Legitimationszusammenhangs der zwischenstaatlichen Gerichtsbarkeit. Sie gilt in gesteigertem Maße, wenn – wie beim ICS oder späteren MIC – öffentliche Gewalt durch eine Institution ausgeübt werden soll, deren Vorläufer bereits nicht ausreichend demokratisch legitimiert ist, und deren endgültige Gestalt

so wenig ausgereift ist, dass die demokratische Legitimation des MIC erst recht nicht gegeben scheint – oder man dies zumindest nicht weiß. Der Bundestag hat sich deshalb aktiv mit der Frage auseinanderzusetzen, wie er das erforderliche demokratische Legitimationsniveau herstellen kann, und er hat eine positive Entscheidung darüber herbeizuführen, auf welchem Weg er das bewerkstelligen kann. Das gilt namentlich für seine Verpflichtung, auf seine im Rahmen der europäischen Integration bestehenden Rechte und Pflichten nicht zu verzichten. Er darf gegenüber einer drohenden Erosion seiner Gestaltungsmacht durch Kompetenzanmaßungen von Organen, die in einem Näheverhältnis zu Union stehen, nicht untätig zu bleiben. Selbst für Grenzfälle des verfassungsrechtliche noch Zulässigen muss der Gesetzgeber mit seinem Zustimmungsgesetz wirksame Vorkehrungen dafür treffen, dass sich seine Integrationsverantwortung entfalten kann.

BVerfGE 130, 76 (123 f.); 134, 366 (Rn. 53 f.); 142, 123 (Rn. 111, 164 ff.); 151, 202 (Rn. 121, 146 f.).

Das hat der Bundestag hier betreffend das MIC verabsäumt.

3.1. Erforderliches Zustimmungsgesetz des Bundestages

Für die Überleitung aller CETA-Rechtsstreitigkeiten durch den GCA als Vertragsorgan des CETA auf einen multilateralen Investitionsgerichtshof und die damit verbundene Auswechslung des CETA-Kapitels über den Investitionsschutz, war eine eigenständige Zustimmung des Bundestages erforderlich wie sie durch das Zustimmungsgesetz, das Art. 8.29 CETA umfasst, geschehen ist.

Ein Vertragsorgan des CETA, in dem ausschließlich die EU und Kanada vertreten sind, wird den Beschluss fassen, die Rechtsprechung über den in CETA garantierten Investitionsschutz auf einen Investitionsgerichtshof zu übertragen. Werden Kompetenzen weiterübertragen, die – wie der Investitionsschutz und die Investitionsschutzgerichtsbarkeit des CETA – in die geteilte nationale Zuständigkeit fallen, muss der

Bundestag zustimmen. Das verlangt Art. 23 Abs. 1 GG da Rechtsstreitigkeiten aus dem CETA, in denen die Bundesrepublik als Beklagte auftritt, vor ein zwischenstaatliches, multinationales Gericht gebracht werden können, das dann befugt ist, Deutschland zu Schadensersatzzahlungen zu verurteilen. Dass in so einem Fall ein Legitimations- und Kontrollbedarf nach Art. 23 GG besteht, steht außer Frage.

Es besteht Einigkeit darüber, dass eine erneute Beteiligung des deutschen Vertragsgesetzgebers für den Fall einer Weiterübertragung von Kompetenzen der EU auf eine internationale Einrichtung, dessen Entscheidungsgewalt sich die Union und ihre Mitgliedstaaten unterwerfen, dann zu erfolgen hat, wenn die weiterübertragenen Kompetenzen so wesentlich sind, dass die durch die Weiterübertragung bewirkte Veränderung des Entscheidungsraums nicht mehr von der ursprünglichen Zustimmung gedeckt ist. Zu Art. 24 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang entschieden, dass ein erneutes Zustimmungsgesetz nur dort entbehrlich ist, wo bereits der Gründungsvertrag einer zwischenstaatlichen Einrichtung, dem durch Gesetz zugestimmt worden ist, den künftigen Vollzugsverlauf hinreichend bestimmbar normiert hat. Wesentliche Änderungen des im Gründungsvertrag angelegten Integrationsprogramms und seiner Vollzüge etwa sind nicht mehr von dem ursprünglichen Zustimmungsgesetz gedeckt.

Nettesheim, Umfassende Freihandelsabkommen und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Zustimmung zu CETA, https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/2017-07_Nettesheim-Gutachten_Freihandelsabkommen_und_GG_CETA-Zustimmung.pdf, S. 91 ff.; BVerfGE 58, 1 (36 f.).

Die Überleitung des CETA-ISDS an ein neues Gerichtssystem erreicht diesen Wesentlichkeitsgrad. Das Bundesverfassungsgericht hat es zwar offengelassen, wo genau die allgemeine Grenze zwischen wesentlich und unwesentlich liegt, an einem

Beispiel aber einen Rahmen festgelegt: Je technischer das übertragene Hoheitsrecht ist, je mehr es sich vor dem Gesamtgefüge der schon übertragenen Hoheitsrechte als bloße technisch-instrumentale Ergänzung bereits wahrgenommener Aufgaben und ausgeübter Kompetenzen darstellt, desto weniger ist ein zusätzliches Übertragungsgesetz geboten.

BVerfGE 58, 1 (136 f.).

Die Überleitung von CETA-Rechtsstreitigkeiten auf ein neues Gerichtssystem stellt nicht eine bloß technisch-instrumentale Ergänzung bereits übertragener Kompetenzen dar. Denn hier wird ein ganzes Gerichtssystem ausgewechselt: „(t)he establishment of a multilateral court offers the possibility of a complete overhaul of dispute settlement mechanisms in international investment law. It may provide for its own rules of procedure, adapted to the specific needs of the disputes to be adjudicated, as well as its own recognition and enforcement mechanism for decisions rendered.“

Bungenberg/Reinisch, in: dies. (Hrsg.), CETA Investment Law, 2022, Art. 8.29 Rn. 21.

Eine legislatorische Einwilligung in eine Weiterübertragung von Zuständigkeiten ist ferner natürlich auch deshalb erforderlich, weil dem GCA hier die Befugnis gewährt wird, eine Überleitungsentscheidung zu treffen, die materiell in Bereich der geteilten mitgliedstaatlichen Kompetenzen fällt. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung beinhaltet die deutsche Zustimmung zu einem gemischten Abkommen keine Kompetenzübertragung auf die Union, über die der Union die zunächst fehlenden Zuständigkeiten im Bereich des Investitionsschutzes und der Investor-Staatschiedsgerichtsbarkeit von den Mitgliedstaaten verschafft worden wären (vgl. oben zur Beschwerdebefugnis bezüglich des ICS im Lichte von Art. 3 Abs. 1 GG).

So aber *Pautsch*, Der Abschluss des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) als „gemischtes Abkommen“, NVwZ 2016, S. 1294 (1295).

Die Mitgliedstaaten haben diesen Teil ihrer nationalen Zuständigkeit mit Abschluss des CETA nicht veräußert. Die deutsche Zuständigkeit für Investitionsschutz und Investitionsgerichtsbarkeit ist deshalb mit der Weiterübertragung auf den MIC betroffen, weswegen hierfür eine ausdrückliche Zustimmung erforderlich war.

Die Legitimierung der Weiterübertragung der CETA-Rechtsstreitigkeiten auf den MIC hat der Bundestag durch Zustimmungsgesetz zu Art. 8.29 S. 2 CETA versucht zu erteilen. Da Art. 8.29 S. 2 CETA aber eine nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unzulässige Blankettnorm darstellt, fehlt letztlich ein wirksames Zustimmungsgesetz.

3.2. Art. 8.29 S. 2 CETA ist eine unzulässige Blankettnorm

Art. 8.29 CETA stellt eine nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unzulässige Blankettnorm dar und verletzt damit die Verfassungsidentität des Grundgesetzes.

Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG jedenfalls wird verletzt, wenn Hoheitsrechte ohne hinreichende Begrenzung an eine demokratisch nicht oder nur schwach legitimierte Institution übertragen werden.

BVerfGE 143, 65 (Rn. 58 f., 65); 143, 123 (Rn. 110 f.); 153, 74 (Rn. 110).

Das ist der Fall, wenn ein Zustimmungsgesetz, das die deutsche Rechtsordnung für die Ausübung von Hoheitsgewalt einer zwischenstaatlichen Einrichtung wie dem MIC öffnet, die wohl nicht einmal mehr in einem Näheverhältnis zur Union steht, da sie langfristig Investitionsstreitigkeiten aller Herren Länder aus allen abgeschlossenen IIAs übernehmen und in die Liga des EGMR und des IGH aufrücken soll,

Gemeinsames Auslegungsinstrument, ABl. EU L 11/3 v. 14.1.2017: „Das CETA weicht entscheiden vom traditionellen Konzept der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten ab und sieht die Errichtung unabhängiger, unparteilicher und ständiger Investitionsgerichte vor, geleitet von den Grundsätzen öffentlicher Rechtssysteme in der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten und in Kanada sowie von den Grundsätzen internationaler Gerichte wie dem Internationalen Gerichtshof und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.“

ohne dass im Zeitpunkt der zustimmungsgesetzlichen Öffnung Organisation und Verfahren dieser Institution bekannt sind.

Weder die Einrichtung und die Ausgestaltung dieser Institution noch ihre Zuständigkeiten und Befugnisse sind bislang hinreichend bestimmbar festgelegt – und trotzdem wird ein kaum demokratisch legitimes Vertragsorgan wie der GCA, in dem Deutschland nicht unmittelbar mitwirkt, ermächtigt, Rechtsprechungshoheit über die deutsche Staatsgewalt auf diese bislang noch nicht fassbare Institution zu übertragen. Dass sich in Bezug auf den MIC aus Art. 8.29 CETA überhaupt nicht absehen lässt, in welchem Umfang der Bundestag durch sein Zustimmungsgesetz zum CETA der Verlagerung bzw. Weiterübertragung von Hoheitsrechten auf ein neues Gerichtssystem zugestimmt hat, wird die Inanspruchnahme nicht benannter Aufgaben und Befugnisse durch den GCA ermöglicht, der ermächtigt ist, das ICS im CETA auf den MIC überzuleiten und damit alle Rechtsstreitigkeiten, in die kanadische Investor*innen mit Deutschland verwickelt sind oder sein können, auf ein bislang unbekanntes Gerichtssystem zu übertragen. Die Überleitungsermächtigung in Art. 8.29 CETA kommt einer verbotenen Generalermächtigung gleich und ist damit eine Entäußerung wesentlicher Gestaltungsmacht durch den Bundestag, die Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG verletzt.

BVerfGE 58, 1 (37); 89, 155 (187).

Zwar können die Bestimmtheitsanforderungen an Rechtsakte aus dem innerstaatlichen Bereich nicht eins zu eins auf einen völkerrechtlichen Vertrag übertragen werden. Mit Rücksicht darauf, dass der Text eines völkerrechtlichen Vertrages mit den Vertragsparteien ausgehandelt werden muss, können an die Bestimmtheit und die Dichte der Vertragsregelungen nicht dieselben Anforderungen gestellt werden, wie sie der Parlamentsvorbehalt sonst für ein Gesetz vorgibt. Insbesondere kann ein Integrationsgesetz, so es sich beim CETA denn überhaupt um ein solches handeln sollte, grds nur ein Programm umreißen, in dessen Rahmen die geplanten Entwicklungen stattfinden dürfen. Es kann diese Entwicklungen aber nicht in jedem Punkt vorherbestimmen.

BVerfGE 77, 170 (231 f.); 89, 155 (187 f.); 153, 74 (Rn. 106, 112).

Entscheidend ist aber als Mindestvoraussetzung an die Bestimmtheit eines völkerrechtlichen Vertrages und seine Transformation in nationales Recht, dass die sich aus diesem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten der Bundesrepublik Deutschland, die insbesondere auch das Ausmaß und den Umfang der Ausübung von Hoheitsgewalt im deutschen Rechtsraum durch den MIC betrifft, für den Gesetzgeber voraussehbar im Übertragungsvertrag umschrieben und durch ihn im Zustimmungsgesetz hinreichend bestimmbar normiert worden sind.

BVerfGE 58, 1 (37); 68, 1 (98f.); 89, 155 (187 f.).

Diese Vorhersehbarkeit ist in Art. 8.29 CETA nicht gegeben. Ausmaß und Umfang der Ausübung von Hoheitsgewalt durch den MIC in Deutschland sind derzeit noch nicht abzusehen.

Wie der MIC letztlich organisiert werden wird, wie seine Richter*innen zu ernennen sein werden oder nach welcher Verfahrensordnung er Recht sprechen wird, sind Fragen, die bislang nur in groben Absichtserklärungen behandelt worden sind.

Die EU-Mitgliedstaaten haben der Europäischen Kommission am 20. März 2018 das Mandat zur Aufnahme von Verhandlungen über ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs (MIC) für die Beilegung von Investitionsschutzstreitigkeiten erteilt. Bislang sind nur Grundzüge über Organisation, Zusammensetzung und Entscheidungsbefugnisse des MIC bekannt. Das Ziel ist ein multilaterales Gericht, das entweder als eine eigenständige internationale Institution eingerichtet oder in eine bestehende multilaterale Organisation integriert wird.

Kommission, Concept Paper: Investment in TTIP and beyond – the path for reform, v. 5. Mai 2015, <file:///C:/Users/Groh/Downloads/Investment%20in%20TTIP%20and%20beyond%20%E2%80%93%20the%20path%20for%20reform.pdf>, S. 11 f.

Grds sollen in einem Opt-In-Verfahren alle interessierten Staaten dem MIC-Übereinkommen beitreten können und ihn in Streitigkeiten im Zusammenhang mit bestehenden und künftigen Investitionsschutzabkommen in Anspruch nehmen dürfen. Nach den Verhandlungsrichtlinien des Rates soll sich die Zuständigkeit des MIC immer dann auch auf ein bilaterales Abkommen erstrecken, wenn beide Vertragsparteien des Abkommens vereinbart haben, sich bei Streitigkeiten aus dem Abkommen der Rechtsprechung des MIC zu unterwerfen. Die Union will sich dabei für folgende Eckpunkte stark machen – wobei natürlich nicht feststeht, ob diese letztlich dann auch den MIC formen und wie diese Eckpunkte im Einzelnen selbst ausgeformt werden: Der Gerichtshof sollte eine ständige internationale Einrichtung sein und aus erster und Berufungsinstanz bestehen (Nr. 10). Die Richter sollen fest angestellt,

qualifiziert und fest besoldet sein. Ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit sollen gewährleistet sein. Ihr Ernennungsverfahren soll objektiv und transparent sein. Die entsprechenden Verfahren sollen geprüft werden, so zB auch die Möglichkeit, dass alle Vertragsparteien des Übereinkommens eine Richterin bzw einen Richter ernennen dürfen, oder die Möglichkeit, dass die Mitglieder des Gerichts in Verfahren ernannt werden, die sich an den Ernennungsverfahren bei bestehenden internationalen Gerichtshöfen wie dem IGH orientieren (Nr. 11). Der Gerichtshof soll effizient und schnell arbeiten und sich dabei an angemessene Verfahrensgarantien halten müssen (Nr. 9, 15).

Rat der Europäischen Union, Verhandlungsrichtlinien vom 1. März 2018, Dok 12981/17 ADD 1 Restreint UE/EU Restricted, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/de/pdf>.

Wie diese vagen Vorgaben letztlich umgesetzt werden, steht in den Sternen. Wie eine Ausgestaltung des MIC aussehen könnte, untersucht eine Machbarkeitsstudie aus dem Jahre 2017, die 303 Textseiten lang ist und – nach eigener Auskunft – selbst nur „erste Vorschläge zur Ausgestaltung eines solchen MIC“ macht.

Bungenberg/Reinisch, Von bilateralen Schieds- und Investitionsgerichten zum multilateralen Investitionsgerichtshof. Optionen für die Institutionalisierung der Investor-Staat-Streitbeilegung, 2018, S. 5; zum Verlauf insgesamt *Bungenberg/Reinisch*, in: dies. (Hrsg.), CETA Investment Law, 2022, Art. 8.29 Rn. 6 ff.; Dokumente bei https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project/relevant-documents_en.

Ein Entwurf für den MIC liegt mittlerweile auch von denselben Autoren vor.

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/bungenberg_reinisch_draft_statute_of_the_mic.pdf.

Der Entwurf besteht aus 69 Artikeln. Zur Illustration:

Preamble

Part I Establishment of the Multilateral Investment Court

- Article 1 Establishment of the Multilateral Investment Court
- Article 2 Seat of the MIC
- Article 3 General Structure of the MIC
- Article 4 Membership of the MIC
- Article 5 Legal Status and Powers of the MIC
- Article 6 Privileges and Immunities
- Article 7 Budget of the MIC

Part II Composition of the MIC

- Article 8 The Plenary Body
- Article 9 Judges of the MIC
- Article 10 The Advisory Centre
- Article 11 The Secretariat

Part III The Judges, Court of First Instance, and the Appellate Court

- Article 12 Nomination, Screening, and Election of Judges
- Article 13 Conditions of Service of Judges
- Article 14 Duration of Appointment
- Article 15 Resignation, Removal, and Replacement of Judges
- Article 16 President of the MIC
- Article 17 Chambers, Grand-Chambers, and Vice-Presidents of the MIC
- Article 18 Appellate Court

Part IV Jurisdiction

- Article 19 Scope of Jurisdiction
- Article 20 Consent Requirement
- Article 21 Jurisdiction over Investment Contracts
- Article 22 State-to-State Disputes
- Article 23 Exclusivity of Jurisdiction
- Article 24 Transitional Clauses
- Article 25 Prohibition of Diplomatic Protection
- Article 26 Jurisdiction Ratione Temporis
- Article 27 Additional Jurisdictional Requirements

Part V Procedure

- Article 28 General Principles

Section 1 General Rules

- Article 29 Use of Languages
- Article 30 Competence-Competence
- Article 31 Applicable Law

Section 2 Powers and Functions of the MIC

- Article 32 Powers of the Judges
- Article 33 Default Decision
- Article 34 Additional Claims and Counterclaims
- Article 35 Provisional Measures

- Article 36 Proceedings under another International Agreement

- Article 37 Consolidation

- Article 38 Discontinuance

- Article 39 Withdrawal of a Claim

Section 3 First Instance Proceedings

- Article 40 Request to Initiate Proceedings

- Article 41 Inadmissibility of a Claim

- Article 42 Time-Limits for Submission of a Claim

- Article 43 Time-Limits for Court of First Instance

- Article 44 Decision of First Instance and Formalities

- Article 45 Notification Decision of First Instance

Section 4 Appellate Mechanism

- Article 46 Grounds for Appeal

- Article 47 Appeal Procedure

- Article 48 Time-Limits for the Appellate Court

Section 5 Final Decision

- Article 49 Final Decision

Section 6 Revision of a Decision

- Article 50 Revision

Section 7 Challenge of Judges

- Article 51 Procedure for Challenge of Judges

- Section 8 Other Provisions on Procedure

- Article 52 Third Party Funding

- Article 53 Determination of Appropriate Respondent

- Article 54 Determination of Costs

- Article 55 Experts and Third Parties

Part VI Enforcement

- Article 56 Enforcement within MIC Members

- Article 57 Enforcement in Non-MIC Members

- Article 58 Enforcement Fund

Part VII Final Provisions

- Article 59 Signature

- Article 60 Ratification and Accession

- Article 61 Entry into Force

- Article 62 Relation to other International Agreements

- Article 63 Amendment of the Statute

- Article 64 Entry into Force of Amendments

- Article 65 Review of the Statute

- Article 66 Denunciation

- Article 67 Status of Annexes

- Article 68 Depositary

- Article 69 Authentic Texts

Bei der Ausgestaltung eines jeden dieser 69 Artikel kann man unterschiedliche Auffassungen vertreten und Ziele verfolgen, wie auch die Autoren der Studie einräumen.

