

Verfassungsprobleme des Abschlusses und der vorläufigen Anwendung des CETA Freihandelsabkommens mit Kanada

Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages am 5. September 2016

Vorbemerkung: Gegenstand der Stellungnahme

Gegenstand der Anhörung sind zum einen die drei Vorschläge der Kommission für Beschlüsse des Rats der EU zu Unterzeichnung, Abschluss und vorläufige Anwendung des CETA Abkommens (Dokumente der KOM (2016) 443, 444, und 470), zum anderen – spiegelbildlich dazu - die Anträge der Fraktionen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und Die LINKE, die Fragen im Hinblick auf die Beteiligung des Bundestags bei der Beschlussfassung im Rat über die vorläufige Anwendung von CETA, seines Abschlusses als gemischtes Abkommen und der Beteiligung von Bundestag und Bundesrat insoweit aufwerfen, oder gar eine vorläufige Anwendung des CETA insgesamt wie auch den Abschluss des CETA in seiner jetzigen Form überhaupt ablehnen.

Die vorliegende Stellungnahme wird sich daher zu den europaverfassungsrechtlichen und grundgesetzlichen Rechtsfragen des Abschlusses und der vorläufigen Anwendung von CETA und der dabei einzuhaltenden Beteiligung von Bundestag und Bundesrat äußern.

Die Stellungnahme wird dabei

- I. zunächst die Natur des CETA als eines Gemischten Abkommens klären, und die Notwendigkeit seines Abschlusses als Gemischtes Abkommen darlegen
- II. dabei die Bereiche, die auch unter die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten fallen, identifizieren,
- III. sodann die Konsequenzen für Zulässigkeit und Umfang einer vorläufigen Anwendung von CETA analysieren,

- IV. danach den gebotenen Umfang der Beteiligung von Bundestag und Bundesrat bei Abschluss und vorläufiger Anwendung verdeutlichen,
- V. und abschließend die Verfassungsprobleme der aktuellen Planung der Kommission aufzuzeigen, das Abkommen zwar als gemischtes zu unterzeichnen und abzuschließen, es aber gleichwohl umfassend vorläufig anwenden zu wollen.

Gliederung dieser Stellungnahme	Seite
Zusammenfassung in Thesen	5
I. CETA ist als ein Gemischtes Abkommen abzuschließen	8-20
1. Keine umfassende ausschließliche EU-Investitionsschutzzuständigkeit	9
2. Keine alleinige Zuständigkeit für Verkehrsdienstleistungen	11
3. Keine alleinige Zuständigkeit für die umfassende gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen	11
4. Keine alleinige Zuständigkeit für den Arbeitnehmerschutz	12
5. Keine alleinige Zuständigkeit für alle im CETA vorgesehenen beschlussfassenden Vertragsorgane mit ihren weiten Zuständigkeiten	13
6. Keine alleinige Zuständigkeit für die Regulierungskooperation	18
7. Zur Notwendigkeit eines Gemischten Abkommens	18
8. Ergebnis	20
II. Die Regelungen des CETA Abkommens, die nationale Zuständigkeiten betreffen	20
III. Vorläufige Anwendung: Zulässigkeitsanforderungen und Umfangsbegrenzung	21-23
1. Eine vorläufige Anwendung von CETA ist überhaupt nur zulässig, soweit die alleinigen EU-Zuständigkeiten reichen	21
2. Die vorläufige Anwendung des CETA nur auf der Grundlage eines Ratsbeschlusses ist unbefriedigend und verletzt bei endgültigen Wirkungen die konstitutive Mitwirkung des Europäischen Parlaments	21
3. Ergebnis	23
IV. Beteiligungsrechte von Bundestag und Bundesrat bei Abschluss und vorläufiger Anwendung von CETA	24-37
1. Bundestags- und Bundesratsbeteiligung beim Abschluss des CETA als eines gemischten Abkommens	24
a) Der Bundestag hat ein Recht auf Befassung mit dem gesamten CETA Abkommenstext. Seine Mitwirkung ist für das Inkrafttreten des Abkommens insgesamt erforderlich.	24
b) Der Abschluss des CETA bedarf wegen der Berührung nationaler Zuständigkeiten der Zustimmung des Bundestags und des Bundesrats gemäß Art. 59 Abs. 2 GG	27
c) Der Bundestag hat aber auch Stellungnahmerechte bezüglich der unionalen Teile des CETA gemäß Art. 23 Abs. 2 und 3 GG, die ihm einen erheblichen Einfluss auf das Abstimmungsverhalten des deutschen Ratsvertreterers gewähren.	29

	Seite
d) Das Stellungnahmerecht des Bundestags erstarkt infolge seiner Integrationsverantwortung zu einem Zustimmungsrecht zu der Mitwirkung des deutschen Ratsvertreters bei der Beschlussfassung im Rat über die Ausübung wenig bestimmter EU-Zuständigkeiten (soweit sie nicht dem Gebot der Verfassungsidentität widerspricht)	32
aa) Integrationsverantwortung des Bundestags für die Mitwirkung Deutschlands bei der Nutzung der EU-Kompetenz nach Art. 218 Abs. 9 AEUV	32
bb) Verfassungsändernde Mehrheit nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG infolge der Einrichtung neuer Hoheitsträger (soweit zulässig)	35
2. Bundestagsbeteiligung bei der Beschlussfassung im Rat über die vorläufige Anwendung von CETA	36
V. Rechtliche Probleme der aktuellen Kommissionsplanung zu Abschluss und vorläufiger Anwendung des CETA	38-48
1. Widersprüchliche Signale der EU Kommission	38
2. Rechtliche Problematik der Aufteilung in zwei inkonsistente Ratsbeschlüsse	39
a) Kompetenzproblematik gemischter Abkommen bei ausschließlicher EU-Zuständigkeit	39
b) Keine Ermächtigung der Mitgliedstaaten durch Ratsbeschluss	41
c) Keine unterschiedliche Betrachtung von Unterzeichnung und vorläufiger Anwendung	42
d) Ergebnis	43
3. Schicksal der vorläufigen Anwendung bei Scheitern einer nationalen Ratifikation	44
a) Die grundsätzliche Ausgangslage bei (echten) gemischten Abkommen	44
b) Komplikationen aufgrund des hybriden Charakters von CETA, und eine Lösungsmöglichkeit	46
4. Fazit zu V.	48
VI. Abschließende Würdigung	49-51

Zusammenfassung in Thesen:

I. CETA ist als ein Gemischtes Abkommen abzuschließen

1. Die EU hat keine umfassende EU-Investitionsschutzzuständigkeit. Sie hat auch keine alleinige Zuständigkeit für Verkehrsdienstleistungen, für die umfassende gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen, für den Arbeitnehmerschutz und für die Regulierungskooperation.
2. Die EU hat auch keine alleinige Zuständigkeit für die Errichtung der im CETA vorgesehenen zahlreichen beschlussfassenden Ausschüsse mit ihren zum Teil sehr weiten Zuständigkeiten.
3. Die für die Parteien verbindliche Beschlussfassung in den durch CETA errichteten Ausschüssen erfolgt in den allermeisten Fällen ohne Rückbindung an das Europäische Parlament oder an die nationalen Parlamente, und dies, obschon ihre Beschlüsse nicht nur konkretisierende Umsetzungsakte des CETA darstellen, sondern auch wesentliche Entscheidungen wie Änderungen des Abkommens, verbindliche Auslegungen, Änderungen seiner institutionellen Struktur und Beschlüsse mit allgemeiner Geltung, die wie Rechtsetzung regelnd wirken, umfassen.
4. Die Zuständigkeit der EU ist schon deswegen nicht hinreichend, weil die Ausschüsse nach dem CETA auch in Bereichen, die nicht vollständig unter die ausschließliche EU-Zuständigkeit fallen, Zuständigkeiten haben.
5. **Die Befugnis des Gemischten CETA Ausschusses, die Zuständigkeiten von Sonderausschüssen zu ändern, neue Zuständigkeiten vorzusehen oder auch neue Sonderausschüsse einzurichten (Art. 26.1.5 a, g, h CETA), überschreitet die EU-Zuständigkeiten, da das vereinfachte Verfahren für Vertragsweiterentwicklungen nach Art. 218 Abs. 9 AEUV bei institutionellen Änderungen eine Grenze findet. Hierfür wäre eine Änderung des Primärrechts nötig.**
6. Die verbindliche Auslegung durch den Gemischten CETA Ausschuss nach Art. 8.31.3 iVm Art. 8.44.3 a) CETA ist nicht vereinbar mit Art. 218 Abs. 7 AEUV und überschreitet daher gleichfalls die EU-Zuständigkeit, zumal wenn dies bereits in der vorläufigen Anwendung erfolgen können soll (Art. 218 Abs. 7 gilt nur für Abschluss, nicht für die vorläufige Anwendung).

- II. Die Regelungen des CETA Abkommens, die nationale Zuständigkeiten betreffen, finden sich somit in den Kapiteln zum Investitionsschutz (Kapitel 8), zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen (Kapitel 11), zu Verkehrsdienstleistungen (Kapitel 14), Regulierungskooperation (Kapitel 21) und Arbeitnehmerschutz (Kapitel 22, 23). Ferner reichen die EU-Zuständigkeiten nicht für die Errichtung der Ausschüsse mit den im CETA vorgesehenen zum Teil sehr weiten Zuständigkeiten.

III. Eine vorläufige Anwendung des CETA ist allenfalls sehr eingeschränkt zulässig.

7. **Die vorläufige Anwendung von CETA ist nur zulässig, soweit die alleinigen EU-Zuständigkeiten reichen. Soweit nationale Zuständigkeiten betroffen sind (oben**

I.1., 2.,4.), oder die EU gar keine Zuständigkeit hat (oben I.5.-6.), ist sie unzulässig.

8. **Ferner ist die vorläufige Anwendung des CETA nur auf der Grundlage eines Ratsbeschlusses unbefriedigend und verletzt bei endgültigen Wirkungen die konstitutive Mitwirkung des Europäischen Parlaments. Endgültige Wirkungen einer auch nur vorläufigen Anwendung stellen sich im Bereich des Investitionsschutzes aus der Investitionsschutzgerichtsbarkeit (vgl. Art. 30.8.4 CETA) ein. Für vorläufige Anwendungen, die endgültige Wirkungen zeitigen, fehlt der EU aber eine Verfahrensnorm; Art. 218 Abs. 5 ist unzureichend.**
9. **Der Beschlussvorschlag für den Rat über die vorläufige Anwendung, Dok KOM (2016) 470 erweist sich daher jedenfalls schon deshalb als rechtswidrig, weil er die umfassende vorläufige Anwendung vorsieht.**

IV. Der Deutsche Bundestag und der Bundesrat haben bei der Entscheidung über den Abschluss, aber auch über die vorläufige Anwendung von CETA umfangreiche Mitwirkungsrechte, die – sollte der Umfang der vorläufigen Anwendung nicht erheblich beschnitten werden – auf die Notwendigkeit eines mit 2/3 Mehrheit angenommenen Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG hinauslaufen.

10. Der Bundestag hat ein Recht auf Befassung mit dem gesamten CETA Abkommenstext. Seine Mitwirkung ist für das Inkrafttreten des Abkommens insgesamt erforderlich.
11. **Der Abschluss des CETA bedarf wegen der Berührung nationaler Zuständigkeiten der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat durch ein Gesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG.**
12. Der Bundestag hat aber auch Stellungnahmerechte bezüglich der unionalen Teile des CETA gemäß Art. 23 Abs. 3 GG, die ihm einen erheblichen Einfluss auf das Abstimmungsverhalten des deutschen Ratsvertreters gewähren.
13. **Die Stellungnahmerechte des Bundestags nach Art. 23 Abs. 3 erstarken infolge seiner Integrationsverantwortung zu einem Zustimmungsrecht zu der Mitwirkung des deutschen Ratsvertreters bei der Beschlussfassung im Rat über die Ausübung wenig bestimmter EU-Zuständigkeiten (soweit sie ohnehin nicht dem Gebot der Verfassungsidentität widerspricht):**
14. **Infolge der erheblichen Unbestimmtheit des Art. 218 Abs. 9 AEUV löst die Integrationsverantwortung schon für das bloße Einrichten von Ausschüssen im CETA mit auch nur nachgeordneten Durchführungszuständigkeiten ein Zustimmungsbedürfnis nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG für Bundestag und Bundesrat aus.**
15. **Für die Errichtung von Ausschüssen mit mehr als bloßer Durchführungszuständigkeit bedarf es wegen der darin liegenden Errichtung neuer Hoheitsträger mit erheblichen Entscheidungsbefugnissen, die durch Art 218 Abs. 9 AEUV nicht abgedeckt ist, der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat mit 2/3 Mehrheit nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG. Denn mit ihnen werden neue, im bisherigen Integrationsprogramm nicht vorgesehene Hoheitsträger eingerichtet.**