In der schiedsrechtlichen Literatur selbst wird jedenfalls davon geschwärmt, dass „(t)he establishment of a multilateral court offers the possibility of a complete overhaul of dispute settlement mechanisms in international investment law. It may provide for its own rules of procedure, adapted to the specific needs of the disputes to be adjudicated, as well as its own recognition and enforcement mechanism for decisions rendered.“

Bungenberg/Reinisch, in: dies. (Hrsg.), CETA Investment Law, 2022, Art. 8.29 Rn. 21.

Mit dem MIC wird also ein wesentlich anderes Investitionsgericht eingerichtet, das nach anderen (Verfahrens-)Regeln und in anderer Besetzung spielt als das CETA-Gericht.

In Bezug auf die Verfassungsbeschwerde gegen das einheitliche Patentgericht hatte das Bundesverfassungsgericht moniert, dass die Beschwerdeführer sich im Hinblick auf die gerügte Unbestimmtheit des Vertrags nicht damit auseinandergesetzt hatten, dass die im EPGÜ-ZustG enthaltenen Bestimmungen vorsahen, dass weder die Regelungen zum Verfahren vor dem einheitlichen Patentgericht noch dessen Entscheidungsbefugnisse geändert werden durften. Das durch das EPGÜ-ZustG eingesetzte, zum GCA analoge, Vertragsorgan, der Verwaltungsausschuss, war lediglich befugt, Einzelheiten des Verfahrens zu verändern.

BVerfGE 153, 74 (Rn. 112).

Verglichen damit sind die Befugnisse des GCA nach Art. 8.29 CETA von einem ganz anderen Kaliber. Der GCA darf nämlich alle ISDS nach CETA vom ICS weg auf ein gänzlich anderes Gerichtssystem übertragen, ohne dass klar ist, wie der MIC organisiert sein und Recht sprechen wird.

Das CETA ermächtigt den GCA in Art. 8.29 CETA nachdem der MIC errichtet worden ist, einen Beschluss zu fassen, mit dem er Investitionsstreitigkeiten nach dem CETA auf diesen Gerichtshof überleitet. Dieser Beschluss bedarf nicht der Ratifizierung durch die Vertragsparteien. In den Worten des EuGH: Mit der Errichtung des multilateralen Investitionsgerichtshofs „soll die Tätigkeit des CETA-Gerichts und –Rechtsbehelfsinstanz enden.“

EuGH: Investitionsschutzrecht: Investitionsschutz im Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (CETA), EuZW 2019, 457 Rn. 7.

Hier wird somit ermöglicht, die in CETA errichtete Jurisdiktionsgewalt des CETA-Gerichts weiterzugeben an einen neuen, noch nicht in Ansätzen in seinen Verfahren, Regeln und Standards der Rechtstaatlichkeit und Unabhängigkeit erkennbaren Gerichtshof.

3.3. Keine Kompensation der Unbestimmtheit durch Mitwirkungsrechte des Parlaments

Die Unbestimmtheit des Überleitungsblanketts wird nicht dadurch kompensiert oder geheilt, dass die Tätigkeit des GCA, der die Überleitung beschließt, grds über Art. 23 Abs. 2 u. 3 GG iVm §§ 3 ff EuZBBG parlamentarisch rückgebunden sein könnte.

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner Entscheidung zum einheitlichen Patentgericht weiter moniert, dass die Beschwerdeführer dort nicht darauf eingegangen seien, dass der Verwaltungsausschuss, das nach dem EPGÜ-ZustG analoge Ver-

tragsorgan zum GCA, ein Vetorecht besäße und die Tätigkeit des Verwaltungsausschusses über das Europaverfassungsrecht des Grundgesetzes an die Mitwirkung des Bundestags gebunden sei.

BVerfGE 153, 74 (Rn. 111).

Bezüglich dieser erforderlichen Mitwirkungsrechte von deutscher Bundesregierung und deutschem Bundestag an einer Überleitung aller CETA-Rechtsstreitigkeiten auf den MIC ist im CETA selbst jedoch eine Fehlanzeige zu vermelden.

Im deutschen Vertragstext zu CETA ist vom Wortlaut her ein Automatismus angelegt: Sobald der MIC errichtet ist, fasst der GCA den Beschluss, die CETA-Rechtsstreitigkeiten auf diesen überzuleiten und das ICS im CETA zu beenden. Im englischen Vertragstext scheint hier ein Spielraum des GCA angelegt. Dort heißt es: „Upon establishment of such a multilateral mechanism, the CETA Joint Committee *shall adopt* a decision providing that investment disputes under this Section will be decided pursuant to the multilateral mechanism and make appropriate transitional arrangements.“ Sollte dem GCA hier tatsächlich ein Ermessen bei seiner Überleitungsentscheidung eingeräumt sein, wird hier jedenfalls nur ein intendiertes Ermessen eingeräumt, was bedeutet, dass der GCA den Überleitungsbeschluss fassen wird – außer es liegen ganz atypische Umstände vor.

BVerwGE 105, 55 (57).

Mehr Sinn macht es allerdings, die Überleitungsermächtigung des GCA als Automatismus auszulegen und das „*shall*“ in der englischen Fassung als bloßen Hinweis auf die Befugnis des GCA auszulegen, den entsprechenden Überleitungsbeschluss zu fassen. Denn die Union hat sich auf die Errichtung eines MIC als neue und verbesserte Form des ISDS festgelegt. Deutlich wird dies zunächst in Art. 8.29 S. 1 CETA

selbst. Hier steht, dass die Vertragsparteien die Errichtung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs anstreben. Dass nach dessen Einrichtung ein materieller Spielraum für den GCA bleibt, den Überleitungsbeschluss zu treffen oder nicht, erscheint vor diesem Hintergrund absurd.

Art. 8.29 S. 2 CETA sieht also insofern einen Automatismus für die Überleitung des ICS auf den MIC durch den GCA vor. Bereits im GCA ist die Bundesrepublik Deutschland nicht vertreten. Mittelbaren Einfluss könnte sie allenfalls durch ihren Vertreter bzw ihre Vertreterin im Rat ausüben. Doch auch dieser Einfluss fällt hier fort, da ein vertraglicher Überleitungsmechanismus beschlossen wurde und es deshalb keiner Bildung eines Standpunkts im Rat mehr bedarf. Dieser Standpunkt wurde bereits vor Abschluss des CETA gebildet, der Überleitungsbeschluss des GCA selbst nur noch eine Formalität. Mit dem fehlenden weiteren Einfluss der Bundesregierung auf einen nicht stattfindenden Ratsbeschluss bezüglich des Überleitungsbeschlusses des GCA fällt selbstredend auch die ansonsten notwendige Beteiligung des Bundestags nach Art. 23 Abs. 2 u. 3 GG und §§ 3 ff. EuZBBG weg, bzw. wird ineffektiv und kann die fehlende Bestimmtheit der Norm nicht kompensieren.

Im Übrigen ist die informationelle und die Regierung nicht bindende Mitwirkung des Parlaments nach Art. 23 Abs. 2 u. 3 GG kein Recht des Bundestages, das seine Pflicht aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG kompensieren könnte, einer Hoheitsrechtsübertragung nach Art. 23 Abs. 1 GG in einem Gesetz, das den oben genannten Bestimmtheitsanforderungen genügen müsste, zuzustimmen.

3.4. Keine Kompensation der Unbestimmtheit durch Zustimmungsgesetz zum MIC

Das unzulässige Blankett aus Art. 8.29 S. 2 CETA kann ferner auch nicht durch das Erfordernis eines deutschen Zustimmungsgesetzes zum MIC nach Art. 24 Abs. 1 GG kompensiert oder geheilt werden.

Die Überleitung der CETA-Rechtsstreitigkeiten Deutschlands auf den MIC wird in zwei Schritten ablaufen.

Zunächst muss der MIC eingerichtet werden (1). Ist er eingerichtet, was in Deutschland auf der Ermächtigungsgrundlage des Art. 24 Abs. 1 GG laufen wird, leitet der GCA automatisch die Verfahren nach dem CETA auf den MIC um (2).

Der Bundestag wird dem Übereinkommen, mit dem der MIC errichtet wird, nach Art. 24 Abs. 1 GG durch Gesetz zustimmen müssen. Denn wenn eine zwischenstaatliche Einrichtung geschaffen wird, die mit ihren Rechtsakten unmittelbar in den innerstaatlichen Bereich einwirken kann, bedarf es stets eines Gesetzes. Die Einrichtung des MIC wird auf der Ermächtigungsgrundlage des Art. 24 Abs. 1 GG fußen, da die Errichtung eines multilateralen Gerichts für Investitionsstreitigkeiten aller interessierten Staaten zu allen abgeschlossenen IIAs der Welt keine Angelegenheit der Union ist oder in einem Näherverhältnis zu ihr steht.

BeckOK GG/Heintschel von Heinegg/*Frau*, GG, 2023, Art. 24 Rn. 17.

Dass der Bundestag an der Errichtung des MIC durch Gesetzesbeschluss mitwirkt und diesen funktionell-institutionell demokratisch legitimiert, macht das Blankett nach Art. 8.29 CETA aber nicht bestimmter und demokratischer. Denn das Zustimmungsgesetz nach Art. 24 Abs. 1 GG zu dem Übereinkommen mit dem der MIC errichtet wird; und die blankettartige Zustimmung des Bundestags, dass der GCA automatisch mit Errichtung des MIC alle Streitigkeiten nach CETA auf diesen überträgt, sind zwei Paar Schuhe, so dass in der möglichen Zustimmung des Bundestages zu einem MIC nicht gleichzeitig eine nachgeholte Konkretisierung des Art. 8.29 CETA liegt. Eine Zustimmung des Bundestages zum MIC kompensiert das unzulässige Blankett in Art. 8.29 CETA also nicht.

Beide Zustimmungserfordernisse fallen zum einen in den Anwendungsbereich verschiedener Ermächtigungsgrundlagen, die ein jeweils unterschiedliches Beteiligungsverfahren des Bundestages vorsehen. Die Zustimmung zu einem Übereinkommen über den MIC läuft über Art. 24 Abs. 1 GG. Hier sind die Informations- und Mitwirkungsrechte des Bundestages im Verfahren gegenüber Art. 23 GG wesentlich geschmälert. Die Zustimmung zur Überleitung der CETA-Investitionsstreitigkeiten auf den MIC dagegen erfolgt nach Art. 23 Abs. 1 GG, da mit dem CETA insgesamt eine Angelegenheit der Europäischen Union betroffen ist, deren wesentliche Veränderung ebenfalls wiederum eine Angelegenheit der Union nach Art. 23 GG ist. Die Zustimmung nach Art. 24 Abs. 1 GG zum MIC kann die verfassungswidrige Zustimmung zur Überleitung des CETA-Investitionsschutzes auf den MIC nicht ersetzen.

Beide Zustimmungserfordernisse betreffen zudem eine jeweils ganz andere Rechtsangelegenheit. Die Beendigung des ICS im CETA und die Überleitung aller CETA-Rechtsstreitigkeiten auf den MIC wird nicht Vertragsgegenstand des MIC-Übereinkommens selbst sein und kann deshalb von der Zustimmung des Bundestages zum MIC – dessen Ausgestaltung der Bundestag nun kennen wird – auch nicht umfasst sein, so dass sich das Blankett auch insofern nicht heilen lässt.

Insoweit die Zustimmung des Bundestages zur Überleitung des ICS auf den MIC im Zustimmungsgesetz zu CETA verfassungswidrig ist, hat der Bundestag die ihm zu Gebote stehenden Maßnahmen zu ergreifen, um die Verfassungsordnung wiederherzustellen. Im Grunde müsste er dafür sorgen, dass er durch erneutes Zustimmungsgesetz an der Überleitung des ICS auf den MIC beteiligt wird.

4. Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG durch Zustimmung zur Errichtung des ICS

Das ICS im CETA stellt außerdem eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung in Form der Rechtsprivilegierung kanadischer Investor*innen in Deutschland gegenüber deutschen Investor*innen in Deutschland dar.

So auch *Flessner*, TTIP und Verfassungsrecht, verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/ttip-und-das-verfassungsrecht-2/>; *Krajewski*, Stellungnahme zum FDP-Gesetzentwurf zu Ceta, Deutscher Bundestag Ausschussdrucksache 19(9)925, https://www.bundestag.de/resource/blob/816664/11b27363b0a358ae5aac744260ca0c21/19-9-925_Stellungnahme_Krajewski-data.pdf, S. 5.

4.1. Vergleichsgruppe sind die kanadischen und deutschen Investor*innen in Deutschland

Kanadische Investor*innen in Deutschland sind mit deutschen Investor*innen in Deutschland vergleichbar. Eine Vergleichbarkeit ist nicht wegen des fehlenden grenzüberschreitenden Bezugs deutscher Investitionen in Deutschland ausgeschlossen (1). Die Vergleichbarkeit beider Personengruppen liegt zudem in der Vertragslogik des CETA selbst (2). Die beiden Personengruppen sind ferner vergleichbar, obwohl kanadische Unternehmen, die als juristische Personen des Privatrechts gegründet sind, Grundrechtsschutz nach Art. 19 Abs. 3 GG ggf nicht in Anspruch nehmen können, und kanadische Privatpersonen, die in Deutschland investieren, sich nicht auf Deutschengrundrechte berufen können (2). Die beiden Personengruppen sind auch insofern vergleichbar, als sie gleiche materielle und prozessuale Rechte in Deutschland genießen und das CETA insofern nicht dazu gedacht oder tauglich ist, Rechtsschutzdefizite kanadischer Investor*innen in Deutschland auszugleichen (3).

(1) Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, wenn zwischen den beiden Vergleichsgruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie eine ungleiche Behandlung rechtfertigen können. Verboten ist insbesondere auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem einem Personenkreis eine Begünstigung gewährt wird, die einem anderen Personenkreis ohne ausreichende Rechtfertigung vorenthalten bleibt.

Std Rspr, vgl. BVerfGE 1, 14 (52); 98, 365 (385); 55, 72 (88); 85, 238 (244); 110, 412 (431); 116, 164 (180); 127, 263 (280).

Das allgemeine Gleichheitsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG ist hier verletzt, da den kanadischen Investor*innen in Deutschland im Gegensatz zu den deutschen Investor*innen in Deutschland mit der Einrichtung des ICS im CETA durch das deutsche Zustimmungsgesetz ein zusätzlicher Rechtsweg bei Beeinträchtigung ihrer Investitionen gewährt wird, der deutschen Investor*innen vorenthalten wird. Dies ist für die deutschen Investor*innen nachteilig. Im deutschen Eigentums- und Staatshaftungsrecht gilt der Grundsatz, dass Primärrechtsschutz vor Sekundärrechtsschutz gesucht werden muss, während dieser Grundsatz im ISDS vom CETA nicht existiert.

Anders als der EuGH zu meinen scheint, sind kanadische Investor*innen in Deutschland mit deutschen Investor*innen in Deutschland vergleichbar. Beide Personengruppen investieren in Deutschland in denselben Handels- und Industriesektoren. Sie sind beide gleichermaßen den Maßnahmen der deutschen Staatsgewalten ausgesetzt, die sich grds auch gleich auf ihre jeweiligen Investitionen auswirken können. Beschließt der Bundestag zB ein Gesetz zum Ausstieg aus der Atomkraft und verkürzt die Restlaufzeiten von Atomkraftwerken, dann ist der deutsche Betreiber eines AKW hiervon ebenso betroffen wie der drittstaatsangehörige Betreiber.

Indem der EuGH in seinem Gutachten 1/17 als einzige zulässige Vergleichsgruppe kanadische Investor*innen in Deutschland und deutsche Investor*innen in Kanada benennt, missachtet er das grundlegende Prinzip des Grundsatzes der Gleichbehandlung zumindest unter Art. 3 Abs. 1 GG, nachdem als Bezugsgröße der Gleich- oder Ungleichbehandlung von Vergleichsgruppen immer der gleiche Hoheitsakt herangezogen wird. Der deutsche Gleichheitssatz bezieht sich ausschließlich auf Ungleichbehandlungen durch den gleichen Hoheitsträger. Insofern sind deutsche Investor*innen im deutschen Hoheitsgebiet und kanadische Investor*innen im deutschen Hoheitsgebiet, die von einer Maßnahme des deutschen Gaststaates betroffen sind, in einer vergleichbaren Lage.

BVerfG, NVwZ 2005, 737.

Deutsche Investor*innen in Kanada und kanadische Investor*innen in Deutschland stellen dagegen gerade kein Vergleichspaar im Sinne des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes dar, da sie niemals von einer kanadischen oder deutschen Maßnahme bezüglich ihrer Investition „gleich“ und gleichzeitig betroffen sein können, denn diese Maßnahmen ergehen von unterschiedlichen Hoheitsträgern.

Krajemski, Ist CETA der „Golden Standard“? EuGH hält CETA-Gericht für unionsrechtskonform, <https://verfassungsblog.de/ist-ceta-der-golden-standard-eugh-haelt-ceta-gericht-fuer-unionsrechtskonform/>.

Die Unvergleichbarkeit kanadischer Investor*innen in Deutschland und deutscher Investor*innen in Deutschland, von der der EuGH ausgeht, beinhaltet die Wertung, dass zwei Gegenstände, hier die kanadischen Investor*innen in Deutschland und die deutschen Investor*innen in Deutschland, so verschieden sind, dass sich von vornherein keine Argumente für eine Vergleichbarkeit ergeben können. Dieses Vergleichspaar ist nach Auffassung des EuGH anscheinend so absurd, dass es bei der

erforderlichen juristisch-handwerklichen Vorauswahl gar nicht in Betracht kommen kann, weil man sonst die sprichwörtlichen Äpfel und Birnen miteinander vergleichen würde.

BeckOK GG/*Kischel*, GG, 2023, Art. 3 Rn. 18.