16. Die Art. 8.28.7 (Befugnis zum Erlass einer Verfahrensordnung für das Berufungsgericht), Art. 8.44.2 und .3 (Befugnis zum Erlass eines Verhaltenskodexes für die Richter und von Verfahrens- und Transparenzregeln) und Art. 21.7.5 CETA (Befugnis zur Regelung von Details zur Umsetzung der Produktwarnungen unter Einschluss von Datenschutz und Vertraulichkeitsregeln) finden in Art 218 Abs. 9 AEUV keine hinreichende Grundlage, weil damit eine Rechtsetzungszuständigkeit verliehen wird. Ohne weitere inhaltliche oder verfahrensrechtliche Sicherungen zu Absicherung der gebotenen demokratischen Rückkopplung sind die CETA Ausschüsse insoweit nicht vereinbar mit den Geboten der Verfassungsidentität aus Art. 23 Abs. 1 iVm Art. 79 Abs. 3 GG (Demokratieprinzip), so dass insoweit der Bundestag gar nicht zustimmen darf.
 17. Die Notwendigkeit einer Beteiligung von Bundesrat und Bundestag nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG mit einem mit 2/3 Mehrheit angenommenen Gesetz gilt auch schon für die Zustimmung im Rat zur Beschlussfassung über die vorläufige Anwendung des CETA, sofern dabei nicht die oben in These 15 kritisierten Beschlussfassungszuständigkeiten der Ausschüsse von der vorläufigen Anwendung ausgenommen werden. Zwingend sind von der vorläufigen Anwendung auch die Zuständigkeiten nach oben These 5 und 6 und 16 auszunehmen.
 18. Selbst dann bedarf es aber noch einer Zustimmung von Bundestag und Bundesrat zur vorläufigen Anwendung nach Art. 59 Abs. 2 GG, weil bereits eine vorläufige Anwendung des Investitionsschutzkapitels im CETA mit endgültigen Inpflichtnahmen der Bundesrepublik einhergehen kann, und der EU für das Investitionsschutzkapitel die alleinige Zuständigkeit fehlt. Davon kann nur dann abgesehen werden, wenn das Investitionsschutzkapitel von der vorläufigen Anwendung ausgenommen wird.
- V. Die Absicht der Kommission, das CETA umfassend vorläufig anzuwenden, gleichwohl aber seine Unterzeichnung als gemischtes Abkommen vorzuschlagen, überschreitet nicht nur die EU-Zuständigkeiten, sondern erweist sich in ihrer Widersprüchlichkeit als rechtlich unzulässig. Ein solcher hybrider Charakter des CETA könnte auch die nationalen Ratifikationen entwerten und die gebotene Achtung vor den grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen der Mitgliedstaaten unterlaufen. Um dem vorzubeugen, sollte sich die EU im Interesse der Rechtsklarheit verpflichten, bei Scheitern des Ratifikationsprozesses in einem Mitgliedstaat die – nach dem Vorstehenden allenfalls sehr eingeschränkt zulässige - vorläufige Anwendung zu beenden.

I. CETA ist als ein Gemischtes Abkommen abzuschließen

Zentral für die Beantwortung der Frage, ob CETA als gemischtes oder als reines, nur von der EU (EU-Only) einzugehendes Abkommen abzuschließen ist, ist wegen des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung zunächst der Kompetenzumfang der EU. Nur wenn alle Regelungen des CETA als von den ausschließlichen Zuständigkeiten der EU erfasst angesehen werden können, ist der Abschluss als reines EU-Abkommen möglich. Umgekehrt löst die unvollständige Erfassung der Abkommensinhalte durch alleinige EU-Zuständigkeiten die Notwendigkeit eines gemischten Abkommens aus.

Dass der EU für manche im CETA geregelten Materien eine geteilte Zuständigkeit nach Art. 2 Abs. 2, Art. 4 AEUV zukommt, so dass die EU auch dafür zuständig ist, ändert nichts an der Notwendigkeit eines gemischten Abkommens, weil auch die Mitgliedstaaten im Bereich geteilter Zuständigkeiten weiterhin zuständig bleiben, „sofern und soweit die Union ihre [geteilte] Zuständigkeit nicht ausgeübt hat“ (Art. 2 Abs. 2 AEUV). Zwar kann die EU bei geteilten Zuständigkeiten nach innen alleine rechtsetzend tätig werden, nicht aber ohne weiteres alleine einen völkerrechtlichen Vertrag eingehen. Darauf weist Art. 216 Abs. 1 AEUV hin, der das bloße Bestehen einer geteilten Innenzuständigkeit der EU für eine solche (nicht notwendig ausschließliche¹, sondern geteilte) Außenzuständigkeit der EU nicht genügen lässt. Während es keine gemischte EU-Gesetzgebungsform gibt, an der sowohl EU als auch Mitgliedstaaten mitwirken könnten/müssten, ist es im Bereich der Außenbeziehungen anders: Es bedarf im Bereich geteilter Zuständigkeiten eines gemischten Abkommens. Damit verläuft die interne und externe Zuständigkeit der EU nicht stets deckungsgleich, weil eine - von der EU noch nicht ausgeübte - geteilte (interne) Zuständigkeit der EU die EU zwar ohne weiteres zur alleinigen Rechtsetzung befugt (vorbehaltlich der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit), aber nicht zu einem alleinigen Abschluss eines völkerrechtlichen Abkommens. Das darf weitgehend nur als gemischtes Abkommen erfolgen.² Dementsprechend hat der EuGH zu Sachbereichen, die in die geteilte Zuständigkeit fallen, pauschal festgehalten, dass Übereinkommen auf diesen Gebieten ein gemeinsames Vorgehen von EU und Mitgliedstaaten verlangen³, mithin als gemischte Abkommen abzuschließen sind.

Damit ergibt sich, dass der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags der EU als gemischtes Abkommen nicht erst dann rechtlich zwingend ist, sobald wenigstens eine Regelung in dem Abkommen in die ausschließlich nationale Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt⁴, sondern

¹ Die Ausschließlichkeit ergibt sich erst bei Erfüllen der weiteren Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 AEUV, die indes weitgehend – aber nicht völlig - identisch zu Art. 216 Abs. 1 AEUV sind, vgl. die detaillierte Analyse von *Juliane Ahner*, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischen Unionsrecht: Zulässigkeit und Ausgestaltung in Investitionsabkommen der Europäischen Union, 2015, S. 167 - 173.

² Dazu näher *Wolfgang Weiß*, DöV 2016, 537 (538-540).

³ EuGH, Gutachten 2/91, Rn. 12. Zuletzt wurde dies in der Rechtsprechung an dem gemischten Abkommen zum Flugverkehr mit den USA deutlich, das auf die geteilte Zuständigkeit nach Art. 100 Abs. 2 AEUV, Art. 4 Abs. 2 g) AEUV gestützt wurde, und bei dem der EuGH ohne weiteres davon ausging, dass es sich um ein gemischtes Abkommen handelt, EuGH, Rs. C-28/12, Rn. 46.

⁴ So *Marc Bungenberg*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 217 AEUV, Rn. 39; *Rudolf Mögele*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 216 AEUV, Rn. 40; *Allan Rosas*, Mixed Union – Mixed Agreements, in: Martti Koskeniemi (Hrsg.), International Law Aspects of the European Union, 1998, S. 131 f.

bereits dann, wenn diese Regelung auch nur in einen noch nicht vollends harmonisierten (und auch nicht anderweitig von den Voraussetzungen des Art. 216 Abs. 1 AEUV erfassten) EU-Zuständigkeits-Bereich der geteilten Zuständigkeit iSv Art. 2 Abs. 2, Art. 4 AEUV fällt. Gegen diese Lesart kann auch nicht mit dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 AEUV argumentiert werden, wonach die Mitgliedstaaten nur zuständig sind für verbindliche Rechtsakte, und damit auch für völkerrechtliche Abkommen, wenn die EU ihre geteilte Zuständigkeit noch nicht „ausgeübt hat“. Aus diesem Wortlaut könnte man schließen, dass der gemeinsame, gleichzeitige Zugriff von EU und Mitgliedstaaten durch zeitgleiches, gemeinsames Regeln eines Politikfeldes, das der geteilten Zuständigkeit unterliegt, nicht vorgesehen ist. Demnach wären im Bereich geteilter Zuständigkeit gemischte Abkommen stets unzulässig, unabhängig von dem Ausmaß der vorherigen Aktivierung der geteilten Zuständigkeit durch die EU. Eine solche Argumentation würde außer Acht lassen, dass eine alleinige, ausschließliche Zuständigkeit der EU für den Abschluss völkerrechtlicher Abkommen gerade nur im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 AEUV vorgesehen ist, und dort ist gerade nicht festgehalten, dass in Bereichen geteilter Innenzuständigkeit der EU zugleich eine ausschließliche EU-Zuständigkeit nach außen besteht. Außerdem entspricht es der Praxis in der EU, im Bereich geteilter Zuständigkeiten gemischte Abkommen abzuschließen.

Wie sogleich verdeutlicht wird, sind nicht alle Materien des CETA von der ausschließlichen EU-Zuständigkeit erfasst.

1. Keine umfassende ausschließliche EU-Investitionsschutzzuständigkeit

Der umfassendste ausschließliche außenwirtschaftliche Kompetenztitel der EU ist die Gemeinsame Handelspolitik (GHP) nach Art. 207 AEUV, Art. 3 Abs. 2 AEUV, die im Vertrag von Lissabon erheblich ausgeweitet wurde und nunmehr auch den Bereich des Investitionsschutzes, des Dienstleistungshandels und des Schutzes geistiger Eigentumsrechte umfasst. Die genaue Reichweite dieser Zuständigkeit ist in der Literatur umstritten, eine für die Praxis abschließende Klärung durch den EuGH liegt bislang nicht vor; das von der Kommission beim EuGH beantragte Gutachten zum Freihandelsabkommen mit Singapur (Gutachten 2/15) steht noch aus. Deutlich wurde zuletzt nur, dass der EuGH – seiner effektivitätsorientierten Tradition gemäß, funktional insbesondere auf den Gleichlauf wirtschaftsvölkerrechtlicher Themenentwicklungen mit der GHP achtend – eine eher weite Auslegung an den Tag legt.⁵ Für die Wertung des ganzen TRIPS als von der EU-GHP erfasst genügt dem EuGH, dass die Aufnahme des Titels des TRIPS in die EU-Zuständigkeit nach Art. 207 Abs. 1 AEUV die Absicht der Herren der Verträge zum Ausdruck bringe, das TRIPS insgesamt der Gemeinsamen Handelspolitik zuzurechnen.⁶ Mit entsprechendem Verweis auf den Hauptzweck sieht der EuGH dann auch nebenbei erfolgende, sich in den Gesamtrahmen einfügende strafrechtsrelevante Regelungen als von Art. 207 AEUV erfasst an.⁷ Der Begriff der GHP wird damit eher weit

⁵ Vgl. zum Folgenden *Wolfgang Weiß*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, Stand: 57. EL August 2015, Art. 207 AEUV, Rn. 27.

⁶ EuGH, Rs. C-414/11, Rn. 53, 55.

⁷ EuGH, Urt. v. Rs. C-137/12, (Fn. 35), Rn. 71 f.; S. auch GA *Juliane Kokott*, Schlussanträge vom 27.6.2013, Rs. C-137/12, Kommission / Rat, ECLI:EU:C:2013:441, Rn. 80 ff.; *Frank Hoffmeister*, Aktuelle Rechtsfragen in der Praxis der europäischen Außenhandelspolitik, ZEuS 2013, 388.

angelegt, und die im Kontext der Regelungen zum geistigen Eigentum im CETA vorgesehenen Strafbarkeitsregelungen (Art. 20.12) dürften, da es sich nicht um vollständig ausformulierte Straftatbestände handelt, sondern um bloße Verpflichtung zur strafrechtlichen Sanktionierung, von der EU-Zuständigkeit für die Gemeinsame Handelspolitik abgedeckt sein.⁸

Diese tendenziell weite Auslegung dürfte dann für die EU-Zuständigkeit für den Investitionsschutz bedeuten, dass sie alle üblichen Materien eines Investitionsschutzabkommens, und damit auch Enteignungsschutzregeln, die Haftung der EU bzw. ihrer Mitgliedstaaten für Verletzungen und die Einrichtung einer Investitionsschutzstreitbeilegung oder einer speziellen Gerichtsbarkeit dafür umfasst.⁹

Besonders streitig ist aber die Frage, ob dieser Investitionsschutz nur Direktinvestitionen meint, oder auch sog. Portfolioinvestitionen einbezieht. Das CETA legt einen weiten Investitionsbegriff zugrunde, Art. 8.1, der auch reine Portfolioinvestitionen umfasst. Da der AEUV explizit von Direktinvestitionen spricht, und diese Begrifflichkeit eine Tradition im Unionsrecht hat, ist die Zuständigkeit der EU auf Direktinvestitionen zu begrenzen.¹⁰ Auch das BVerfG tendiert zu einer Begrenzung der EU-Zuständigkeit für Investitionsschutz auf Direktinvestitionen.¹¹ Würde der EUGH in dem schon erwähnten Singapur Gutachten die Investitionszuständigkeit der EU insofern weiter auslegen als das BVerfG, läge dann – wollte das BVerfG seine Auffassung bestätigen – eine ultra vires Handlung vor, die verfassungsprozessual angegriffen werden kann, aber die Hürde nehmen müsste, dass darin eine erhebliche und kompetenzverteilungsrelevante Befugnisüberschreitung der EU bzw. des EuGH liegt, damit das BVerfG einen Verfassungsverstoß feststellt.¹²