Dass eine Vergleichsgruppenbildung zwischen deutschen Investor*innen in Deutschland und kanadischen Investor*innen ebendort absurd sein soll, wird man aus den folgenden Gründen wohl nicht behaupten können.

Die meisten Regierungen, die im Vorfeld des Gutachtens 1/17 des EuGH Stellungnahmen zu den belgischen Bedenken gegen die CETA-Gerichtsbarkeit wegen eines Gleichheitsverstößes abgegeben haben, waren zwar der Ansicht, dass sich kanadische Investor*innen in einem Mitgliedstaat der Union nicht mit mitgliedstaatlichen Investor*innen in der Union vergleichen ließen, da auf der einen Seite internationale Investitionen betroffen seien, auf der anderen Seite dagegen unionale Investitionen. Danach käme es aber für eine Vergleichsgruppenbildung aber allein auf den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages über internationale Investitionen an, egal welche Auswirkungen dieser Vertrag auf Investitionen und Investor*innen als solche im deutschen Rechtsraum zeitigte. Diese Auffassung lässt zudem außer Acht, dass ein entsprechender völkerrechtlicher Vertrag durch ein deutsches Zustimmungsgesetz in deutsches Recht überführt wird und sich am grundgesetzlichen Gleichheitssatz messen lassen muss.

Der EuGH wendet in seinem Gutachten 1/17 zur Frage der Ungleichbehandlung seine Rechtsprechung zur Doppelbesteuerung an. Nach dieser Rechtsprechung stellt die Ungleichbehandlung zwischen Bürger*innen eines Staates, der mit einem anderen ein Abkommen zur Doppelbesteuerung abgeschlossen hat, und Bürger*innen

eines anderen Staates, der mit eben diesem Staat kein solches Abkommen abgeschlossen hat, keine Diskriminierung der Bürger*innen aus dem Staat ohne Abkommen dar. Will sich also ein Belgier auf Ungleichbehandlung durch die Niederlande berufen, wenn die Niederlande mit Deutschland ein entsprechendes Abkommen geschlossen haben, mit Belgien aber nicht, wird die Ungleichbehandlung durch den Abschluss bzw Nichtabschluss dieses völkerrechtlichen Abkommens ausgeschlossen.

Generalanwalt beim EuGH (Wathelet), Schlussantrag vom 19.09.2017 – EUGH Aktenzeichen C-284/16, BeckRS 2017, 125330, Rn. 74 ff.; *Generalanwalt* beim EuGH (Bot), Schlussantrag vom 29.01.2019 – Avis 1/17 BeckRS 2019, 522, Rn. 204.

So liegt der Fall hier aber gerade nicht, da Deutschland, dessen Bürger*innen ungleich behandelt werden, Vertragspartner des CETA ist.

Zudem hat es den Anschein, als übertrage der EuGH seine Rechtsprechung zum Ausschluss der Inländerdiskriminierung aus Art. 20 GRCh in den Kontext des völkerrechtlichen Vertragsschlusses des CETA. Wegen der Beschränkung auf den jeweiligen Kompetenzbereich findet der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 20 GRCh nämlich keine Anwendung auf Inländerdiskriminierungen. Verlangt das Unionsrecht eine bestimmte Behandlung von Unionsbürger*innen, so können die Mitgliedstaaten ihre eigenen Staatsangehörigen nach der Rechtsprechung des EuGH gleichwohl anders behandeln, wenn der Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht eröffnet ist, etwa weil es an einem grenzüberschreitenden Bezug fehlt.

EuGH, verb. Rs. C-64/96 u. C-65/96, Slg. 1997, I-3171, Rn. 16, 23 (Uecker u. Jacquet); Calliess/Ruffert/Rossi, EU-GR-Charta, 6. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 16.

Da es im vorliegenden Fall aber um die Frage einer nationalen Diskriminierung durch ein völkerrechtliches Zustimmungsgesetz nach Art. 3 Abs. 1 GG aufgrund von Staatsangehörigkeit geht, die keinen grenzüberschreitenden unionalen Bezug hat oder voraussetzt, ist die Rechtsprechung des EuGH auf die Privilegierung von kanadischen Investor*innen gegenüber den deutschen nicht anwendbar.

Das Fehlen eines grenzüberschreitenden Bezugs in einem unionalen Regelungsbe-
reich mag zwar zur Nichtanwendbarkeit von Art. 20 GRCh führen, wenn es um eine
Inländer- oder umgekehrte Diskriminierung von deutschen Bürger*innen im Ver-
gleich zu anderen Unionsbürger*innen geht. Die Nichtanwendbarkeit des Art. 3 Abs.
1 GG auf den Fall des CETA ist damit aber nicht präjudiziert. Die Inländerdiskrimi-
nierung als Anwendungsfall des Art. 3 Abs. 1 GG wird insbesondere in Kontexten
diskutiert, in denen eine deutsche Rechtsnorm, die Pflichten oder Belastungen zwin-
gend vorschreibt, aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts gegenüber
fremden Staatsangehörigen nicht angewandt werden kann und diese damit gegen-
über deutschen Staatsangehörigen privilegiert sind. Hier mag eine Vergleichbarkeit
der Personengruppen – was durchaus auch bestreitbar ist – wegen des fehlenden
grenzüberschreitenden Bezugs auf Seiten der deutschen Bürger*innen, die eine Tä-
tigkeit in Deutschland ausführen, im Vergleich zu anderen Unionsbürger*innen, die
eine Tätigkeit in Deutschland ausführen, ausgeschlossen sein.

v. Münch/Kunig/*Boysen*, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 100; *Riese/Noll*, Euro-
parechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte der Inländerdiskriminierung,
in: NVwZ 2007, S. 516 (520 f.).

Dass aber eine Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG auf den vorliegenden Fall
dadurch ebenfalls automatisch ausgeschlossen ist, ist nicht anzunehmen. Denn ge-

rade was den investitionsschutzrechtlichen Teil des als gemischtes Abkommen abgeschlossenen CETA betrifft, resultiert die Ungleichbehandlung deutscher und kanadischer Investor*innen nicht aus dem vorrangigen Anwendungsbefehl unionalen Rechts. Gerade das Kapitel zum Investitionsschutz und zu der CETA-Gerichtsbarkeit fällt in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten und kann nicht von der EU determiniert werden. Die Anwendung des CETA in diesem Bereich in der Bundesrepublik Deutschland beruht insoweit auf einen spezifischen und singulären Anwendungsbefehl des deutschen Gesetzgebers, der dem CETA durch Gesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG insoweit gesondert zustimmen musste. Die Rechtsdogmatik der Inländerdiskriminierung durch Anwendung von Unionsrecht auf Fallkonstellationen mit grenzüberschreitendem Bezug kommt hier also nicht zum Zuge, so dass insoweit eine Vergleichsgruppenbildung zwischen kanadischen und deutschen Investor*innen in Deutschland nicht ausgeschlossen ist.

Die Regierungen haben in ihrer Stellungnahme zum belgischen Antrag an den EuGH, zu begutachten, ob das CETA-Gericht gegen den unionalen Gleichheitssatz verstoße, weiter vorgebracht, dass eine Vergleichbarkeit auch deshalb fehle, weil die kanadischen Investor*innen in einem fremden Wirtschaftsraum investierten und damit in einem rechtlichen Umfeld agierten, das ihnen nicht vertraut sei – was aber wohl das normale Risiko einer internationalen Investition ist. Zudem beruhten die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf gegenseitigem Vertrauen, während zwischen den Mitgliedstaaten der Union und Kanada dieses gegenseitige Vertrauen fehle, und deshalb durch die Festlegung eines materiellen und verfahrensrechtlichen Schutzniveaus auf Gegenseitigkeit für die Investor*innen kompensiert werden solle. Auch das soll eine Vergleichbarkeit ausschließen, obwohl es doch ziemlich weit hergeholt scheint, dass gerade Investitionen von Privatpersonen in einem fremden Wirtschaftsraum auf dem Vertrauen beruhen, das sich Staaten in diesem Raum untereinander gewähren – und nicht auf dem Vertrauen in die jeweilige Rechtsordnung des Gaststaates.

Generalanwalt beim EuGH (Bot), Schlussantrag vom 29.01.2019 – Avis 1/17
BeckRS 2019, 522, Rn. 207 f.

Sollten deutsche Investor*innen in Deutschland und kanadische Investor*innen in Deutschland aufgrund der eben genannten Unterschiede tatsächlich aber wesentlich unterschiedlich sein – was zunächst sehr kontraintuitiv erscheint und hier bestritten wird, dann sind die genannten Gründe keine Gründe, die eine Vergleichbarkeit ausschließen, sondern solche, die in der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zu prüfen sind. Denn die Rechtfertigungsprüfung ist nach der deutschen Dogmatik zum Gleichheitssatz der Ort, an dem wertende Gesichtspunkte wie die genannten in die Prüfung einfließen.

(2) Die Vergleichbarkeit kanadischer und deutscher Investor*innen in Deutschland entspricht der allgemeinen und auch der Vertragslogik im CETA.

In Abschnitt C des CETA unter Art. 8.6 Abs. 1 CETA haben die Parteien eine Regelung über die Inländergleichbehandlung aufgenommen. Hiernach gewährt die Bundesrepublik Deutschland als Vertragspartei kanadischen Investor*innen und einer erfassten Investition eine rechtliche und tatsächliche Behandlung, die nicht weniger günstig ist als die Behandlung, die sie ihren eigenen, deutschen Investor*innen und deren Investitionen „*in vergleichbaren Situationen*“ in Bezug auf die in diesem Artikel genannten Fälle gewährt.

Mit dieser Klausel machen die Vertragsparteien deutlich, dass sie die Situation kanadischer Investor*innen in einem Mitgliedstaat der Union mit der von staatsangehörigen Investor*innen aus diesem (oder einem anderen) Mitgliedstaat der Union im Rechtssinne für vergleichbar halten. Im Text heißt es ausdrücklich „*in vergleichbaren Situationen*“.

Die Vergleichbarkeit kanadischer Investor*innen mit deutschen Investor*innen in Deutschland macht auch der Zweck des vertraglichen Diskriminierungsverbots bzw der Inländergleichbehandlung deutlich. Denn Voraussetzung für eine weniger günstige Behandlung kanadischer Investor*innen im Vergleich zu inländischen Investor*innen ist immer, dass diese beiden vergleichbar sind. Eine „Behandlung, die nicht weniger günstig ist“, setzt begriffslogisch voraus, dass vergleichbare Umstände vorliegen, sonst wäre die Behandlung nicht weniger günstig, sondern schlicht eine andere Behandlung.

Krajewski/Ceyssens, Internationaler Investitionsschutz und innerstaatliche Regulierung, in: Archiv des Völkerrechts 45 (2007), S. 180 (197).

Werden in- und ausländische Investor*innen durch eine Maßnahme des Gaststaates der ausländischen Investition unterschiedlich behandelt, wird nach der Abkommenslogik des CETA widerleglich vermutet, dass die Ungleichbehandlung auf der Nationalität der Investorin bzw des Investors beruht und damit ein Verstoß gegen das investitionsrechtliche Diskriminierungsverbot vorliegt. Das bedeutet im Umkehrschluss aber auch, dass kanadische und deutsche Investor*innen sich rechtlich bei einer Investition in Deutschland in einer vergleichbaren Lage bzgl der staatlichen Maßnahmen befinden, die beide Personengruppen trifft, und deren gleichheitsrechtliches Problem dann die Anknüpfung der Maßnahme an die Staatsangehörigkeit ist. Die Staatsangehörigkeit entscheidet also nicht über die Vergleichbarkeit, wie der EuGH meint, sondern über die – gerechtfertigte oder ungerechtfertigte – Diskriminierung und damit die Verletzung der Klausel über die Inländerbehandlung. Auch die bisherige schiedsgerichtliche Rechtsprechung nimmt hier zu Recht die Vergleichbarkeit der ausländischen Investition mit der inländischen Investition an, wenn diese Investitionen im selben Wirtschaftssektor getätigt wurden. Die Vergleichbarkeit wird

– auch in der schiedsgerichtlichen Rechtsprechung des ISDS – über die staatliche Maßnahme hergestellt.

zB *Pope & Talbot v Kanada*, UNCITRAL (Award on the Merits of Phase II) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>,

Rn. 78: In evaluating the implications of the legal context, the Tribunal believes that, as a first step, the treatment accorded a foreign owned investment protected by Article 1102(2) should be compared with that accorded domestic investments in the same business or economic sector. However, that first step is not the last one. Differences in treatment will presumptively violate Article 1102(2), unless they have a reasonable nexus to rational government policies that (1) do not distinguish, on their face or de facto, between foreign-owned and domestic companies, and (2) do not otherwise unduly undermine the investment liberalizing objectives of NAFTA.

S.D. Myers v Kanada, UNCITRAL, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>, Partial Award v. 13.11.2000, Rn. 251: „From the business perspective, it is clear that SDMI and Myers Canada were in “like circumstances” with Canadian operators such as Chem-Security and Cintec. They all were engaged in providing PCB waste remediation services.“

Ob sich die ausländischen Investor*innen in einer vergleichbaren Situation mit nationalen Investor*innen befinden, richtet sich im internationalen Investitionsschutzrecht nach dem sog. *like circumstances test*.

Parkerings-Compagniet v Litauen, ICSID ARB/05/8, Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf>,

Rn. 377, 392: „In order to determine if the two investors were *in like circumstances*, or if the measure taken by the Municipality was justified, the Arbitral Tribunal analyses below the situation of the two investors.“ Und später: „The

potential negative impact of the BP project in the Old Town was increased by its considerable size and its proximity with the culturally sensitive area of the Cathedral. Consequently, BP's MSCP in Gedimino was not similar with the MSCP constructed by Pinus Proprius.“

Die unterschiedliche Nationalität von Investor*innen stellt also nur den Anknüpfungspunkt für eine Ungleichbehandlung dar und setzt auch im CETA die Vergleichbarkeit der Investitionen von kanadischen Investor*innen und deutschen Investor*innen im deutschen Gaststaat geradezu voraus.

(3) Kanadische und deutsche Investor*innen in Deutschland sind trotz der Transformationsnorm des Art. 19 Abs. 3 GG, mit der die Grundrechtsberechtigung deutscher juristischer Personen des Privatrechts hergestellt und im Umkehrschluss die Grundrechtsberechtigung ausländischer juristischer Personen des Privatrechts ausgeschlossen wird, und trotz des im Investitionsschutz einschlägigen Grundrechts auf Eigentum aus Art. 14 GG, das als Deutschengrundrecht formuliert ist, miteinander im Wesentlichen vergleichbar.

Kanadische Investor*innen haben keine wesentlich geringeren Rechtsschutzmöglichkeiten als deutsche Investor*innen (a). Sie sind materiell durch das deutsche Recht dazu noch besser geschützt als durch das CETA, das ihnen insoweit nur den Vorteil eines schiedsgerichtlichen Rechtswegs jenseits des nationalen Rechtswegs bietet (b). Der ggf verbleibende materiell- und prozessrechtliche Unterschied zwischen kanadischen und deutschen Investor*innen in Deutschland ist nicht so groß, als dass er per se die dargelegte Ungleichbehandlung tragen könnte, da das CETA Rechtsnachteile insofern ausgleiche (c).

(a) Eine fehlende Vergleichbarkeit zwischen kanadischen Investor*innen und deutschen Investor*innen in Deutschland wird in der Literatur damit begründet, dass der materielle Schutzstandard ausländischer Investor*innen in Deutschland wegen einer

fehlenden Grundrechtsberechtigung kanadischer Investor*innen eingeschränkt sei – weswegen die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit hier einen Ausgleich darstelle. Das CETA schließe zum einen nationale Rechtsschutzlücken im materiellen Recht, in die nur ausländische Investor*innen fielen. Insofern sei bereits an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte zu zweifeln.

So *Kahlert*, *Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit*, in: *SchiedsVZ 2023*, S. 2 (18).

In std Rspr formuliert das Bundesverfassungsgericht, der Gleichheitssatz verbiete, wesentlich Gleiches ungleich zu behandeln. Der Begriff „wesentlich“ ist zwar Ausdruck der später anzustellenden Rechtfertigungsprüfung, da ein Unterschied nur dann wesentlich ist, wenn er die unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen vermag. An dieser Stelle sei aber bereits vermerkt, dass der Unterschied zwischen deutschen Unternehmen, die sich als inländische juristische Personen des Privatrechts problemlos über Art. 19 Abs. 3 GG auf Grundrechte berufen können, und kanadischen Unternehmen, die in Deutschland investieren, und dabei scheinbar als ausländische juristische Personen des Privatrechts aus Art. 19 Abs. 3 GG und damit von der Grundrechtsberechtigung ausgeschlossen sind, nicht so wesentlich ist, dass er eine Bevorzugung durch Eröffnung eines Sonderrechtswegs gegen deutsche Hoheitsakte vor der CETA-Gerichtsbarkeit erforderte.

Zum einen ist der Freihandel zwar insgesamt in seinem Schwerpunkt eher auf multinationale Großkonzerne zugeschnitten als auf private Einzelinvestor*innen. Der weite Investitionsbegriff des CETA aus Art. 8.1 CETA schließt es aber nicht aus, dass auch natürliche Personen aus Kanada als Investor*innen iSd CETA gelten. Für natürliche Personen stellt sich das Problem aus Art. 19 Abs. 3 GG nicht. Hier besteht dagegen das Problem, dass sich auf Deutschengrundrechte wie Art. 14 GG, der für

den Investitionsschutz wesentlich ist, nur deutsche Staatsangehörige berufen können.

Kanadische Investor*innen, die Unternehmen in Deutschland gründen oder als Anteilseigner in sie investieren, sind nur bedingt aus dem Grundrechtsschutz nach Art. 19 Abs. 3 GG ausgeschlossen. Die Begriffsklärungen im CETA unterscheiden in Art. 8.1 CETA zwischen Unternehmen einer Vertragspartei und gebietsansässigen Unternehmen. Als Unternehmen einer Vertragspartei wird ein Unternehmen definiert, das nach dem Recht dieser Vertragspartei gegründet oder organisiert ist und direkt oder indirekt im Eigentum oder unter der Kontrolle einer natürlichen Person dieser Vertragspartei oder eines Unternehmens dieser Vertragspartei steht. Daneben gibt es gebietsansässige Unternehmen, die als kanadische Investition gelten. Als gebietsansässige Unternehmen iSd CETA werden juristische Personen definiert, die nach dem Recht des beklagten Staates gegründet und organisiert wurden, und die direkt oder indirekt im Eigentum oder unter der Kontrolle von kanadischen Investor*innen stehen. Der Begriff des gebietsansässigen Unternehmens stimmt im Wesentlichen mit der Sitztheorie, die im Rahmen des Art. 19 Abs. 3 GG gilt, überein. Hiernach gilt eine als juristische Person iSv Art. 19 Abs. 3 GG zu qualifizierende Personenmehrheit oder Organisation als eine inländische juristische Person, wenn sie ihre Organisation bzw ihren (effektiven) Sitz, dh das tatsächliche Zentrum ihrer Aktionen, im deutschen Gaststaat ihrer Investition hat.