Die Kommission tritt für eine umfassende, auch Portfolioinvestitionen einbeziehende, ausschließliche EU-Zuständigkeit ein.¹³ Der juristische Dienst des Rates und der Rat selbst schieben demgegenüber zumindest früher eher der Auffassung zu sein, dass die Einfügung eines umfangreichen Investitionsschutzkapitels ein gemischtes Abkommen bedingt, ohne dass deutlich wird, ob dies aus dem Einbezug auch von Portfolioinvestitionen oder aus der Regelung eines Investor-Staat- Schiedsmechanismus folgt.¹⁴

Die Kommission begründet stützt ihre Ansicht einer umfassenden alleinigen Investitionsschutzzuständigkeit auf die Kapitalverkehrsfreiheit, die eine Freiheit auch gegenüber Drittstaaten und damit nach außen einschließt. Diese Argumentation gibt aber zunächst nur die

⁸ Dazu *Weiß*, (Fn. 5), Art. 207 AEUV, Rn. 35.

⁹ *Ahner*, (Fn. 1), S. 189; *Weiß*, (Fn. 5), Art. 207 AEUV, Rn. 40 - 42. A.A. Stefan Mayr, „Mixed“ oder „EU-only“ – Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU „gedeckt“?, *EuR* 2015, 600.

¹⁰ So auch *Ahner*, (Fn. 1), S. 113, 117 f., 136. S. ferner *Weiß*, (Fn. 5), Art. 207 AEUV, Rn. 46.

¹¹ BVerfGE 123, 267 (421): „spricht vieles dafür“.

¹² Dazu etwa *Wolfgang Weiß*, Handelspolitik im Europäischen Verfassungsverbund: Außenhandelskompetenz und die Lissabon-Entscheidung des BVerfG, in: Marc Bungenberg/Christoph Herrmann (Hrsg.), *Die gemeinsame Handelspolitik der EU nach Lissabon*, 2011, S. 35 (47, 51).

¹³ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Auf dem Weg zu einer umfassenden europäischen Auslandsinvestitionspolitik v. 7.7.2010, KOM(2010) 343 endg., S. 9.

¹⁴ Vgl. Rechtsgutachten Council Doc. 17144/12 vom 30.11.2012, Fn. 10.

Grundlage für eine insoweit festzustellende geteilte EU-Außenzuständigkeit.¹⁵ Diese geteilte Zuständigkeit hat sich nicht nach Art. 3 Abs. 2 AEUV zu einer alleinigen EU-Außenzuständigkeit entwickelt. Zwar sieht Art. 63 AEUV die Freiheit des Kapitalverkehrs – auch für Portfoliozwecke – mit Drittstaaten vor, doch begründet das keine ausschließliche EU-Zuständigkeit.¹⁶ Art. 63 ff enthalten kaum Sekundärrechtsermächtigungen für Portfolioinvestitionen.¹⁷ Art. 64 Abs. 2 AEUV bezieht sich auf Direktinvestitionen. Auch andere Harmonisierungskompetenzen haben keine Vollharmonisierung des ausländischen Kapitalverkehrs herbeigeführt.¹⁸ Art. 65 AEUV erlaubt nationale Beschränkungen. Insgesamt kann von einer vollständigen Harmonisierung nicht die Rede sein.

2. Keine alleinige Zuständigkeit für Verkehrsdienstleistungen

Von der alleinigen Zuständigkeit nach Art 207 AEUV ist der Verkehrsbereich ausgenommen, Art. 207 Abs. 5 AEUV. Vielmehr liegt für den Verkehrsbereich eine geteilte Zuständigkeit vor (Art. 4 Abs. 2 lit. g) AEUV), solange nicht die Anforderungen nach Art. 3 Abs. 2 AEUV erfüllt sind. Eine umfassende ausschließliche Zuständigkeit besteht daher nur nach einer Vollharmonisierung. Dies ist im Verkehrsbereich nicht erfolgt¹⁹, zumal jüngst der EuGH bezüglich eines Luftverkehrabkommens ohne weiteres von einem gemischten Abkommen ausging.²⁰ Daher löst die Aufnahme von Verkehrsdienstleistungen, jedenfalls für den Bereich der Seeverkehrsdienstleistungen in Kapitel 14 CETA, die Notwendigkeit eines gemischten Abkommens aus.

3. Keine alleinige Zuständigkeit für die umfassende gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen

Die alleinige EU-Zuständigkeit nach Art. 207 AEUV erfasst zwar auch die für das reibungslose Funktionieren des Dienstleistungs- oder Warenhandels erforderlichen gegenseitigen Anerkennungsregelungen bezüglich beruflicher Qualifikationen von Personen oder von technischen Anforderungen an Waren. Allerdings findet die ausschließliche EU-Zuständigkeit dort ihre Grenze, wo die Anerkennung beruflicher Qualifikationen generell und nicht nur im Hinblick auf den Dienstleistungsverkehr erfolgt. Gerade das ist im CETA vorgesehen. Art. 11.1 ff CETA sehen Regelungen zu einer allgemeinen Anerkennung beruflicher Qualifikationen vor, die gerade nicht nur für den Dienstleistungsverkehr gelten. Die gegenseitigen Anerkennungsbestimmungen im CETA beziehen sich allgemein auf in den Berufen Tätige und sind nicht

¹⁵ Vgl. *Steffen Hindelang/Niklas Maydell*, Die Gemeinsame Europäische Investitionspolitik -Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: Marc Bungenberg/Joern Griebel/Steffen Hindelang (Hrsg.), *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht*, 2010, S. 75 f.; *Sophie Luise Bings*, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der EU durch den Reformvertrag von Lissabon, 2014, S. 76, 95.

¹⁶ A.A. *Hoffmeister*, ZEuS 2013, 390; *ders.*, AVR 2015, 56 f.

¹⁷ *Mayer/Ermes*, ZRP 2014, 238; *Mayr*, EuR 2015, 593.

¹⁸ *Christoph Ohler*, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht, JZ 70 2015, 338.