BVerfG, Beschwerdefähigkeit ausländischer juristischer Personen, NVwZ 2008, S. 670 (671).

Ob dies der Fall ist, ist für die fragliche juristische Person selbständig und unabhängig etwa vom Sitz des kanadischen Mutterkonzerns zu prüfen und festzustellen, wobei die Rspr des Bundesverfassungsgerichts hier sehr restriktiv ist. Der Sitz einer juristi-

schen Person bestimmt sich danach nach dem tatsächlichen Mittelpunkt ihrer Tätigkeit. Wird sie an mehreren Standorten tätig und erstreckt sich ihr Aktionsbereich gegebenenfalls sogar auf mehrere Länder, bestimmt sich ihr Sitz nach dem Ort der tatsächlichen Hauptverwaltung. Hauptverwaltungssitz eines Wirtschaftsunternehmens ist der Ort, an dem das oberste Verwaltungsorgan die Mehrheit seiner Entscheidungen über die Geschäftsführung trifft, bzw. an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden. Eine international verflochtene juristische Person hat mithin nur dann ihren Hauptverwaltungssitz im deutschen Inland, wenn auch die Mehrheit der Entscheidungen über die Geschäftsführung im Inland fällt.

BVerfG, Beschwerdeberechtigung ausländischer juristischer Personen – VW-Diesel-Skandal, NJW 2018, 2392 (Rn. 29); Dürig/Herzog/Scholz/*Remmert*, GG, 2022, Art. 19 Abs. 3 Rn. 76 ff.

Inwieweit kanadische Unternehmungen in Deutschland unter die Sitztheorie fallen werden, ist pauschal nicht zu beantworten und kommt auf die Ausgestaltung der Beherrschungsverhältnisse vor Ort an. Das Problem der fehlenden Grundrechtsberechtigung ließe sich jedenfalls aber dadurch umgehen, dass ein kanadischer Konzern eine deutsche Tochtergesellschaft gründet und ihr wesentlich das operative Geschäft in Deutschland überträgt. Auf die Staatsangehörigkeit der hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen kommt es nämlich nicht an, sondern allein auf die Rechtsverhältnisse der juristischen Person selbst. Diese Tochtergesellschaft kann als Trägerin der kanadischen Investition und als inländische juristische Person dann grundrechtsfähig sein. Zudem ist hier zu berücksichtigen, dass Investor*innen nicht zwangsläufig Klage im Namen ihrer Unternehmen erheben müssen, sondern auch als Anteilseigner*innen in eigenem Namen als natürliche Personen Klage erheben können, wenn ihre Investitionen durch staatliche Maßnahmen geschmälert werden.

Sachs/*Wendt*, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 14 Rn. 16; Dürig/*Herzog/Scholz/Papier/Shirvani*, GG, 2022, Art. 14 Rn. 343.

In dem Fall stellt sich das Problem der Grundrechtsfähigkeit überhaupt nicht und einer Vergleichsgruppenbildung zwischen kanadischen und deutschen Investor*innen steht eine fehlende Grundrechtsberechtigung kanadischer Unternehmen nicht im Wege.

Natürliche Personen aus Kanada können sich zwar grds auf die Grundrechte des Grundgesetzes, nicht aber auf Deutschengrundrechte berufen. Die Berufung auf Jedermannrechte aus dem Grundgesetz ist ihnen aber nicht versagt. Kanadische Investor*innen können sich also nicht auf zB Art. 14 GG berufen, aber zB auf Art. 2 Abs. 1 GG. Vor allem Art. 2 Abs. 1 GG entfaltet im Bereich der Deutschengrundrechte des Grundgesetzes in personaler Hinsicht seine Auffangwirkung für kanadische Investor*innen. Die Beschränkung einzelner Grundrechte auf Deutsche bedeutet nämlich nicht, dass drittstaatsangehörigen Ausländer*innen in dem von einem Deutschengrundrecht geschützten Lebensbereich kein Schutz zukommen soll. Hier greift vielmehr die allgemeine Handlungsfreiheit, um unter der Herrschaft des Grundgesetzes allen von Maßnahmen des Staates Betroffenen lückenlosen Grundrechtsschutz zu gewährleisten. Die Unanwendbarkeit eines Deutschenrechts bedeutet damit nicht, dass die Verfassung Ausländer*innen schutzlos stehen lässt.

BVerfGE 78, 179 (196 ff.); 35, 382 (399); BeckOK GG/*Lang*, GG, 2023, Art. 2 Rn. 45 f.

Staatliche Maßnahmen, die das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG einschränken, unterliegen vor allem im Schrankenbereich dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als allgemeinen verfassungsrechtlichen Maßstab, nach dem die Handlungsfreiheit eingeschränkt werden darf. Hier gelten die gleichen Maßstäbe für In- wie

auch für Ausländer*innen, in die die Wertordnung der Grundrechte insgesamt einfließt, so dass ein eklatant niedrigerer Schutz kanadischer Investitionen nicht zu erwarten ist.

BVerfGE 120, 274 (318 f.); 109, 279 (335 ff.); 80, 137 (153).

Als weiteres Argument gegen eine Vergleichbarkeit bzw für wesentliche Unterschiede zwischen deutschen und kanadischen Investor*innen in Deutschland, die eine Vergleichsgruppenbildung ausschließen, wird zT geltend gemacht, dass das schiedsgerichtliche Verfahren Rechtswegedefizite für drittstaatsangehörige Investor*innen in Deutschland ausgleicht, da den kanadischen Investor*innen Prozessrechte fehlten, die deutsche Investor*innen besäßen. Gemeint ist hiermit vor allem das fehlende Recht auf Verfassungsbeschwerde ausländischer Unternehmen generell nach Art. 19 Abs. 3 GG, der eine Grundrechtsgeltung lediglich für inländische juristische Personen des Privatrechts anordnet. Kanadische Investor*innen könnten allein „normalen“ Rechtsschutz gegen die Durchführungsakte der Exekutive vor den Verwaltungsgerichten geltend machen, anstatt – wie deutsche Investor*innen – staatliche Maßnahmen auch vor dem Bundesverfassungsgericht angreifen zu dürfen. Inwieweit dies überhaupt zutreffen mag, ist – wie oben dargelegt – eine Frage der Ausgestaltung des Unternehmens. Und das Problem, vom Weg der Verfassungsbeschwerde ausgeschlossen zu sein, stellt sich vor allem nur dann, wenn Investor*innen unmittelbar gegen ein Gesetz vorgehen wollen. Denn eine verwaltungsbehördliche Maßnahme geht in den Verwaltungsrechtsweg, der selbstverständlich auch kanadischen Investor*innen offensteht. Verwaltungsgerichte sind – ebenso wie die Verfassungsgerichtsbarkeit – dazu berufen, Grundrechte der Kläger*innen zu schützen.

Deshalb scheint ausschließlich im Hinblick auf das *right to regulate* der Vertragsstaaten die Frage von Bedeutung, ob kanadische Investor*innen wie deutsche Investor*innen die Möglichkeit haben, vor dem Bundesverfassungsgericht, unmittelbar gegen

ein Gesetz zu klagen, das sie mutmaßlich in ihrer Investition schädigt. Problematisch dabei ist sicherlich die Klagebefugnis, genauer die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung bei Deutschengrundrechten wie Art. 14 GG und die Transformationsnorm des Art. 19 Abs. 3 GG. Dass und wie der Ausschlussbestand des Art. 19 Abs. 3 abgewendet werden kann, und dass kanadische Investor*innen sich jedenfalls auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen können, wurde oben bereits dargelegt.

Abgesehen davon, dass die Hürden für eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Parlamentsgesetz hoch sind, da auch deutsche Kläger*innen unmittelbar durch ein Gesetz und nicht erst durch dessen Vollzugsakte betroffen sein müssen, bzw ihnen das Abwarten des Vollzugs unzumutbar sein muss, besteht aber auch in jeder Phase eines „normalen“ Gerichtsverfahrens vor den Verwaltungs- oder Zivilgerichten in Deutschland die Möglichkeit einer Richtervorlage. Nach Art. 100 GG prüft dann das BVerfG auch so im Rahmen der konkreten Normenkontrolle die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, auf dem eine angegriffene Maßnahme der Staatsgewalt beruht, ohne dass die Verfassungsbeschwerdebefugnis kanadischer Investor*innen überhaupt ein Thema sein muss.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen deutschen und kanadischen Investor*innen, der eine Vergleichbarkeit ausschliesse oder per se eine Ungleichbehandlung rechtfertigte, besteht also auch hier nicht.

(b) Bezüglich der Vergleichbarkeit (und ganz besonders bezgl der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung) kann es aber insbesondere nicht die Frage sein, ob oder ob nicht sich kanadische Investor*innen vor nationalen Gerichten auf Grundrechte berufen können, sondern nur, ob nationale Gerichte ihnen aus der Perspektive des Völkerrechts den gleichen – oder sogar einen besseren – Schutz angedeihen lassen können, wie das Investitionsschutzkapitel und das ISDS im CETA.

Ob der Schutz von Investitionen kanadischer Investor*innen durch das CETA und durch das nationale Recht überhaupt miteinander vergleichbar sind, ist in der Literatur umstritten, da es sich beim nationalen Recht und bei völkerrechtlichen Verträgen grds um unabhängige Haftungsregime handelt.

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, https://www.global2000.at/sites/global/files/Krajewski_Zusatzerklaerungen_Investorenschutz.PDF, S. 2 ff.; *Kahlert*, Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit, in: *SchiedsVZ* 2023, S. 2 (16).

Wegen fehlender Rechtsprechung zum CETA kann hier nur ein Textvergleich in Betracht kommen, wobei ein Verweis auf andere Schiedssprüche als dogmatische Illustration in Betracht kommt, da CETA von vorherigen IIAs zwar deutlich abweicht, Schiedsgerichte aber durchaus dazu tendieren, sich an Präzedenzfällen zu orientieren.

Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, 2009, S. 321 ff.

Autor*innen, die eine Vergleichbarkeit auf dieser Ebene nicht von vornherein ablehnen, kommen überwiegend zu dem Ergebnis, dass der Investitionsschutz im CETA – vor allem was den materiellen Investitionsschutz betrifft – sogar niedriger sei als der des Grundgesetzes bzw der der nationalen Rechtsordnung.

Hindelang, Wortbeitrag in: Wortprotokoll der 22. Sitzung des Wirtschaftsausschusses am 12.10.2022, https://www.bundestag.de/ausschuesse/a09_wirtschaft/Anhoerungen/912948-912948, S. 22.

Und auch der Bundestag geht davon aus, dass die im Kapitel 8 des CETA niedergelegten Verpflichtungen der Vertragsparteien im Wesentlichen denjenigen rechtlichen Bindungen zumindest entsprechen, denen die Bundesrepublik Deutschland aufgrund unionsrechtlicher bzw verfassungsrechtlicher Vorgaben ohnehin unterliegt.

BVerfGE 160, 208 (Rn. 96).

Konkret geht es bei der Vergleichbarkeit materiellen Schutzes um die beiden vorrangigen Schutzstandards des CETA, nämlich die indirekte Enteignung nach Art. 8.12 CETA iVm Anhang 8-A zum CETA (aa) und das FET nach Art. 8.10 CETA iVm dem deutschen „Non-Paper Proposing Draft Decision of the CETA Joint Committee“ (bb). Hierbei ist zu unterscheiden zwischen dem Marktzugang von Investor*innen und dem Bestandsschutz einer Investition. Beide sind in Deutschland einfachgesetzlich auf der Basis der Inländergleichbehandlung nach Art. 8.4 CETA und Art. 8.6 CETA gewährleistet.

Schill, Investitionsschutz in EU-Freihandelsabkommen: Erosion gesetzgeberischer Gestaltungsmacht?, in: ZaöRV 78 (2018), S. 33 (46).

Zwar ist es dem deutschen Gesetzgeber nach Art. 3 Abs. 1 GG nicht verboten, bei Marktzugang und Bestandsschutz ausländischer Investitionen nach der Staatszugehörigkeit zu unterscheiden – was aber immer rechtfertigungsbedürftig ist. Und auch Art. 345 AEUV lässt die Bestimmungen der Mitgliedstaaten über ihre Eigentumsordnungen unberührt, so dass diese über Inhalt und Grenzen des Privateigentums entscheiden können. Allerdings ist das CETA kein gewöhnlicher völkerrechtlicher

Vertrag. Vielmehr ist er zu Unionsrecht geworden und nimmt an dessen Anwendungsvorrang teil. Das bedeutet, dass er auch verfassungsrechtliche Vorgaben bzw. Einschränkungen überspielt, so dass aufgrund der Inländergleichbehandlung aus Art. 8.6 Abs. 1 CETA, die Marktzugang und Bestandsschutz der Investition umfasst, die kanadischen Investor*innen den deutschen Investor*innen in ihrem materiellen nationalen Schutzstandard gleichgestellt sind.

Schill, Investitionsschutz in EU-Freihandelsabkommen: Erosion gesetzgeberischer Gestaltungsmacht?, in: ZaöRV 78 (2018), S. 33 (57): „Insgesamt führt der Anspruch auf Gleichbehandlung unter CETA zu einer substantiellen Aufwertung der Rechte von kanadischen Investoren. Ihnen wird durch CETA ein Status eingeräumt, der dem Schutz inländischer Investoren aus den Grundrechten bzw. dem Schutz von EU-Investoren aus den unionalen Grundfreiheiten und Grundrechten bei Marktzugang und Bestandsschutz entspricht.“

(aa) Im Grundgesetz erhalten kanadische Investor*innen mit deutschen Tochtergesellschaften Enteignungsschutz und Schutz gegen Eingriffe in ihre Investitionen, die einer Enteignung gleichkommen. Wie oben dargelegt, ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz neben dem Rechtsstaatsprinzip und dem Vertrauensschutz Dreh- und Angelpunkt des investitionsrechtlichen Schutzregimes sowohl unter dem Grundgesetz als auch unter CETA.

Schill, Investitionsschutz in EU-Freihandelsabkommen: Erosion gesetzgeberischer Gestaltungsmacht?, in: ZaöRV 78 (2018), S. 33 (48).

Kanadische Investitionen sind in ihrem Bestand über Art. 14 GG gesichert, dessen Verletzung in jedem Fall über Art. 2 Abs. 1 GG gerügt werden kann. Art. 2 Abs. 1 GG schützt als Jedermannrecht wirtschaftliches Handeln gegen unverhältnismäßige Eingriffe. Und selbst wenn kanadische Unternehmen ohne Tochtergesellschaften in

Deutschland als ausländische juristische Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG vom Schutz des Art. 14 GG ausgeschlossen sind, steht dies einem Anspruch aus enteignungsgleichem und enteignendem Eingriff nicht entgegen, da diese Rechtsfiguren der Ebene auch des einfachen Rechts zugerechnet werden.

BGHZ 76, 375 (384); Sachs/*Wendt*, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 14 Rn. 16.

Investor-Staat-Streitigkeiten unter IIAs wegen direkter Enteignungen werden vor allem zwischen demokratischen Rechtsstaaten nicht mehr geführt, weshalb sie hier außer Acht bleiben können. Was die direkte Enteignung betrifft, enthält Art. 8.12 Abs. 1 CETA keine über Art. 14 Abs. 3 GG hinausgehenden Anforderungen.

Das CETA positiviert in Art. 8.12 Abs. 1 CETA ebenfalls das Verbot entschädigungsloser enteignungsgleicher Maßnahmen. Hiermit ist die indirekte Enteignung gemeint, die Maßnahmen des Gaststaates betrifft, die das Eigentum kanadischer Investor*innen in seiner Substanz zwar unberührt lassen, aber die Nutzungs- und Verfügungsbefugnisse so einschränken, dass es an Wert verliert. Beispiele hierfür sind aus der Schiedsgerichtsrechtsprechung der Einsatz von Zwangsverwaltern, die Nichtverlängerung von Genehmigungen, aber auch regulatorische Maßnahmen, die das Umfeld der Investition verändern. Der Schutzstandard, mit dem das CETA die indirekte Enteignung versieht, bleibt hinter dem der deutschen Rechtsordnung zurück. Vergleichbar mit der indirekten Enteignung aus dem CETA sind zum einen die (ausgleichspflichtige) Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, zum anderen der enteignende und der enteignungsgleiche Eingriff.

Anhang 8-A CETA Nr. 2 stellt zur indirekten Enteignung klar, dass die Bestimmung einer indirekten Enteignung nur von Fall zu Fall möglich ist und die wirtschaftlichen Auswirkungen der angegriffenen Maßnahme berücksichtigt werden müssen. Stehen regulatorische Maßnahmen in Rede, versucht Anhang 8-A CETA Nr. 3 zwischen

entschädigungsloser Regulierung und entschädigungspflichtiger Regulierung abzugrenzen. Das CETA geht davon aus, dass regulatorische Maßnahmen der Vertragsparteien, die legitime Gemeinwohlzwecke erfüllen, nur in seltenen Fällen entschädigungspflichtig sind, nämlich nur dann, wenn sie unter Berücksichtigung ihres Zweckes so schwerwiegend sind, dass die offenkundig überzogen erscheinen.

Mit den Klarstellungen in Anhang 8-A CETA senken die Vertragsparteien den Schutz vor indirekten Enteignungen unter das Maß des Schutzes des Grundgesetzes ab.

Die ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG betrifft regulatorische Maßnahmen. Nach stR steht einem Betroffenen eine gesetzliche Entschädigung im Rahmen einer Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Absatz 1 S. 2 GG zu, wenn sich die ihm auferlegten Nutzungsbeschränkungen als ein der Enteignung (zumindest) vergleichbarer Eigentumseingriff und deswegen als eine wesentliche Nutzungsbeschränkung bewerten lässt. Im Anwendungsbereich des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG werden entsprechende Entschädigungsansprüche vom Gesetzgeber zu dem Zweck gewährt, die mit der Inhalts- und Schrankenbestimmung verbundenen Belastungen des Eigentums unter bestimmten Voraussetzungen auszugleichen. Zu einem Ausgleich kann der Gesetzgeber zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlich verpflichtet sein. Dabei sind ganz ähnliche Kriterien abzuwägen wie im CETA, nämlich Schwere des Eingriffs und Bedeutung des gesetzgeberischen Ziels. Die Vorgaben der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung gelten auch gegenüber unternehmerischem Eigentum. Gestaltet der Gesetzgeber Inhalt und Schranken unternehmerischen Eigentums durch Änderung der Rechtslage, muss er die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, des Vertrauensschutzes und des Gleichheitssatzes achten. Dabei hat er ebenso den Bestand von Betrieben und die im Vertrauen auf die Gesetzeslage getätigten Investitionen angemessen zu berücksichtigen. Die Abwägung kann dazu

führen, dass gesetzgeberische Eingriffe in Unternehmen nur verhältnismäßig sind, wenn sie entschädigt werden. Allerdings ist von der Verfassung vor allem das Ziel des Ausgleichs vorgegeben, so dass der Gesetzgeber in der Wahl seiner Mittel grundsätzlich frei ist. Anders als das CETA-Gericht ausurteilen kann, das nur befugt ist, Entschädigung in Geld zuzusprechen, kommen als Ausgleich in der deutschen Rechtsordnung allerdings neben der Gewährung von Geldleistungen weitere Mittel des Verhältnismäßigkeitsausgleichs in Betracht, wie etwa Dispense, Übergangsregelungen etc.

ZB BVerwG, Entschädigung wegen Erlass einer Naturschutzverordnung, NJW 1993, 2949 (2959); BVerfGE 143, 246 (Rn. 270).

Gleichwohl sind kanadische Investor*innen durch das CETA gegenüber ausgleichspflichtigen Regulierungen schlechter gestellt als durch das GG, da nach dem CETA lediglich schwerwiegende Eingriffe entschädigt werden, die offenkundig überzogen scheinen. Nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG reicht dagegen eine einfache Unverhältnismäßigkeit.

v. Münch/Kunig/Bryde/*Wallrabenstein*, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 14 Rn. 108.

(bb) Der Schutz kanadischer Investor*innen durch das FET in Art. 8.10 CETA hört sich bereits nach der Papierlage sehr niedrig an. Schutz gewährt das FET bislang nur bei Vorliegen der fünf Fallbeispiele: Rechtsverweigerung, grundlegende Verletzung des rechtsstaatlichen Verfahrens, offenkundige Willkür, gezielte Diskriminierung aus offenkundig ungerechtfertigten Gründen und missbräuchliche Behandlung von Investor*innen. Es ist zwar noch nicht absehbar, wie das CETA-Gericht diese Klausel auslegen wird, die Formulierungen deuten aber auf einen Maßstab hin, der hinter bisherigen FET-Standards in IIAs zurückbleiben wird. Materiell dürfte das FET mit seinen abschließenden Konkretisierungen in Art. 8.10 Abs. 2 lit a) bis e) CETA den

aus dem deutschen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht bekannten rechtsstaatlichen Garantien im Grundsatz entsprechen. Es garantiert den Investor*innen ein ordnungsgemäßes, transparentes und faires Verfahren vor Behörden und Gerichten des Gaststaates und damit das, was unter der Rechtsstaatlichkeit des Grundgesetzes zu verstehen und in die einschlägigen Verfahrens- und Prozessordnungen von Verwaltungsbehörden und Gerichten eingeflossen ist. Insgesamt sind hier der Schutz durch das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip und den Vertrauensschutz höher als die Schutzstandards im CETA.

Schill, Investitionsschutz in EU-Freihandelsabkommen: Erosion gesetzgeberischer Gestaltungsmacht?, in: ZaöRV 78 (2018), S. 33 (90); *ders.*, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu dem Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers (Kurzgutachten), https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=1, S. 13 ff.

Die wesentlichen Unterschiede zwischen dem Investitionsschutz nach der deutschen Rechtsordnung und dem Investitionsschutz nach CETA liegen dagegen einmal im Verhältnis von Primär- und Sekundärrechtsschutz (aaa). Das CETA-Gericht darf angegriffene Maßnahmen des Gaststaates nicht aufheben. Es ist nach Art. 8.39 Abs. 1 CETA nur befugt, Schadensersatz in Geld oder die Rückerstattung von Vermögenswerten zuzusprechen. Beim CETA-Gericht ist damit nur Sekundärrechtsschutz zu erlangen. Zum anderen entfällt im Staatshaftungsrecht die Haftung für legislatives Unrecht (bbb). Klagegegenstand im CETA sind dagegen nach Art. 8.18 Abs. 1 CETA alle „Maßnahmen“, die zu einer Pflichtverletzung iSd Investitionsschutztatbestände des CETA geführt haben. Der Begriff der Maßnahme im CETA ist weit und bezieht sich auf Maßnahmen aller drei Staatsgewalten Exekutive, Judikative und Legislative.

Aus dem CETA ergibt sich insoweit keine Einschränkung bei Klagen gegen legislatives Unrecht.

(aaa) Auch im deutschen Eigentums- und Staatshaftungsrecht sind Schadensersatzklagen nach Art. 34 GG iVm § 839 BGB von Investor*innen möglich. Anders als das CETA geht der deutsche Eigentumsschutz allerdings von einem Vorrang des Primärrechtsschutzes vor dem Sekundärrechtsschutz aus. Das Verbot des „Dulde und Liquidiere“ heißt, dass es nicht zulässig ist, einen rechtswidrigen Zustand hinzunehmen und einfach nur Schadensersatz für ihn zu fordern. Vielmehr ist ein Betroffener verpflichtet, Klage gegen die rechtswidrige Maßnahme zu erheben mit dem Ziel, diese zu beseitigen.

BVerfGE 58, 300 (324): „Der Betroffene hat hiernach kein Wahlrecht, ob er sich gegen eine wegen Fehlens der gesetzlichen Entschädigungsregelung rechtswidrige „Enteignung“ zur Wehr setzen oder unmittelbar eine Entschädigung verlangen will. Läßt er den Eingriffsakt unanfechtbar werden, so verfällt seine Entschädigungsklage der Abweisung. Wer von den ihm durch das Grundgesetz eingeräumten Möglichkeiten, sein Recht auf Herstellung des verfassungsmäßigen Zustandes zu wahren, keinen Gebrauch macht, kann wegen eines etwaigen, von ihm selbst herbeigeführten Rechtsverlustes nicht anschließend von der öffentlichen Hand Geldersatz verlangen.“

Ist die angegriffene Maßnahme rechtswidrig, muss sie aufgehoben werden, um einen rechtmäßigen Zustand herzustellen. Das gilt sowohl für den Eigentumsschutz als auch für das Staatshaftungsrecht. Ist zB eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG rechtswidrig, weil sie unverhältnismäßig ist, muss der Gesetzgeber nachbessern und/oder Entschädigung vorsehen. Denn eine Entschädigung kann nicht ohne gesetzliche Grundlage zugesprochen werden, da wegen des deutschen Verständnisses von Gewaltenteilung und Demokratie nicht die Gerichte,

sondern der Gesetzgeber die angemessene Höhe einer Entschädigung bestimmen soll, um hier eine Abwägung aller betroffenen privaten und öffentlichen Belange vornehmen zu können.

(bbb) Das deutsche Amtshaftungsrecht kennt ferner keine Haftung des Staates für legislatives Unrecht. Der Anspruch auf Schadensersatz nach Art. 34 GG setzt voraus, dass staatlicherseits eine einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht durch die jeweilige Maßnahme verletzt worden sein muss. Drittbezogenheit der Amtspflicht heißt, dass die verletzte Amtspflicht nicht nur im Interesse der Allgemeinheit bestehen darf, sondern nach ihrem Zweck auch dem Schutz der Interessen des Geschädigten dienen muss. Die Drittbezogenheit muss die Person des Geschädigten betreffen, dh er muss zu einem von der Allgemeinheit abgrenzbaren Personenkreis gehören, dessen Interessen durch die Amtspflicht geschützt bzw. gefördert sein sollen. Die sekundäre Staatshaftung greift in Deutschland deshalb nicht für den Fall des legislativen Unrechts. Amtspflichten, die den Gesetzgeber treffen, bestehen in der Regel nur im Interesse der Allgemeinheit. Pflichten bei der Setzung abstrakt-generellen Rechts iSv Gesetzen, Rechtsverordnungen und Satzungen bestehen grundsätzlich nur gegenüber der Allgemeinheit, so dass es an einer Amtspflicht des Normgebers gegenüber einem Dritten fehlt.

BGH, NJW 1971, 1172; NJW 1989, 976 – std. Rspr; BeckOK GG/*Grzeszick*, GG, 2023, Art. 34, Rn. 9 ff.

Gegen regulatorische Maßnahmen des deutschen Gaststaats haben kanadische Investor*innen in Deutschland – ebenso wie die deutschen Investor*innen – Recht auf Schadensersatz bzw Entschädigung im Wesentlichen Ansprüche aus Enteignung oder wegen einer ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung.

Gegen enteignungsgleiches Verwaltungshandeln können dagegen zusätzlich auch Ansprüche aus enteignendem und enteignungsgleichem Eingriff geltend gemacht werden. Dass kanadische Investor*innen den deutschen hier nicht wesentlich gleichgestellt wären, wird man nicht behaupten können. Im Gegenteil ist der Schutz gegen gesetzgeberische Eingriffe in Investitionen unter dem deutschen Rechtsregime sogar höher als der unter dem CETA. Schadensersatz wegen enteignendem und enteignungsgleichem Eingriff kommt im deutschen Recht insoweit in Betracht, als die rechtswidrige Maßnahme nicht wiederherstellbare Verluste oder durch Primärrechtsschutz nicht vermeidbare Folgewirkungen produziert. Hier stellt die deutsche Rechtsordnung die kanadischen Investor*innen besser als das CETA, da im deutschen Recht auch für Nebenfolgen von rechtmäßigen Maßnahmen Entschädigung verlangt werden kann, während beim CETA selbst die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme nicht per se eine Vertragsverletzung darstellt (Art. 8.10 Abs. 7 CETA). Wird der Schaden an einer Investition als Nebenfolge eines an sich rechtmäßigen Handelns herbeigeführt, liegt ein enteignender Eingriff vor, wird die Rechtsbeeinträchtigung rechtswidrig herbeigeführt, ein enteignungsgleicher Eingriff. Die unmittelbar bewirkte Beeinträchtigung der kanadischen Investition muss dem Investor bzw der Investorin ein Sonderopfer der Art abverlangen, dass die Überwälzung der Nachteile auf den Betroffenen unzumutbar erscheint. Auch hier sind die kanadischen Investor*innen unter der deutschen Rechtsordnung besser gestellt als unter dem CETA. Denn nach Anhang 8-A Nr. 3 CETA stellt eine diskriminierungsfreie Maßnahme – egal ob legislatorisch oder verwaltungsbehördlich – grds keine indirekte Enteignung dar, außer sie ist so schwerwiegend, dass sie offenkundig überzogen erscheint, und nicht bloß unzumutbar. Denn als unzumutbar gilt in der deutschen Rechtsordnung bereits jede unangemessene Behandlung, bei der der beabsichtigte Zweck außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs steht.

Allerdings steht die Rechtsprechung der Möglichkeit, Schadensersatzansprüche wegen legislatorischer Maßnahmen auf die Figur des enteignenden Eingriffs zu stützen, insgesamt eher skeptisch gegenüber.

BGH, Haftung für Krankenhausbehandlungskosten mittelloser Notfallpatienten, NJW 2005, 1363 (1363): „Derartiges hat der BGH bisher insbesondere bei einzelfallbezogenen Eigentumsbeeinträchtigungen durch hoheitliche Realakte oder Verwaltungsakte bejaht. Bestrebungen, das Rechtsinstitut des enteignenden Eingriffs darüber hinaus auch dann anzuwenden, wenn ein Gesetz im Einzelfall zu Eigentumseinbußen führt, die Ausnahmecharakter tragen und nur unter besonderen Umständen entstehen, steht der Senat sehr zurückhaltend gegenüber; er hat das Institut jedenfalls nicht als geeignete Grundlage angesehen, um massenhaft auftretende Schäden wie das in neuerer Zeit weitflächig auftretende Waldsterben auszugleichen.“

Da das CETA aber versucht, Schadensersatzklagen kanadischer Investor*innen gegen regulatorische Eingriffe der Gaststaaten auf wenige Ausnahmefälle zu begrenzen, fällt diese Abweichung zwischen der deutschen Rechtsordnung und dem Schutzstandard des CETA nicht ins Gewicht.

Im Ergebnis sind kanadische Investor*innen im deutschen Recht prozessual und materiell den deutschen Investor*innen gleichgestellt. Die deutsche Rechtsordnung bietet ihnen sogar einen materiellrechtlich höheren Schutz ihrer Investitionen als das CETA selbst. Das CETA muss deshalb keine Rechtsschutzlücken ausgleichen und taugt hierzu auch nicht. Deutsche Investor*innen in Deutschland und kanadische Investor*innen in Deutschland befinden sich im Ergebnis in einer sehr wohl vergleichbaren Lage, was ihre Investitionen betrifft.

4.2. Ungleichbehandlung

Die Einrichtung des ICS im CETA stellt auch eine Ungleichbehandlung dar. Kanadische Investor*innen in Deutschland erhalten mehr und andere Rechtsschutzmöglichkeiten für ihre Investitionen als deutsche Investor*innen in Deutschland.

Das CETA enthält keine *local remedies rule*. Es besteht keine Pflicht eines kanadischer Investor*innen, den nationalen Instanzenzug auszuschöpfen, bevor sie vor dem CETA-Gericht klagen. Das bedeutet, dass kanadische Investor*innen die nationalen Instanzenzüge zwar durchlaufen können, bevor sie Klage beim CETA-Gericht erheben, dies jedoch nicht müssen. Das CETA enthält aber eine *no-u-turn-Klausel*. Nachdem sich Investor*innen entschlossen haben, das CETA-Gericht anzurufen, ist ihnen nach Art. 8.22 Abs. 1 lit g) CETA der Weg in die nationale Gerichtsbarkeit verschlossen. Allerdings besteht für sie die Möglichkeit, erst vor die nationalen Gerichte und dann vor das CETA-Gericht zu ziehen. Kanadische Investor*innen erhalten dadurch einen Rechtsweg mehr als deutsche Investor*innen in Deutschland. Denn den deutschen Investor*innen fehlt diese Möglichkeit. Sofern kanadische Investor*innen mit dem (sich abzeichnenden) Ausgang des nationalen Rechtsstreits unzufrieden sind, können sie das CETA-Gericht als korrigierende Ebene gegen die deutsche Rechtsprechung für Entschädigungen oder Schadensersatz anrufen. Da Art. 8.22 Abs. 1 lit f) u. g) CETA insoweit keine weiteren Vorgaben zur Klagerücknahme enthalten, ist es dem Investor möglich, sich erst einmal durch den nationalen Instanzenzug zu klagen, bevor er sich, wenn er einen ungewissen Ausgang in der letzten Instanz fürchtet oder mit einem Urteil dort nicht zufrieden ist, an das CETA-Gericht wendet und auf weitere Rechtsmittel in Deutschland verzichtet.

Schill, Investitionsschutz in EU-Freihandelsabkommen: Erosion gesetzgeberischer Gestaltungsmacht?, in: ZaöRV 78 (2018), S. 33 (76): „Um sich derartige Ansprüche nach nationalem Recht offenzuhalten, ist daher davon auszugehen, dass geschützte ausländische Investoren sequenziell vorgehen werden, d.

h. zunächst durch Geltendmachung von Primär- und Sekundärrechtsschutz auf nationaler Ebene und anschließend durch Geltendmachung von Sekundärrechten auf internationaler Ebene wegen Verletzung der investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen von CETA.“

Es ist kanadischen Investor*innen auch nicht verwehrt, zunächst ihre Primärrechtsschutzanliegen insgesamt vor den nationalen Gerichten zu verfolgen, bevor sie – auf ein abschlägiges Urteil hin – zum CETA-Gericht gehen. Damit ist durch CETA zwar die Möglichkeit paralleler Verfahren ausgeschlossen, nicht aber die Möglichkeit hintereinandergeschalteter Verfahren. Die Verdoppelung der Rechtswege und die durch das CETA eingeräumte Wahlmöglichkeit stellt eine Ungleichbehandlung zugunsten kanadischer Investor*innen gegenüber deutschen Investor*innen dar.

Diethelm, ISDS-Regeln im CETA zwischen der EU und Kanada: Aspekte der Weiterentwicklung gegenüber früheren ISDS-Regeln, in: *SchiedsVZ* 2019, 309 (316).

Der oben dargelegte Unterschied in der Dogmatik des nationalen Eigentumsschutzes und des Staatshaftungsrechts führt daneben auch materiell zu einer Besserstellung kanadischer Investor*innen gegenüber inländischen Investor*innen, denn diese können anstelle des Primärrechtsschutzes, der im deutschen Recht vorrangig ist, ausschließlich Sekundärrechtsschutz gegen nationale Maßnahmen geltend machen. Dem Gaststaat einer Investition wird – je nach welcher Taktik die kanadischen Investor*innen vorgehen – die Möglichkeit zu einer eigenen Abhilfe des Verstoßes einer Maßnahme gegen das Investitionsschutzkapitel des CETA genommen. Durch ihre Nähe zum lokalen Geschehen und zum lokalen Recht sind die nationalen Gerichte mit den genauen tatsächlichen und rechtlichen Umständen einer Maßnahme aber sehr viel besser vertraut als das CETA-Gericht und können zu einer sachgerechteren und effektiveren Falluntersuchung beitragen. Kanadische Investor*innen

können aber ebenfalls zunächst im Primärrechtsschutz gegen eine regulatorische oder sonstige Maßnahme vorgehen, dann aber auf den Sekundärrechtsschutz nach dem CETA umswitchen. Wird dann zB eine gesetzgeberische Maßnahme, die letztlich vom BVerfG auf Klage eines deutschen Investors hin aufrechterhalten wird, in der CETA-Gerichtsbarkeit als Verstoß gegen die investitionsschutzrechtlichen Vorschriften des Abkommens ausgeurteilt, ist Deutschland verpflichtet, an die kanadischen Investor*innen Entschädigungsleistungen für eine gesetzes- bzw. verfassungskonforme Maßnahme zu zahlen, die an deutsche Unternehmen nicht zu zahlen sind.

Krajemski, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), in: ZUR 2014, S. 396 (399 f.) – zu Vattenfall I u. II.

4.3. Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Die dargelegte Ungleichbehandlung deutscher und kanadischer Investor*innen kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.