¹⁹ Vgl. *Frank Hoffmeister*, Wider die German Angst – Ein Plädoyer für die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP), AVR 2015, 60 f.; *Mayer/Ermes*, ZRP 2014, 237 (239).

²⁰ EuGH, Rs. C-28/12, Rn. 46.

auf Vorgänge im Rahmen des Dienstleistungshandels beschränkt. Sie gelten für kanadische Arbeitnehmer in der EU generell. Der EU kommt insoweit auch nicht über die Binnenharmonisierung eine ausschließliche Zuständigkeit zu.

4. Keine alleinige Zuständigkeit für den Arbeitnehmerschutz

Schließlich bringt das CETA in Kapitel 22 und 23 zu Handel und nachhaltiger Entwicklung bzw Arbeit auch Regelungen über Arbeitsschutz und Arbeitnehmerrechte, die insbesondere eine Beachtung der zentralen ILO Konventionen vorgeben (Art. 23.3). Diese Bereiche fallen unionsrechtlich eindeutig nicht unter die GHP. Die EU verfügt in der Sozialpolitik weitgehend nur über Unterstützungs- und Ergänzungszuständigkeiten, Art. 153 Abs. 1 AEUV. Bezüglich Arbeitnehmerschutz darf die EU nur Mindestvorschriften annehmen (Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV), die auf Unterstützung und Ergänzung beschränkt sind²¹, im Übrigen sind gerade Harmonisierungsverbote vorgesehen (Art. 114 Abs. 2, Art. 153 Abs. 2 lit. a AEUV), die auch nicht über Art. 207 ausgehebelt werden können (vgl. Art. 207 Abs. 6 AEUV). Die somit auch insoweit nur geteilte EU- Zuständigkeit (Art. 4 Abs. 2 lit b) AEUV) kann daher auch nach den Kriterien des Art. 3 Abs. 2 AEUV nicht in eine ausschließliche EU-Zuständigkeit erwachsen. Die Eingehung der im CETA vorgesehenen Verpflichtungen bedarf daher der Kompetenzergänzung durch die Mitgliedstaaten und erfordert ein gemischtes Abkommen.²²

Dagegen kann nicht auf die Zielsetzungen des auswärtigen Handelns der EU, die auch nachhaltige Entwicklung einschließt (Art. 21 Abs. 2 lit. d EUV), verwiesen werden.²³ Denn zum einen ersetzen Zielvorgaben nicht eine im Lichte von Art. 5 EUV (begrenzte Einzelermächtigung) notwendige Zuständigkeitsübertragung. Zum anderen hilft auch das Argument nicht, die EU-Zuständigkeit für die Gemeinsame Handelspolitik nach Art. 207 decke auch den Einsatz handelspolitischer Instrumente wie Zoll-Präferenzgewährung für entwicklungspolitische Zwecke oder Zwecke der Nachhaltigkeit ab.²⁴ Letzterem ist zwar zuzustimmen, doch geht es bei der Bindung an Arbeitsschutzstandards gerade nicht um handelspolitische Instrumente.

Schließlich wird noch geltend gemacht, die EU habe solche Bestimmungen über nachhaltige Entwicklungen in den Freihandelsabkommen mit Südkorea²⁵ und mit Kolumbien bzw. Peru²⁶

²¹ Sebastian Krebber, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl 2012, Art. 153 AEUV Rn. 6.

²² So auch Franz C. Mayer, Gutachten für das BMWi, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, S. 20, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> <10.8.2016>).

²³ So aber Hoffmeister, AVR 2015, 63.

²⁴ So wiederum Hoffmeister, AVR 2015, 63, der hierfür mit Recht die APS+ Regelungen in der VO (EU) Nr. 978/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2012 über ein Schema allgemeiner Zollpräferenzen und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 732/2008 des Rates, ABLEU Nr. L 303 v. 31.10.2012, S. 1 anführt.

²⁵ Art. 13.4 Abs. 3 des Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits, ABLEU Nr. L 127 v. 14.5.2011, S. 6, enthält in der Tat eine vergleichbare Bindung an Kernnormen der ILO.

²⁶ Art. 269 Abs. 3 des Handelsübereinkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits sowie Kolumbien und Peru andererseits, ABLEU Nr. L 354 v. 21.12.2012. S. 3 entspricht Art. 13.4 Abs. 3 des Abkommens mit der Republik Korea.

schon allein auf der Grundlage von Ratsbeschlüssen für vorläufig anwendbar erklärt, so dass zumindest die Organe hier eine ausschließliche EU-Zuständigkeit bejahen würden.²⁷ Das überzeugt nicht. Der Verweis auf eine Praxis ist kein normatives Argument.

Vielmehr belegt dies, dass die dahingehende EU-Praxis unzulässig, weil kompetenziell nicht abgesichert ist und die EU insoweit schon länger gegen ihre Zuständigkeitsgrenzen verstößt. Diese Zuständigkeitsüberschreitung kann eine Kompetenz auch für CETA insoweit nicht begründen.

5. Keine alleinige Zuständigkeit für alle im CETA vorgesehenen beschlussfassenden Vertragsorgane mit ihren weiten Zuständigkeiten

CETA etabliert eine umfangreiche institutionelle Architektur. Es wird ein Gemischter CETA Ausschuss (Art. 26.1) eingerichtet, ferner eine Fülle weiterer Sonderausschüsse (Art. 26.2). Diese sind in zahlreichen Vertragsbestimmungen mit eigenständigen, verbindlichen Beschlussfassungszuständigkeiten betraut. In dem Gemischten CETA Ausschuss sitzt kein Vertreter eines Mitgliedstaats, sondern Vertreter Kanadas und der Europäischen Union bzw. der Handelskommissar (Art 26.1.1 CETA).

Zu den Beschlussfassungszuständigkeiten die nachfolgende Übersicht:

Art. 2.4.4: Gemischter CETA Ausschuss beschließt auf Vorschlag des Ausschuss für Warenhandel nach Art. 2.13.1. d) über beschleunigten Abbau oder die Beseitigung eines Warezzolls. Dieser Beschluss benötigt Zustimmung der Vertragsparteien.

Art. 2.8 iVm. Art. 6.14.4: Gemischter Ausschuss für die Zusammenarbeit im Zollbereich findet annehmbare Lösung bei Problemen in Zollkooperation

Art. 2.13.1. b): Ausschuss für Warenhandel empfiehlt dem Gemischten Ausschuss Änderungen oder Ergänzungen von Bestimmungen dieses Abkommens, die das Harmonisierte System betreffen.

Art. 4.7.1. f): Ausschuss für Warenhandel formuliert Empfehlungen für Änderungen des Kapitels 4 des CETA an den Gemischten Ausschuss.

Art. 5.11.3: Gemischter Verwaltungsausschuss kann von den Regeln nach Art 5.11.1 und .2 abweichende Verfahren über Benachrichtigungen und Informationsaustausch beschließen

Art. 5.14.2 d): Gemischter Verwaltungsausschuss ändert die Anhänge zum 5. Kapitel. Dieser Beschluss bedarf der Billigung durch die Parteien

Art. 8.1. Gemischter Ausschuss beschließt über Ausweitung des Begriffs des geistigen Eigentums

Art. 8.10.3: Gemischter CETA Ausschuss beschließt auf Vorschlag des Dienstleistungsausschusses über den Inhalt der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung kanadischer Investoren

Art. 8.27.3: Gemischter CETA Ausschuss beschließt über Veränderung der Zahl der Gerichtsmitglieder

Art. 8.27.15: Gemischter CETA Ausschuss kann die Grundvergütung und sonstige Vergütungen der Richter in ein reguläres Gehalt umwandeln und die jeweiligen Modalitäten und Bedingungen festlegen.

Art. 8.28.3. iVm 8.28.7: Gemischter CETA Ausschuss ernannt Mitglieder des Berufungsgerichts zugleich mit dem Beschluss, in dem administrative und organisatorische Aspekte der Arbeitsweise des Berufungsgerichts, insbesondere auch Verfahrensfragen geregelt werden

Art. 8.29: Gemischte CETA Ausschuss beschließt über Übergang der Zuständigkeiten auf einen multilateralen Investitionsgerichtshof

Art. 8.30.4: Gemischter CETA Ausschuss schließt Richter von ihrer Tätigkeit aus

Art. 8.31.3/Art. 8.44.3 a): Auf Vorschlag des Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen beschließt Gemischter CETA Ausschuss über verbindliche Auslegung von CETA

Art. 8.44.2 und Art. 8.44.3. b) Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen legt einen Verhaltenskodex für die Richter fest, der auch Fragen der Offenlegung, Vertraulichkeit und Transparenz zum Gegenstand hat, ferner Verfahrens- und Transparenzregeln. Die Parteien bereiten dies nach ihren jeweiligen internen Verfahren vor (dazu mehr unten)

Art. 11.3.6: Der MRA-Ausschuss beschließt die Abkommen über gegenseitige Anerkennung von beruflichen Qualifikationen. Dieser Beschluss bedarf der Annahme durch die Parteien.

Art. 13.21.3. und 13.21.4: Ausschuss für Finanzdienstleistungen entscheidet über Anwendbarkeit von Ausnahmen (Artikel 13.16.1.)

²⁷ So Hoffmeister, AVR 2015, 64.

Art. 20.22: Gemischter Ausschuss für geografische Angaben: Beschlussfassung über Änderung von Anhang 20-A durch Aufnahme neuer oder Streichung geschützter geographischer Herkunftsangaben
Art. 21.7.5 Ausschuss für Warenhandel erlässt die Umsetzungsmaßnahmen zu gegenseitigen Produktwarnungen, die auch Regeln über den Schutz personenbezogener Daten und die Wahrung der Vertraulichkeit enthalten
Art. 22.4.1: Sonderausschuss für Handel und nachhaltige Entwicklung: Überwachung der Durchführung der Kapitel 22, 23 und 24, Überprüfung der Auswirkungen des Abkommens, Befassung mit Fragen
Art 23.11.5 Ausschuss für Handel und nachhaltige Entwicklung empfiehlt Gemischtem CETA-Ausschuss Änderungen des Kapitels 23, der sie nach Verfahren des Art. 30.2 annimmt
Art. 25.1.4: Gemischte CETA-Ausschuss beschließt über Abänderung einer dem Dialogforum übertragenen Aufgabe, übernimmt sie selbst oder löst ein Dialogforum auf.
Art. 25.1.5: Mit Zustimmung des Gemischten CETA-Ausschusses können die Vertragsparteien auch in anderen von diesem Abkommen erfassten Bereichen eine bilaterale Zusammenarbeit eingehen.
Art. 26.1.5 a), g) und h): Gemischter CETA Ausschuss überträgt Zuständigkeiten an Sonderausschüsse, ändert oder übernimmt deren Zuständigkeiten oder löst sie auf; der Gemischte CETA Ausschuss kann auch Sonderausschüsse errichten; für die Errichtung von ad hoc Arbeitsgruppen durch den Gemischten CETA Ausschuss vgl. Art. 4.7.2
Art. 29.8 Gemischter CETA Ausschuss erstellt die Liste der Schiedsrichter
Art. 30.2.2 Gemischter CETA Ausschuss beschließt über Änderung der Anhänge und Protokolle des CETA. Der Beschluss bedarf Billigung der Parteien.
Art. 15 des Protokolls über die gegenseitige Anerkennung des Programms für die Befolgung und Durchsetzung der Guten Herstellungspraxis für pharmazeutische Erzeugnisse (Anhang 7 zu CETA). Die Gemischte Sektorgruppe nimmt eine Verwaltungsvereinbarung über die Gute Herstellungspraxis an, die u.a. das Informationsaustauschverfahren, das Verfahren zur Bewertung neuer Regulierungsbehörden und das Programm zur Aufrechterhaltung der Gleichwertigkeit regelt.

In den allermeisten Fällen ist ein Beschluss des Gemischten CETA Ausschusses oder der Sonderausschüsse für die CETA-Parteien ohne weiteres, also ohne nachfolgende Annahme/Ratifikation verbindlich. Dies wird nachstehend näher erläutert:

Zunächst zum Gemischten Ausschuss:

Art. 26.3.2 CETA ist die allgemeine Regel, die die Verbindlichkeit des Beschlüsse des Gemischten Ausschuss anordnet (s. Art. 26.1.4 e) CETA). Art. 26.3.2 enthält in der Parenthese für die Bindungswirkung den Vorbehalt „der Erfüllung etwaiger interner Anforderungen und des Abschlusses etwaiger interner Verfahren“. Die KOM versteht das dahin, dass der Beschluss, ehe er im Gemischten Ausschuss getroffen wird, erst der internen Festlegung des Standpunkts in der EU bedarf²⁸, gemäß Art. 218 Abs. 9 AEUV, der u.a. vorsieht, dass der Rat auf Vorschlag der KOM über die Standpunkte beschließt, die die EU in einem Vertragsorgan vertritt. Der Einfluss der EU auf die Verbindlichkeit der Beschlüsse wird demnach in den Augen der KOM dadurch sichergestellt, dass die EU vorab ihre in dem Gemischten Ausschuss anzunehmende Haltung in ihren internen Verfahren festlegt. Das bedeutet, dass eine *nachfolgende Befassung* der EU oder der Mitgliedstaaten mit dem Ausschussbeschluss, etwa durch eine Ratifikation oder anderweitige interne Annahme, *nicht vorgesehen* ist, um die Verbindlichkeit herzustellen. **Daraus ergibt sich, dass der Beschluss des Ausschusses mit Annahme im Ausschuss** (die der Zustimmung aller Vertreter im Ausschuss bedarf) **sogleich verbindlich wird**. Das bedeutet in der Praxis etwa für den Fall, dass der vom Rat angenommene Standpunkt sich im Verlaufe der Verhandlungen in dem Ausschuss ggf nicht (vollständig) durchsetzen lässt, die EU im Ausschuss dann einem **Beschluss, der vom Ratsstandpunkt abweicht, dennoch zustimmt, der Beschluss dann gleichwohl wirkt**. Parlamentarische Beteiligung ist nicht vorgesehen.