Auch wenn der Entscheidungsspielraum der auswärtigen Gewalt der Bundesregierung bei der Gestaltung auswärtiger Beziehungen in der Handelspolitik weit ist, ist doch auch die auswärtige Gewalt – auch wenn sie in einem Näherverhältnis zur Union steht – an die Grundrechte der deutschen Bürger*innen und deren anerkannte Dogmatik gebunden. Die Prüfungsdichte des Bundesverfassungsgerichts ist hier nicht reduziert. Grds schraubt das Bundesverfassungsgericht die Kontrolldichte seiner Prüfung im Auswärtigen herunter und räumt der Bundesregierung hier umfassende Einschätzungs- und Ermessensspielräume ein. Das BVerfG geht davon aus, dass in der Sphäre außenpolitischer Wertungen nur die „Grenze offensichtlicher Willkür“ bestehe. Dies ist nicht unproblematisch, denn die Grundrechtsbindung der Staatsgewalten nach Art. 1 Abs. 3 GG umfasst auch das auswärtige Handeln der Exekutive. Die Grundrechtskonformität eines Zustimmungsgesetzes ist eine Frage

des Verfassungsrechts und unterliegt nicht exekutiver Formgebung. Legitim erscheint es daher nur, der Exekutive Einschätzungs- und Bewertungsspielräume im Hinblick auf Auslandssachverhalte einzuräumen, verfehlt wäre es, ihre Grundrechtsbindung zu einer ihrer Einschätzung obliegenden Frage zu deklarieren. Bei der Überprüfung des Grundrechtsverstoßes eines Zustimmungsgesetzes, an dem der Bundestag beteiligt ist, dem die Einschätzungsprärogative im Äußeren sowieso fehlt, weil die Bundesregierung hier eine Vorrangstellung hat, muss es deshalb bei der üblichen Dogmatik der Grundrechtsprüfung bleiben. Diese darf sich nicht auf eine Evidenzkontrolle oder die Prüfung offensichtlicher Fehler beschränken.

v. Münch/Kunig/*Starski*, 7. Aufl. 2021, GG Art. 59 Rn. 123 f.

Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich für die Rechtfertigungsprüfung je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen. Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen.

Std Rspr, vgl BVerfGE 117, 1 (30); 122, 1 (23); 126, 400 (416); 127, 263 (280); 130, 131 (142); 148, 217 (Rn. 103).

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung verschärfen sich, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind, oder je mehr sie sich den Anknüpfungsverboten aus Art. 3 Abs. 3 GG annähern.

Std Rspr vgl. BVerfGE 129, 49 (69); 138, 136 (Rn. 122); 139, 285 (Rn. 71), 148, 217 (Rn. 104).

Eine strengere Bindung des Gesetzgebers ist damit immer dann anzunehmen, wenn die Differenzierung an Persönlichkeitsmerkmale anknüpft. Bei verhaltensbezogenen Unterscheidungen hängt das Maß der Bindung wiederum insbesondere auch davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Kriterien zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird. Je besser die Betroffenen diejenigen Umstände beeinflussen können, an die die Ungleichbehandlung anknüpft, desto großzügiger ist die Rechtfertigungsprüfung. An Ungleichbehandlungen, die die Menschen stärker in ihrer individuellen Persönlichkeit treffen, ist ein umso strengerer Maßstab anzulegen.

BVerfGE 88, 87 (96); 126, 400 (417 f.); *Britz*, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, in: NJW 2014, S. 346 (348).

Im vorliegenden Fall ist eine strengere Bindung des Gesetzgebers anzunehmen. Eine bloße Willkürkontrolle reicht nicht aus, da die Ungleichbehandlung von deutschen und kanadischen Investor*innen von größerer Intensität ist. Sie knüpft an die Staatsangehörigkeit der Investor*innen an. Die Staatsangehörigkeit statuiert zwar kein Anknüpfungsverbot iSd Art. 3 Abs. 3 GG, da sich die Staatsangehörigkeit nicht unter die Differenzierungsverbote der Heimat oder der Abstammung in Art. 3 Abs. 3 GG subsumieren lässt.

BVerfGE 90, 27 (37).

Doch die Staatsangehörigkeit gehört zu jenen personenbezogenen Merkmalen, die für den einzelnen ähnlich wie seine Heimat oder seine Abstammung schwer verfügbar sind. Die Anknüpfung der Ungleichbehandlung an die Staatsangehörigkeit verschärft damit die Rechtfertigungslast des Gesetzgebers. Das gilt auch im vorliegenden Kontext. Um der Ungleichbehandlung durch das CETA zu entgehen, haben deutsche Investor*innen zwei Möglichkeiten. Sie könnten ggf ihre Staatsangehörigkeit wechseln. Das ist aber insoweit unzumutbar, als die idR mit Geburt erworbene Staatsangehörigkeit ein besonderes Band zwischen Heimatstaat und Staatsbürger*innen knüpft. Sie ist Grundlage von Identität, Verbundenheit und politischen Rechten, die schwer aufgebbar sind. Eine zweite Möglichkeit, der Ungleichbehandlung zu entgehen, besteht darin, kanadische Investor*innen in die eigene Investition mit hereinzuholen und eine kanadische Investition daraus zu machen. Abgesehen davon, dass dies eine Praxis unter IIAs und Freihandelsabkommen ist, die von großen Unternehmen in die andere Richtung durchaus durchgeführt wird, um in den Genuss von Investorenrechten zu kommen, ist diese Praxis im Wesentlichen aber auch auf Großunternehmen beschränkt. Sie kommt zB für KMU, Familienbetriebe oder Einzelpersonen nicht in Betracht und schließt eine große Anzahl von Investitionen, die nach dem CETA unter den weiten Investitionsbegriff des Art. 8.1 CETA fallen, aus.

Die Rechtfertigung der hier vorliegenden Ungleichbehandlung misst sich demnach nicht am Willkürverbot, sondern unterliegt einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist wegen der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit als ein Art. 3 Abs. 3 GG angenähertes Unterscheidungskriterium der strengste Maßstab zu wählen. In der Literatur ist unbestritten, dass Sachverhalte, in denen es wie hier um Inländerdiskriminierung geht, eine strikte Verhältnismäßig-

keitsprüfung erfordern, weil sich Differenzierungen aufgrund von Staatsangehörigkeit oder Staatszugehörigkeit solchen Differenzierungen wegen Heimat und Herkunft deutlich annähern.

Dürig/Herzog/Scholz/*Langenfeld*, GG, 2022, Art. 3 Abs. 3 Rn. 58.

Entscheidend ist daher, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können. Das ist hier nicht der Fall. Auch wenn ein legitimer Zweck verfolgt wird (1), ist die Privilegierung kanadischer Investor*innen weder geeignet (2) noch erforderlich (3), um das Ziel der Vermehrung kanadischen Kapitals in Deutschland bzw der Union zu erreichen.

(1) Freihandelsabkommen bzw IIAs als solche verfolgen sicherlich legitime Ziele. Sie haben im Wesentlichen den Zweck, Investitionen in den Gaststaat zu ziehen.

Schiffbauer, Investitionsschutz und Grundgesetz, in: KSzW 2016, S. 145 (146).

Hier genügt es aber nicht, dass das CETA insgesamt ein legitimes Ziel verfolgt, vielmehr muss gerade die geltend gemachte Ungleichbehandlung von einem hinreichenden Sachgrund getragen werden, der mit der Verschiedenheit der ungleich behandelten Sachverhalte zu tun haben muss.

BVerfG, NJW 2013, 847 Rn. 76 f.; *Britz*, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, in: NJW 2014, S. 346 (350).

Es kommt also darauf an, ob die Generierung von ausländischen Investitionen vor allem darauf gestützt werden kann, dass die Interessen von Investor*innen im Gaststaat besonders effektiv durch den ISDS geschützt werden müssen, um sie dorthin

zu ziehen, weil die Interessen der Investor*innen ohne diesen besonderen Investitionsschutz nicht in einem vergleichbar hohen Grad an Rechtssicherheit verwirklicht werden könnten, und damit der Wirtschaftsraum für ausländische Investor*innen unattraktiv würde.

Dass der deutsche Wirtschaftsraum für kanadische Investor*innen auch ohne das ISDS und das ICS im CETA attraktiv ist, weil sie in der deutschen Rechtsordnung den gleichen (bzw. einen besseren) Schutz wie deutsche Investor*innen erhalten, und dieser über die Schutzstandards des CETA sogar hinausgeht, wurde oben bereits dargelegt. Die Geeignetheit von ISDS in Freihandelsabkommen zwischen Vertragspartnern mit hohem rechtsstaatlichen Niveau steht grds in Frage. Insbesondere ist nicht erkennbar, wo der drohende Widerspruch des Schutzstandards der nationalen Rechtsordnungen zu den Mindestgarantien des CETA liegen sollte, der als Rechtfertigung für das ISDS angeführt wird, wenn CETA einen – wie dargelegt – niedrigeren Schutzstandard hat als die nationale Rechtsordnung.

So auch *Jaeger*, Zum Vorschlag einer permanenten Investitionsgerichtsbarkeit, in: EuR 2016, S. 203 (227).

(2) Und deshalb fragt es sich, ob die Privilegierung kanadischer Investor*innen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union tatsächlich ein geeignetes Mittel oder überhaupt auch nur plausibel zur Förderung des Zwecks ist, kanadische Investitionen vermehrt ins Land zu locken. Wegen des strengen Prüfungsmaßstabs, der hier an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zu legen ist, und der folglich auch die Geeignetheitsprüfung steuert, ist der Prognosespielraum von Bundesregierung und zustimmendem Bundestag entsprechend klein und die Kontrolldichte des Bundesverfassungsgerichts entsprechend hoch. Hieraus erwächst eine sinkende „Typisie-

„Toleranz“ der staatlichen Maßnahme. Das Differenzierungskriterium „besonderer Rechtsschutz für kanadische Investoren, um mehr Kapital anzuziehen“, muss „treffsicher“ sein, um die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.

So zu Recht *Britz*, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, in: NJW 2014, S. 346 (351).

Die erforderliche Treffsicherheit des genannten Differenzierungskriteriums liegt nicht vor.

In der Literatur, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigt, liest man im Wesentlichen nur gebetsmühlenartige Mutmaßungen hierzu: Das haben wir schon immer so gemacht und deshalb ist ISDS für ausländische Investor*innen zielführend.

Generalanwalt beim EuGH (Bot), Schlussantrag vom 29.01.2019 – Avis 1/17 BeckRS 2019, 522, Rn. 212: „Der durch das CETA geschaffene Mechanismus zur Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten ist fester Bestandteil des in diesem Abkommen vorgesehenen Schutzrahmens, so dass die CETA-Verhandlungsführer im Rahmen des ihnen zustehenden Ermessens *davon ausgehen durften*, dass das mit dem CETA verfolgte Ziel, ausländische Investitionen zu fördern und attraktiv zu machen, ohne einen solchen Mechanismus nicht so effizient erreicht würde.“ Auch *Jaeger*, Zum Vorschlag einer permanenten Investitionsgerichtsbarkeit, in: EuR 2016, S. 203 (210): „(...) reflexhafte, gewohnheitsmäßige Einfügung von ISDS-Regeln in Freihandelsabkommen (...)“

Die Union und Kanada haben im Jahre 2007 ein Gutachten über die Kosten und Vorteile einer engeren ökonomischen Partnerschaft eingeholt. Das Gutachten kam zu dem Ergebnis, dass eine Beseitigung der Handelsschranken zwischen der EU und

Kanada mit einer erheblichen Ausweitung der wirtschaftlichen Aktivität der Europäischen Union, aber vor allem Kanadas in der Europäischen Union einherginge. Entsprechend formulierten die Vertragsparteien vom CETA die Ziele des Freihandelsabkommens: Nach den Erwägungsgründen soll das CETA der weiteren Stärkung der engen Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien (erster Erwägungsgrund) und der Schaffung eines erweiterten und sicheren Marktes für Waren und Dienstleistungen der Vertragsparteien durch den Abbau oder die Beseitigung von Handels- und Investitionshemmnissen (zweiter Erwägungsgrund) dienen.

Tatsächlich hat der Handel zwischen der Union, ihren Mitgliedstaaten und Kanada angezogen, nachdem das CETA vorläufig in Kraft getreten ist. Die Bundesregierung führt hierzu aus: „Nach aktuellen Angaben der EU-Kommission ist jedoch der gesamte bilaterale Warenhandel zwischen der EU und Kanada in den letzten fünf Jahren – seit Beginn der vorläufigen Anwendung von CETA – um 31 Prozent auf 60 Mrd. Euro gestiegen, wobei der Handel mit Lebensmitteln und landwirtschaftlichen Erzeugnissen sogar um 41 Prozent zugenommen hat. Die Warenexporte der EU nach Kanada sind seit Beginn der vorläufigen Anwendung um 26 Prozent gestiegen.“

BT-Drs. 20/4442, S. 5.

Damit sind die Vertragspartner dabei, ihre Ziele aus den Erwägungsgründen des CETA zu erfüllen, auch ohne dass eine Investitionsschutzgerichtsbarkeit über die Erfüllung der Investitionsschutzstandards aus dem CETA wacht. Diejenigen Investor*innen aus Kanada, die ihre Investitionstätigkeit in der Union bereits jetzt erhöht haben, konnten auch nicht damit rechnen, dass das ICS jemals eingerichtet werden würde, da in einigen Mitgliedstaaten Verfassungsklagen hiergegen liefen, zB in Irland, die erst 2022 abschlägig beschieden wurde (Patrick Costello v The Government of Ireland v. 11. Januar 2022, [2022]IESCDET) und Frankreich (Conseil Constitutionnel, Décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, <https://www.conseil->

constitutionnel.fr/decision/2017/2017749DC.htm). Zudem war ein Gutachtenauftrag Belgiens an den EuGH anhängig, über den der EuGH erst am 30. April 2019 entschieden hat. Die Errichtung des ICS im CETA ist also nicht notwendig (gewesen), um die Handelsziele des CETA zu erreichen. damit ist sie auch nicht geeignet, die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.

Zwar wird stets behauptet, dass das internationale Investitionsschutzrecht helfe, internationale Investitionsflüsse dadurch zu stabilisieren, dass ein vertrauenerweckender, vor einer Sondergerichtsbarkeit durchsetzbarer rechtlicher Rahmen für die Regulierung internationaler Investitionsbeziehungen gesetzt werde. Dessen Wirksamkeit wird aber in der empirischen bzw statistischen Literatur zu Freihandelsabkommen bzw IIAs nicht bestätigt. Kapitalimportierende Länder betrachten IIAs als Schutzangebot, das wegen des Rechtsschutzversprechens mehr Investoren anziehen wird. Für diese These gibt es – gerade was rechtsstaatlich geprägte Länder betrifft – keine Belege. Empirische Untersuchungen kommen vielmehr bestenfalls zu einander widersprechenden Ergebnissen.

Felbermayr, Was wissen wir über den Effekt von Investitionsschutz- und -förderverträgen auf ausländische Direktinvestitionen?, Ifo Schnelldienst 3/2018, <https://www.ifo.de/DocDL/sd-2018-03-felbermayr-investitionsschutz-2018-02-08.pdf>, S. 23: „Die Metaanalyse von 137 geschätzten Koeffizienten zeigt sehr deutlich, dass von einem positiven Effekt von IFV auf ADI auszugehen ist. Dieser Befund hängt vor allem von Nord-Süd-IFV ab; aber auch in anderen Fällen sind kleinere positive Effekte feststellbar.“ Diese „positiven Effekte“ verneint *Aisbett*, Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation, 2007, https://mpira.ub.uni-muenchen.de/2255/1/MPRA_paper_2255.pdf, S. 26: Korrelation aber keine Kausalität „lack of evidence of causal impact of BITs“

Es ist also völlig unklar, ob insbesondere die Investitionsschutzgerichtsbarkeit den Zustrom ausländischer Investitionen erhöht. Auch nach Jahrzehnten des Investor*innenschutzes lässt sich ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Anstieg von Investitionen und der Gewährung von schiedsgerichtlichem Investitionsschutz nicht nachweisen.

Bonmitcha, Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the evidence, International Institute for Sustainable Development, 2017, <https://www.iisd.org/system/files/publications/assessing-impacts-investment-treaties.pdf>, S. 3 ff.; Scheurer, Systematische Berücksichtigung von Menschenrechten in Investitionsschiedsverfahren, 2016, S. 141; *Arcuri ua*, Investment Law in Corona Times: How Myths Fuel Injustice, verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/investment-law-in-corona-times-how-myths-fuel-injustice/>, „The establishment of such legal regime of privilege has been widely justified by ‘plausible folk theories’, most notably the theory that Bilateral Investment Treaties (BITs) attract Foreign Direct Investments (FDIs) and that this is good for the economy of the host country and for the rule of law (echoing the other perilous myth of trickle-down economics). None of these statements, in fact, finds clear support in empirical evidence. Several studies have shown that the empirical evidence that BITs attract FDIs is at best mixed, if not altogether untenable (see here and here).“

Trotzdem hält sich hartnäckig der Mythos, dass ein für Auslandsinvestitionen förderliches Umfeld vor allem gute rechtliche Rahmenbedingungen wie das ISDS voraussetze. Gesteigert wird dieser Mythos durch die Behauptung, dass Investitionsschutzabkommen, die Rechtsschutz allein vor nationalen Gerichten zuließen, für ausländische Investoren nicht attraktiv seien und deshalb in der Praxis kaum vorkämen.

Kahlert, Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit, in: SchiedsVZ 2023, S. 2 (18).

Die jüngste Praxis zeigt dagegen ein großes Misstrauen vor allem demokratischer Industrienationen gegen ISDS. So klammern zB Australien wegen seiner negativen Erfahrungen mit Philip Morris und Neuseeland ISDS zZt ganz aus ihren IIA-Verhandlungen aus. Japan ist ebenfalls nicht begeistert. Indien sieht in seinem Model-BIT die *local remedies rule* vor. Und auch die BRICS-Länder stehen dem ISDS eher ablehnend gegenüber. Kanada ist im USMCA aus dem ISDS mit den USA und Mexico ausgestiegen. Zwischen Mexico und den USA gilt der ISDS nur beschränkt: Zunächst muss der nationale Rechtsweg beschritten werden. Erst wenn 30 Monate erfolglosen Vorgehens von Investor*innen vor nationalen Gerichten verstrichen sind, kann ein Schiedsverfahren eingeleitet werden.

Stöbener de Mora, Investitionsschutz unter neuen Vorzeichen – Das Konzept der EU im weltweiten Kontext, in: EuZW 2021, S. 325 (331 f.).

Die Geeignetheit von ISDS, ausländische Kapitalflüsse anzuregen, mag für das Investitionsrisiko in Ländern mit schwachen Governance-Strukturen zutreffen, in denen mit dem ISDS eine Alternative zu ineffektiven und nicht-neutralen nationalen Gerichten geschaffen wird, deren rechtsstaatliches Niveau zu wünschen übriglässt. Sie trifft aber nicht auf westliche Demokratien zu, deren Rechtsstaatssysteme intakt sind. Die rechtsstaatlichen Standards in den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten der Union sind hoch.

European Commission, The 2022 EU Justice Scoreboard, https://commission.europa.eu/system/files/2022-05/eu_justice_scoreboard_2022.pdf, Foreword: „The 2022 EU Justice Scoreboard has clearly shown that the effectiveness of EU justice systems continues to improve in a large majority of Member

States, even when faced with the difficult circumstances experienced over the last years.“

Das hohe Rechtsstaatsniveau der westlichen Industrienationen, das einen Verzicht auf ein ISDS geboten scheinen lässt, spiegelt sich auch in der bisherigen IIA-Praxis dieser Industrienationen wider. So haben die vor 2004 der Union beigetretenen Mitgliedstaaten bis auf zwei Ausnahmen, die ISDS allerdings nicht vorsahen, überhaupt keine bilateralen Investitionsverträge miteinander geschlossen.

Berger, Die Bundesrepublik Deutschland – Internationaler Investitionsschutz und das Vattenfall-Verfahren, in: EuZW 2020, S. 229 (230).

Auch der Deutsche Richterbund ist der Ansicht, dass der nationale Rechtsweg in westlichen Demokratien ausreicht, um Investor*innenrechte adäquat zu schützen:

DRB, Stellungnahme Nr. 4/16, <https://www.drb.de/positionen/stellungnahmen/stellungnahme/news/416>: „Der Deutsche Richterbund sieht keine Notwendigkeit für die Errichtung eines Sondergerichts für Investoren. Bei den Mitgliedstaaten handelt es sich um Rechtsstaaten, welche allen Rechtsuchenden den Zugang zum Recht über die staatliche Gerichtsbarkeit eröffnen und garantieren. Es ist Aufgabe der Mitgliedstaaten, den Zugang zum Recht für alle sicherzustellen und durch die entsprechende Ausstattung der Gerichte dafür zu sorgen, dass der Zugang auch für ausländische Investoren gangbar ist.“

(3) Selbst wenn man ISDS für geeignet hält, um Kapital in ein Land zu ziehen, ist er in der Ausgestaltung, die er im CETA gefunden hat, nicht erforderlich, um dies zu tun.

Der besondere Schutz kanadischer Investor*innen vor den Tücken des deutschen Rechts ist – wie oben dargelegt, nicht erforderlich. Das CETA muss keine Rechtsschutzdefizite kanadischer Investor*innen in Deutschland ausgleichen, da diese in Deutschland die gleichen Rechte haben wie die deutschen Investor*innen. Und dass in demokratischen Rechtsstaaten ein besonderer gegenseitiger Schutz von Investor*innen beider Länder vor dem je eigenen bzw fremden Rechtssystem erforderlich ist, scheint aus dem globalen Zeitalter herausgefallen.

Will man gleichwohl am schiedsgerichtlichen Investitionsschutz festhalten, dann wäre ein gleich effektives und weniger privilegierendes Mittel die Einräumung schiedsgerichtlichen Rechtsschutzes an kanadische Investor*innen, nachdem diese das nationale Rechtssystem durchlaufen haben (a). Ein anderes, gleich effektives, aber ebenfalls milderes Mittel als der Ausschluss deutscher Investor*innen vom ISDS wäre deren Einbezug in die Schutzstandards und des Rechtsschutzsystem des CETA (b).

(a) Im CETA könnte eine *local remedies rule* festgeschrieben werden. Die fehlende Verankerung von *local remedies rules* in Freihandelsabkommen oder IIAs wird grds damit gerechtfertigt, dass vor allem Investitionsabkommen mit Staaten geschlossen wurden, deren Rechtssysteme rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht unbedingt entsprachen und ein Schutz der Investoren aus kapitalexportierenden Staaten vor den dysfunktionalen Rechtsordnungen der Gaststaaten notwendig erschien, um dort überhaupt Investitionen zu generieren. Auf die Vertragspartner von CETA trifft dies nicht zu.

Im Nachfolger des NAFTA, dem USMCA (United States – Mexico – Canada Agreement), haben die Vertragsstaaten das ISDS durch eine *local remedies rule* und die Ausklammerung bestimmter Schutztatbestände für Investor*innen wesentlich modifiziert, bzw wie Kanada – immerhin beim CETA der Vertragspartner der Union

und ihrer Mitgliedstaaten – für sich gleich ganz ausgeschlossen: „*Canada is not a party to the USMCA’s chapter on ISDS* (Chapter 14). This means that ISDS claims cannot be asserted by Canadian investors or against Canada. ISDS provisions between the US and Mexico, on the other hand, remain in effect, but these provisions depart in many ways from dispute resolution under NAFTA’s Chapter 11. One of the most striking differences is that the USMCA *includes a local litigation requirement as a prerequisite for ISDS claims*. Once this requirement is fulfilled or 30 months have elapsed, the following substantive claims may be brought against a state: a) direct–not indirect–expropriation; b) violations of national treatment; and c) violations of the most favored nation provision.“ Das FET ist ganz aus den klagbaren Schutztatbeständen für Investor*innen Mexicos und der USA verschwunden.

Matsui/Duque, USMCA investor-state dispute settlement provisions, <https://www.dlapiper.com/en/insights/publications/2020/10/usmca-investor-state-dispute-settlement-provisions-key-differences-for-mexico>.

(b) Zur Erreichung der Zielsetzung vom CETA, mehr kanadische Investitionen im Unionsraum anzusiedeln, ist es ferner nicht erforderlich, deutsche Investor*innen von den Privilegien des ISDS auszuschließen. Zwar kann der Zugang deutscher Investor*innen zum ICS oder später zum MIC nicht im CETA selbst geregelt werden. Die Ziele des CETA ließen sich aber genauso effektiv erreichen, wenn durch eine nationale Ergänzungsregelung auch deutsche Investor*innen unter den Schutz des Investitionsschutzkapitels gestellt würden und ebenfalls die Wahl hätten, gegen staatliche Maßnahmen, die ihre Investitionen in Deutschland schädigten, vor dem CETA-Gericht auf Entschädigung zu klagen, anstatt um Primärrechtsschutz vor der nationalen Gerichtsbarkeit nachzusuchen. Diese Ergänzungsregelung wäre durch einen entsprechenden Passus im Zustimmungsgesetz möglich gewesen. Da das nicht erfolgt ist, verstößt das Zustimmungsgesetz durch die mit ihm erzeugte Inländerdiskriminierung gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Schiffbauer, Investitionsschutz und Grundgesetz, in: KSzW 2016, S. 145 (152).

Im Ergebnis lässt sich der Gleichheitsverstoß des ICS nicht rechtfertigen. Art. 3 Abs. 1 GG ist verletzt.

5. Kompetenzüberschreitung der EU durch Beanspruchung einer EU-Zuständigkeit zur Errichtung von Ausschüssen mit weitreichenden Beschlussfassungszuständigkeiten **Seite**

- a) Kompetenzwidrige Zuständigkeit des Gemischten CETA-Ausschusses zur Veränderung der institutionellen Strukturen des CETA Seite
- b) Ultra vires Übertragung von uneingegrenzten Regelsetzungszuständigkeiten an die CETA-Ausschüsse Seite
- c) zur hinreichenden Qualifizierung dieser Kompetenzüberschreitungen

Damit ist das Recht aus Art 38 Abs. 1 GG der Beschwerdeführer durch die Errichtung von Ausschüssen, die mit der Fortentwicklung institutioneller CETA-Strukturen und damit mit der zur Einrichtung neuer, für umfangreiche Hoheitsausübung zuständiger Ausschüsse mit neuen Zuständigkeiten betraut sind, und denen Regel-

setzungszuständigkeiten übertragen wurden, verletzt. Dadurch können für Deutschland geltende und umzusetzende Rechtsakte ohne konstitutiv notwendige Mitwirkung des Bundestages zustande kommen. Die Vorbereitungen für eine eigenständige institutionelle Fortentwicklung des CETA und damit zu weiter verselbständigten Entscheidungszuständigkeiten sind getroffen.

Die Kompetenzverletzung ist auch qualifiziert. Sie ist vom Wortlaut und der bisherigen Judikatur offenkundig nicht abgedeckt, und sie ist erheblich, weil sie die Kompetenzverteilung auf dem Boden einer signifikanten Fortentwicklung des Integrationsstands im Bereich der Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten beträchtlich zulasten der Mitgliedstaaten verschiebt. Die EU nimmt darauf gestützt eine alleinige, von den Mitgliedstaaten völlig unabhängige umfassende Befugnis zur Weiterreichung von Hoheitsgewalt durch das CETA in Anspruch und reduziert auf diese Weise umfassend die völkerrechtliche Präsenz der Mitgliedstaaten.

5. Verfassungsverletzung durch Zustimmung zu Ultra vires Handeln der EU bei der Übertragung bestimmter Befugnisse auf das Ausschusssystem

Ferner ist das Recht der Beschwerdeführer auf Demokratie infolge der Zustimmung des BT und Bundesrates und die darauf folgende deutsche Mitwirkung beim Abschluss von CETA verletzt, weil sie damit den Weg bereiten für qualifizierte Kompetenzverstöße der EU. Denn die Zustimmung zum Abschluss des CETA impliziert auch die Zustimmung zu einer dem Gemischten CETA-Ausschuss übertragenen Zuständigkeit zu Änderung des institutionellen Rahmens des CETA und zu umfangreichen, erheblichen Rechtsetzungen. Solche Zuständigkeiten durfte die EU aber nicht auf Vertragsgremien übertragen. Einem Vertragsgremium die Kompetenz einzuräumen, die institutionellen Strukturen eines EU-Abkommen zu verändern, oder erhebliche, bedeutsame Regeln zu setzen, die einer wichtigen Abkommensergänzung gleichkommen, liegt außerhalb der von der Zustimmung Deutschlands zum Vertrag

von Lissabon abgedeckten Zuständigkeitsordnung der Europäischen Union, wie nachfolgend näher begründet wird.

5.1 Zustimmung zur Übertragung einer ultra-vires Zuständigkeit an den Gemischten CETA-Ausschuss zur Veränderung der institutionellen Strukturen des CETA, auch mit Blick auf die Investitionsgerichtsbarkeit

Wie vermerkt, ist nach Art. 26.1 Abs. 5 lit. g) und h) CETA Gemischte CETA Ausschuss befugt, Sonderausschüsse und Dialogforen neu einzurichten, aufzulösen und ihnen Zuständigkeiten durch die Abänderung ihrer Aufgaben zu übertragen. Das ist gleichbedeutend mit einer Befugnis zu grundlegenden Veränderungen der institutionellen Struktur des CETA. Es können vom Ausschuss autonom neue Beschlussfassungszuständigkeiten ohne nähere Eingrenzung an die bestehenden Sonderausschüsse oder an neu eingerichtete Sonderausschüsse zugewiesen werden. Das ist von der EU-Zuständigkeit, wie sie in Art. 218 Abs. 9 AEUV zum Ausdruck kommt, wegen der darin enthaltenen ausdrücklichen Ausnahme „von Rechtsakten zur Ergänzung oder Änderung des institutionellen Rahmens der betreffenden Übereinkunft“ nicht gedeckt. Art. 218 Abs. 9 AEUV enthält eine Kompetenzsperre für institutionelle Fortentwicklungen von völkerrechtlichen Verträgen der Union durch Vertragsgremien. Solche Rechtsakte dürfen Vertragsgremien daher nicht erlassen; sie bedürfen einer Vertragsänderung im normalen Verfahren, also unter parlamentarischer Mitwirkung. Dahingehende Befugnisse darf die EU in ihren Abkommen den Vertragsgremien somit nicht erteilen. Daran wirken der BT und der Bundesrat aber durch ihre Zustimmung zu CETA und durch die weitere Mitwirkung der Bundesregierung aber unzulässigerweise mit. Auch nach Ansicht des EuGH berechtigt Art. 218 Abs. 9 AEUV nur, Vertragsgremien einzurichten, die Anwendungs- oder Durchführungsakte erlassen.

Lt. EuGH Rs C-73/14, Rn 65 ermöglicht das in Art 218 Abs. 9 in Abweichung des normalen Vertragsschlussverfahren vorgesehene „vereinfachte Verfahren.. [dass] die Union innerhalb des durch die betreffende internationale Übereinkunft eingesetzten Entscheidungsgremiums am Erlass von Akten teilnimmt, die *zur Anwendung oder Durchführung dieser Übereinkunft ergeben*“ (Hervorhebung hier)

Die dem Gemischten CETA-Ausschuss zugewiesenen institutionellen Weiterentwicklungs- und Ergänzungsbefugnisse liegen somit – aufgrund der klaren Beschränkung im Wortlaut des Art. 218 Abs. 9 – ersichtlich und damit offenkundig außerhalb des von Art. 218 Abs. 9 AEUV vorgegebenen Rahmens für die Weiterübertragung von Hoheitsgewalt. Die EU überschreitet damit offenkundig ihre Befugnisse. Dass sie dies in einem gemischten Abkommen tut, ändert daran nichts, da ihre alleinige EU Zuständigkeit eine solche Delegation von Hoheitsausübung auf Vertragsgremien explizit nicht erlaubt und dieser Fehler in der Hoheitsweitergabe durch die EU auch nicht durch die mitgliedstaatliche Mitwirkung geheilt werden kann. Die Mitwirkung der Mitgliedstaaten bezieht sich nur auf die Ausübung nationaler Zuständigkeiten, also die Übertragung von Befugnissen auf Vertragsgremien im nationalen Bereich. Das ist zu unterscheiden von der Inanspruchnahme einer entsprechenden Befugnis durch die EU selbst, die hier für diese Ermächtigung im CETA nicht hinreicht. In der vertragswidrigen Inanspruchnahme dieser Zuständigkeit durch die EU liegt eine gewichtige Kompetenzverschiebung zulasten der Mitgliedstaaten, weil damit die Ausschüsse an die Stelle der sonst für solche Vertragsänderungen zuständigen Institutionen treten. Bei CETA als gemischtem Abkommen sind hierfür auch die nationalen Parlamente zuständig.

In ihrer Zustimmung zum CETA gingen Bundestag und Bundesrat nicht gegen diese Kompetenzüberschreitung vor, sondern brachten in ihrer o.g. diesbezüglichen EntschlieÙung in Ziffer II, Punkt 7 nur zum Ausdruck, dass die Beschlüsse nach Art 30.2 Abs. 2 CETA keine institutionelle Änderung des CETA erlaube, explizit unter Bezugnahme auf Art 218 Abs. 9 AEUV. Es wird zurecht hervorgehoben, dass eine Ergänzung oder Änderung des institutionellen Rahmens eine Änderung des CETA im normalen, ordentlichen Verfahren erfordere, also mit konstitutiver Mitwirkung Deutschlands durch Ratifikation. Doch wird verkannt, dass die Änderung des institutionellen Rahmens nicht über einen Beschluss nach Art 30.2 Abs. 2 CETA erfolgt,

der sich nur auf Protokolle und Anhänge bezieht. Vielmehr ist *sedes materiae* der Zuständigkeit des Gemischten CETA-Ausschusses für institutionelle Änderungen der Art. 26.1 CETA.

Entscheidend ist indes, dass der Bundestag wie der Bundesrat seine Integrationsverantwortung hier nicht wahrnimmt, sondern durch seine Zustimmung zu CETA und damit zu der Kompetenz des Ausschusses nach Art. 26.1 Abs. 5 lit g, h) CETA, zumal diese Norm auch solche institutionellen Änderungen im nationalen Zuständigkeitsbereich zulässt, einem signifikanten *ultra vires* Handeln der EU die Hand reicht. Der Bundestag befasst sich ebenda nicht mit dieser Ausschusszuständigkeit nach Art. 26.1 Abs. 5 lit. g, h). Auch kann die dortige Feststellung des Bundestags, dass für institutionelle Änderungen des CETA nur das ordentliche Vertragsänderungsverfahren einschlägig ist, nichts daran ändern, dass auf völkerrechtlicher Ebene Art. 26.1 Abs. 5 lit g, h) CETA dem Ausschuss die Befugnis zur institutionellen Änderung einräumt. Die *ultra-vires* Inanspruchnahme durch die EU abzuwehren, hätte vielmehr erfordert, dass der Bundestag die Bundesregierung verbindlich auffordert, etwa als Bedingung seiner Zustimmung, den anderen Parteien völkerrechtlich bindend mitzuteilen, dass Art. 26.1 Abs. 5 lit. g) h) CETA nicht dahin zu verstehen ist, dass diese Befugnis für eine Ergänzung oder Änderung des institutionellen Rahmens gilt. Das hat der Bundestag unterlassen. Das verletzt die Rechte der Beschwerdeführer aus Art. 38 Abs. 1 GG.

Eine weitere *ultra vires* Verletzung der EU liegt in der auf den Ausschuss übertragenen Befugnis nach Art. 8.29 CETA, die Zuständigkeiten des ICS auf ein neues Gericht, ein noch einzurichtendes multilaterales Investitionsgericht zu übertragen. Darin liegt nicht nur eine bereits oben unter 3. dargelegte verfassungswidrige Verletzung der Verfassungsidentität, weil der BT und Bundesrat durch ihre Zustimmung auch zu dem völlig unbestimmten, blankettklauselartigen Art. 8.29 CETA zustimmen, sondern auch eine Kompetenzüberschreitung, da auch hier die Sperre für die EU

gemäß Art. 218 Abs. 9 AEUV eingreift: Die EU kann keinem Ausschuss die Kompetenz gewähren, so tiefgreifend die institutionellen Strukturen von CETA zu verändern, indem die Zuständigkeiten des ICS einfach per Beschluss eines CETA-Ausschusses komplett auf ein noch nicht absehbares Gericht übertragen werden. Auch hierzu reicht die Zustimmung von BT und Bundesrat und die weitere Mitwirkung beim Abschluss des CETA durch die Bundesregierung ohne weiteres ihre Hand. Es handelt sich dabei um eine signifikante Kompetenzverschiebung zulasten des Verfassungsinstitutionen Deutschlands, da ohne diese Überleitungszuständigkeit nach Art. 8.29 ein völkerrechtliches Abkommen zur Änderung von CETA insoweit erforderlich wäre, mit voller Beteiligung Deutschlands wegen einer nötigen Ratifikation. Die völkerrechtliche Stellung Deutschlands (bzw der Mitgliedstaaten) im Bereich der Investitionsschutzgerichtsbarkeit, die auch der EuGH im Singapur-Gutachten betonte, wird damit komplett verdrängt. Die Überleitungsfragen, die in einem Abkommen zu regeln wären, liegen in der Hand eines CETA-Ausschusses.

5.2 Zustimmung zur Ultra vires Übertragung von erheblichen, inhaltlich uneingeschränkten Regelsetzungszuständigkeiten an die CETA-Ausschüsse

Eine weitere signifikante Kompetenzüberschreitung liegt in der Betrauung der CETA-Vertragsorgane mit Zuständigkeiten zur Beschlussfassung, die über rein administrative Befugnisse hinaus umfassende, weitreichende Befugnisse zu allgemeingeltender Regelung, und zu Vertragsänderungen – und Auslegung gewähren. Darin liegt eine von den bestehenden Kompetenzen der EU nicht abgedeckte Hoheitsübertragung auf diese Ausschüsse zu einer der Rechtsetzung und umfangreichen Vertragsänderungen vergleichbaren Hoheitsausübung. Denn rechtsetzende Betätigung, also die Formulierung abstrakt-genereller Regeln fallen ebenso wie Vertragsänderungen grundsätzlich unter parlamentarische Zuständigkeit; sie können von Parlamenten nur in Grenzen weitergegeben werden.

Wie bereits in der Zulässigkeit bei der Beschwerdebefugnis unter f) näher dargelegt, gilt dies, wie Art 290 AEUV für die interne Delegation von Rechtsetzung in der EU belegt, auch in der EU: Auch in der EU ist die Regelung des Wesentlichen dem Gesetzgeber vorbehalten und darf daher nicht an exekutive Akteure übertragen werden (Art. 290 AEUV). Das CETA gewährt den CETA-Ausschüssen jedoch umfangreiche, aber inhaltlich wenig bestimmte Befugnisse, die sie zu Regelsetzung, Änderung von Anhängen, Protokollen und punktuell dem CETA Text selbst und zu erheblicher Vertragsänderung ermächtigen (dazu die Liste in den Ausführungen zur Beschwerdebefugnis unter d), also Art. 8.1 CETA zur Erweiterung des Geistigen Eigentums, Art. 8.10.3 zu der des FET Standards; Art. 8.28.7 und 8.44.2 und.3 b) CETA zu Verfahrensregeln und Verhaltenskodizes im Rahmen des ICS; Art. 8.31.3 und 8.44.3a zu verbindlicher Auslegung des CETA; Art. 30.2.2 Änderung von Anhängen und Protokollen), auch in Form des Austausches des Investitionsschutzmechanismus nach Art. 8.29 CETA (zu letzterem bereits zuvor). Diese Befugnisse unterstehen, wie gleichfalls oben aufgezeigt, keiner parlamentarischen Kontrolle. Insgesamt sind daher die unionsverfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Übertragung umfassender Befugnisse an die Ausschüsse nicht gegeben. Die EU hätte diese Art von Rechtsetzung nicht im Wege einer Hoheitsübertragung auf die CETA-Ausschüsse übertragen dürfen. Die EU hat aus verfassungsrechtlich-demokratischen Erwägungen heraus keine Kompetenz, Vertragsgremien so weitreichende Befugnisse zu verleihen. Damit sind hier ihre Kompetenzen überschritten.

Die Kompetenznormen des AEUV geben keine Grundlage dafür. Die EU Außenkompetenzen decken zwar die Errichtung institutioneller Strukturen grundsätzlich ab, so dass in Freihandelsabkommen nach Art 207 AEUV auch Ausschüsse der Parteien vorgesehen werden können. Doch bestimmt sich die Frage, welche Art von Befugnissen diese Ausschüsse haben dürfen, nach anderen Normen, konkret nach Art 218 Abs. 9 AEUV und anhand allgemeiner verfassungsrechtlicher, insbesondere demokratischer und gewaltenteiliger Maßstäbe. Art 218 Abs. 9 AEUV lässt „rechts-

wirksame Akte“ von Vertragsgremien zu, so dass die EU insoweit als befugt angesehen werden kann, solche Beschlussfassungen an Vertragsgremien zu übertragen. Doch ist der Begriff der rechtswirksamen Akte auf bloße administrative Anwendung und Durchführung beschränkt, und erstreckt sich nicht auf Rechtsetzung. Der EuGH hat zu Art 218 Abs. 9, wie oben vermerkt, deutlich gemacht, dass Vertragsgremien nur zur administrativen Anwendung oder Durchführung von Abkommen der EU befugt sein können, nicht aber zu einer völlig autonomen, nicht weiter in ihrem Ausmaß, Zielrichtung und Inhalten eingegrenzter Gesetzgebung, wie es hier der Fall ist.

Auch angesichts unionsverfassungsrechtlicher demokratischer Legitimationsanforderungen kann das keine Rechtsetzungsbefugnis und keine Befugnis zu Entscheidungen mit erheblichem Spielraum für diese Ausschüsse bedeuten. Denn dann wären sie befugt, einen politischen Gestaltungsraum wahrzunehmen, der ihnen mangels konkreter demokratischer Legitimation nicht zukommt.

Näher dazu W. Weiß, *European Constitutional Law Review* 2018, 532 (554 ff).

Über bloße Anwendung und Durchführung gehen diejenigen CETA-Ausschusszuständigkeiten, die oben im Rahmen der Identitätsrüge als verfassungswidrig undemokratisch benannt wurden, deutlich hinaus. Denn sie erlauben Gesetzgebung von erheblicher Bedeutung, die an die Stelle von Vertragsänderungen oder –ergänzungen durch den Abschluss eines neuen völkerrechtlichen Vertrags tritt. Die EU hat somit für die Errichtung solchermaßen weitreichend zuständiger Ausschüsse keine Kompetenz. Damit bewegt sich die EU außerhalb des von der Zustimmung des Deutschen Bundestags nach Art 23 GG abgedeckten Hoheitsbereichs. Da sich die EU durch die weitreichenden Delegationen im CETA über Art. 218 Abs. 9 AEUV auch insoweit hinwegsetzt, liegt eine offenkundige und erhebliche Kompetenzüberschreitung zulasten der Mitgliedstaaten vor. Das EU Integrationsprogramm verschiebt sich in Richtung auf die Etablierung umfangreicher Rechtsetzungsgewalt bei einer weiteren Schicht internationaler Hoheitsträger, nämlich in völkerrechtlichen Abkommen

etablierter Ausschüsse. Das überschreitet die punktuelle Hoheitsweitergabe zu Umsetzungsakten, wie sie in Art 218 Abs. 9 AEUV vorgesehen ist, bei weitem.

Gegen die vorstehenden unter 5.1 und 5.2. erhobenen ultra-vires Rügen kann man nicht einwenden, bei einem gemischten Abkommen könne es von vornherein kein ultra vires Handeln geben, weil die nationale Zustimmung durch Vertragsgesetz die fehlende Zuständigkeit der EU ausgleiche. Diese Ergänzung fehlender EU-Kompetenzen gilt nur in Bezug auf die Vertragsbestandteile, die unter nationale Zuständigkeit oder evtl geteilte Zuständigkeit fallen, nicht aber, soweit die EU in ihrem eigenen Zuständigkeitsbereich die Zuständigkeiten überschreitet. Und gerade darum geht es hier. Die obigen Rügen einer zu weitgehenden, undemokratischen Hoheitsweitergabe durch die EU in ihrem Zuständigkeitsbereich auf die CETA-Vertragsorgane, nämlich durch Anwendung des vereinfachten Verfahrens des Art 218 Abs. 9 AEUV auf Änderung und Ergänzung des institutionellen Rahmens nach Art 26.1 Abs. 5 g) h) CETA und auf offene, unbestimmte Delegation von erheblicher Hoheitsgewalt im Bereich Vertragsänderung, -auslegung und Regelsetzung auf die Ausschüsse, betreffen auch den Bereich der EU-eigenen Zuständigkeiten. Insoweit hat das BVerfG kürzlich festgehalten, dass solche ultra vires Akte nicht durch ein „isoliertes Mandatsgesetz jenseits der Verträge“ ausgeglichen werden können (BVerfGE 157, 1, Rn. 67). Denn „das Grundgesetz kennt kein Mandatsgesetz, das eine Inanspruchnahme von Hoheitsrechten durch die Europäische Union oder andere zwischenstaatliche Einrichtungen legitimieren könnte. Nimmt die Europäische Union oder eine andere Einrichtung Hoheitsrechte in Überschreitung der ihr in den zugrunde liegenden Verträgen eingeräumten Kompetenzen einseitig und im Widerspruch zum geltenden Integrationsprogramm wahr oder wird durch ihr Handeln die Identität der Verfassung berührt, so ist dieses Handeln vom Zustimmungsgesetz nicht gedeckt und damit verfassungswidrig. Ein solches Handeln bleibt auch dann mit der Verfassung unvereinbar, wenn der deutsche Vertreter im Rat in der Form eines Gesetzes ermächtigt

würde, ihm zuzustimmen. Eine Heilung des Verfassungsverstoßes durch Gesetz ist im Falle eines Ultra-vires-Handelns ohne vorangegangene Änderung der Verträge und im Falle eines Identitätsverstoßes gar nicht möglich. Der Gesetzgeber darf die Bundesregierung auch nicht dazu ermächtigen, einem Ultra-vires-Akt von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union zuzustimmen (BVerfGE 151, 202 <297 f. Rn. 144>),“ so BVerfGE 157, 1, Rn. 65.

6. Verletzung des Rechts auf Demokratie nach Art. 38 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 und 2 iVm Art. 23 Abs. 1 S. 2 und 3 GG infolge formaler Fehler bei der Übertragung von Hoheitsrechten

Wie bereits in der Zulässigkeit zur sog. formelle Übertragungskontrolle dargelegt, haben die Beschwerdeführer Anspruch aus ihrem Recht auf Demokratie aus Art. 38 I iVm. Art. 20 II GG darauf, dass die formellen Anforderungen der Hoheitsübertragung aus Art. 23 Abs. 1 S. 2 und 3 GG eingehalten werden. Dies bedingt die gesetzliche Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 I S. 2 und die Wahrung der 2/3 Mehrheit bei BT und Bundesrat nach Art. 23 I S. 3 GG.

Gemäß BVerfGE 58, 1 (36), 59, 63 (90) bedingt jede Übertragung von Hoheitsrechten materiell eine Verfassungsänderung. Für Gleichsinnigkeit von Art. 23 I 2 und 3 jedenfalls bei Übertragung von Hoheitsrechten König, Die Übertragung von Hoheitsrechten 2000, 298, 300, 309.

Die erhöhten formalen Anforderungen an inhaltliche Verfassungsänderungen gemäß Art 23 Abs. 1 S. 3 GG sind hier auch zu beachten gewesen, da das Zustimmungsgesetz zu CETA nicht nur im Rahmen der nationalen Zuständigkeiten neue Hoheitsrechte auf die CETA-Ausschüsse überträgt und ein abschließend entscheidendes Investitionsgericht errichtet, das Hoheitsgewalt auch in und über Deutschland ausübt. Sondern jedenfalls durch die Errichtung der CETA-Investitionsgerichtsbarkeit und die diesbezüglichen Ausschusszuständigkeiten zu Entscheidungsmaßstäben und Verfahren des ICS ist diese Hoheitsübertragung auch eine einer inhaltlichen Verfassungsänderung vergleichbare Fortentwicklung des Integrationsprogramms der EU, was auch nach der Ansicht, die jede bloße Hoheitsübertragung nicht

genügen lässt (etwa Hufeld, *Die Verfassungsdurchbrechung*, 1997, 119; zur Diskussion Bothe/Lohmann, *ZaöRV* 1998,1 und Uhrig, *Die Schranken des GG für die europäische Integration*, 2000, 100 ff, die selbst aA sind), das Bedürfnis nach Wahrung der 2/3 Mehrheit aus Art 23 Abs. 1 Satz 3 GG auslöst.

Entgegen diesen Anforderungen stimmten BT und Bundesrat dem CETA nach Art. 59 Abs. 2 GG, also wie bei einem normalen völkerrechtlichen Vertrag ohne Hoheitsübertragung zu; für die Zustimmung des Bundesrates wurde Art. 84 GG angegeben, so dass auch hier die Ingerenz in Verwaltungszuständigkeiten der Länder, nicht aber die Hoheitsübertragung Basis für die Zustimmung des Bundesrats war. Beide Organe stimmten damit zwar CETA mit einem Vertragsgesetz zu, doch hatte dieses nicht die Dimension einer Hoheitsrechtsübertragung. Das ergibt sich nicht nur aus den angegebenen Rechtsgrundlagen; auch wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens nirgends die Vornahme einer Hoheitsübertragung debattiert oder auf eine solche hingewiesen. In anderen Fällen erfolgt das in der Gesetzesbegründung oder wenigstens bei der Zuleitung des Gesetzesentwurfs an den Bundestag oder Bundesrat durch die Bundesregierung.

Somit erfolgte in den beiden Organen gerade keine Willensbildung zu einem Ob und einem Wie einer Hoheitsübertragung an die durch CETA errichteten Gremien. Der Bundestag gibt somit durch seine Zustimmung Hoheitsrechte an die Ausschüsse und die CETA-Gerichtsbarkeit ab, ohne sich dessen bewußt zu sein. Der Bundestag wie auch der Bundesrat haben insoweit ihre Integrationsverantwortung darüber, ob sie mit CETA Hoheitsrechte abgeben wollen oder nicht, gar nicht erkannt und konnten sie daher nicht ausüben. Wenn die Zustimmung des Bundestags wie des Bundesrats nur aufgrund von Artikel 59 Abs. 2 und Art. 84 GG erfolgte, dann geschah dies mangels Kenntnis von der Hoheitsübertragung und mangels Willens dazu. Objektiv erfolgte somit eine Übertragung von Hoheitsgewalt (dass hier Hoheitsgewalt übertragen wird, wurde oben bereits umfangreich dargelegt), ohne dass dem jedoch eine dahingehende Willensbildung der repräsentativen Staatsorgane Bundestag und Bundesrat zugrunde liegt. Damit ist das Recht auf demokratische Mitbestimmung, die

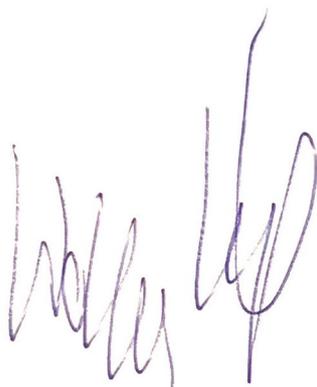
über die Wahl zum BT erfolgt, der die Bürger in der Ausübung von Staatsgewalt vertritt, verletzt. Der BT geht eine Bindung ein und überträgt Hoheitsrechte, ohne sich dessen bewußt zu sein. Es fehlt damit dem Vorgang der Zustimmung zum CETA die hinreichende demokratische Legitimation, was die Beschwerdeführer in ihrem Recht auf Demokratie verletzt. Denn es fehlt an einem demokratischen Prozess über die Frage des Ob und Wie einer entsprechenden, wie im CETA vorgesehenen Hoheitsübertragung, und daran sich anschließender denkbarer Auseinandersetzung über die Einführung notwendiger Kontrollmechanismen. Da dieser demokratisch-repräsentative Prozess in den Verfassungsorganen über eine Hoheitsübertragung ausblieb, verletzt die Zustimmung obschon sie gesetzesförmlich erfolgte das Wahlrecht der Beschwerdeführer.

Auch wurde das Gesetz zwar je mit 2/3 Mehrheit angenommen. Das kann aber die Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG nicht erfüllen, zum einen bereits mangels einer erfolgten Zustimmung zu einer Hoheitsübertragung, zum anderen, weil die bloße Zufälligkeit einer 2/3 Mehrheit zwar die breite Unterstützung für CETA zeigt, nicht aber den Funktionen des Erfordernisses nach Art. 23 I S. 3 GG gerecht wird. Die Verfassungsorgane erkannten nicht, dass die Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG vorliegen, weil durch die Zustimmung zur Weiterübertragung von Hoheitsrechten durch Ausschussentscheidungen und die Etablierung der CETA Investitionsgericht das GG seinem Inhalt nach ergänzt oder geändert wird; denn es werden neue Hoheitsträger errichtet, die für Deutschland bindend Recht setzen oder abschließend auslegen und somit die deutsche Gerichtsbarkeit insoweit verdrängen. Damit haben die Verfassungsorgane Sinn und Zweck von Art. 23 I S. 3 iVm 79 II GG verfehlt: Die formale Anforderung einer 2/3 Mehrheit für die Übertragung von Hoheitsgewalt, die das GG im Ergebnis ergänzt, dient nicht nur der Sicherung einer hohen Zustimmung und damit Legitimation, sondern auch einer Signal- oder Warnwirkung: Die letztlich verfassungsändernde Zustimmung zu CETA bedarf erhöhter Legitimation und soll dadurch einer breiten Debatte und Unterstützung zugeführt werden, auch mit Blick auf im Gegenzug zur Hoheitsübertragung und impliziten

Grundgesetzänderung nötige Korrektur- und Kontrollmechanismen, gerade auch im Hinblick darauf, dass an die EU oder damit verbundene Einrichtungen übertragene Hoheitsausübung nur erschwert rückholbar ist; das ist gerade mit Blick auf das ICS relevant, dessen Zuständigkeit selbst durch Kündigung von CETA noch 20 Jahre auch für Deutschland fortwirkt. Diese Funktionen und Wirkungen des 2/3 Mehrheitserfordernisses wurden hier mangels Bewußtseins bei BT und Bundesrat bereits über die erfolgende Hoheitsübertragung und erst recht über die inhaltliche Verfassungsänderung nicht erzielt. Damit schlägt der formale Mangel einer falschen Rechtsgrundlage trotz Vorliegens einer 2/3 Mehrheit durch und kann nicht durch das mehr oder minder zufällige Vorhandensein der 2/3 Mehrheit bei den Abstimmungen geheilt werden. Die Rechte der Beschwerdeführer aus Art. 38 Abs. 1 GG sind verletzt, weil der verfassungsrechtlich erforderliche demokratische Prozess der Einigung über eine Hoheitsübertragung, zumal wenn diese inhaltlich das GG verändert durch die Einführung neuer Hoheitsträger und sie nur erschwert rückholbar ist, gerade nicht gegeben war. Der demokratische Prozess hätte etwa Raum für Erwägungen zur Wahrnehmung der Integrationsverantwortung auch im Hinblick auf Kontrollmechanismen gegeben, die insbesondere mit Blick auf die erschwerte Rückholbarkeit auch der ICS Zuständigkeiten nötig gewesen wären; solche Erwägungen unterblieben bei der CETA Zustimmung völlig. Dieser Ausfall wiegt gerade deshalb schwer, weil eine Rückholbarkeit der mit Zustimmung zu CETA erfolgten Hoheitsübertragung auch bei Kündigung von CETA durch die Bundesrepublik nicht ex nunc möglich ist, da die Rechtsprechungszuständigkeit des ICS 20 Jahre fortwirkt und insoweit auch die übertragenen Ausschusszuständigkeiten im CETA mit Bezug auf Entscheidungsmaßstäbe und –verfahren im ICS weiter relevant bleiben für auch gegen die Bundesrepublik gefällte Entscheidungen.

Somit ist der Anspruch des Wahlbürgers und damit der Beschwerdeführer, dass sie nur solcher Hoheitsgewalt unterworfen sind, die verfassungskonform begründet wurde, verletzt. Das Recht auf Demokratie besteht im Interesse einer Ermöglichung demokratischer Prozesse und der Teilhabe des Bürgers daran. Der hier vorliegende

demokratische Prozess der Zustimmung zu CETA war hingegen gerade insoweit defizitär.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Wolfgang Weiß', with a stylized, cursive script.

Prof. Dr. Wolfgang Weiß

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Kathrin Groh', with a stylized, cursive script.

Prof. Dr. Kathrin Groh