Eine **andere Deutung** des Art 26.3.2 als die der KOM wäre, Art. 26.3.2 als Verweis darauf zu verstehen, dass die Verbindlichkeit der Beschlüsse einer *nachfolgenden* Annahme durch die Parteien bedürfe. Für diese Auslegung von Art. 26.3.2 spricht, dass der Wortlaut (das gilt für die deutsche wie für die englische Fassung in gleicher Weise) gerade die Bindungswirkung des Beschlusses unter den Vorbehalt „der Erfüllung etwaiger interner Anforderungen und des Abschlusses etwaiger interner Verfahren“ stellt, so als ob diese Verfahren nach der Beschlussfassung im Ausschuss erfolgen würden, wie eine Art Ratifikation oder eigenständige Annahme durch die Parteien. Der Beschluss wäre dann nicht aus sich heraus bindend. Welches Verfahren dann konkret gemeint ist, und wie das aussehen soll, wäre dann offen. Art. 218 Abs 9 AEUV greift nicht, weil er nur die vorherige Standpunktfindung regelt. Selbst wenn man den Art. 26.3.2 (souveränitätsschonend) so verstehen wollte, wäre dem meines Erachtens gerade nicht zu entnehmen, dass stets eine nachfolgende Annahme durch die Parteien erfolgen müsse, damit ein Beschluss verbindlich für die Parteien wird. Denn Art. 26.3.2 geht von einer Bindungswirkung für

²⁸ Die KOM verweist für die Beschlussfassung des Gemischten Ausschusses darauf, dass „die EU ... folglich unter Einhaltung ihrer im EU-Vertrag festgelegten internen Verfahren [entscheidet], ob sie einem Beschluss des Gemischten Ausschusses zustimmt. Der Gemischte CETA Ausschuss kann somit nicht ohne einen Beschluss der EU-Organe handeln, der gemäß dem internen rechtlichen Verfahren der EU gefasst wurde.“, so Dok KOM (2016) 470 final, S. 8.

die Parteien „vorbehaltlich der Erfüllung *etwaiger* interner Anforderungen und des Abschlusses *etwaiger* interner Verfahren“ aus. Das scheint wegen der einschränkenden Formulierung „any necessary“/„etwaig“ aber nicht für alle Fälle zu gelten. Die Norm grenzt das nicht näher ein. Diese Einschränkung „any necessary/etwaig“ deutet darauf hin, dass die Annahme nicht stets erforderlich sein dürfte, damit ein Beschluss des Gemischten Ausschusses wirksam wird.

Die Befugnis des Gemischten Ausschusses zur **Änderung der Protokolle und Anhänge** des CETA unterliegt wohl einer Art **Ratifikationsvorbehalt** (s. Art. 30.2.2 CETA: „im Einklang mit ihren zum Inkrafttreten der Änderung erforderlichen internen Anforderungen und Verfahren“). Unklar ist, ob damit das vereinfachte Abschlussverfahren für Änderungen nach Art. 218 Abs. 7 AEUV gemeint ist, oder das allgemeine Verfahren zum Abschluss vör Abkommen der EU, bei dem das Europäische Parlament und infolge der gemischten Natur des CETA auch die nationalen Parlamente einbezogen sind.

Eine Befugnis zur **Änderung des CETA selbst** wird dem Gemischten Ausschuss in Art. 23.11.5 bezüglich Kapitel 23 (Handel und Arbeit) zugesprochen, und zwar in den Verfahren des Art. 30.2. Der Verweis führt eigentlich ins Leere, da Art. 30.2.2 dem Gemischten Ausschuss nur die *Änderung von Protokollen und Anhängen* des CETA erlaubt, nicht aber eine *Änderung des Abkommens selbst*; letzteres ist in Art. 30.2.1 den Vertragsparteien vorbehalten. Soll durch Art 23.11.5 der Art. 30.2.1 implizit modifiziert werden, so dass auch der Gemischte Ausschuss CETA zumindest bezüglich Kapitel 23 soll ändern können, und das an den nationalen Parlamenten vorbei, obgleich Kapitel 23, wie soeben dargelegt, nicht in die alleinige EU-Zuständigkeit fällt?

Sodann zu den zahlreichen Sonderausschüssen nach Art. 26.2 CETA

Nach Art 26.2.4 aE. können die Sonderausschüsse Beschlüsse fassen, wenn das CETA dies vorsieht (zu den einzelnen Zuständigkeitszuweisungen bereits oben). Für die Verbindlichkeit der Beschlüsse der Sonderausschüsse ist in Art. 26.2.4 CETA *kein Ratifikations- oder Zustimmungsvorbehalt* im Sinne einer nachfolgenden Annahme durch die Parteien vorgesehen. Bei *manchen* der konkreten Beschlussfassungszuständigkeiten ist jedoch als Verbindlichkeitsvoraussetzung für einen Beschluss eine *eigene Annahme in nationalen Verfahren ausdrücklich vermerkt* (so bezüglich der Änderung der Anhänge zu Kapitel 5, die gemäß Art. 5.14.2 d) CETA vom Gemeinsamen Verwaltungsausschuss für SPS Maßnahmen beschlossen werden; oder in Art. 11.3.6 CETA, 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, die für Einzelfälle die Notwendigkeit einer Annahme für die Verbindlichkeit festhalten, bestätigen, dass die *allgemeine Regel* des Art. 26.2.4 CETA für die Verbindlichkeit von Beschlüssen von Sonderausschüssen wie für den Gemischten Ausschuss *gerade keine nachfolgende Annahme* durch die Parteien fordert. Vielmehr werden die Beschlüsse mit der Beschlussfassung im Ausschuss für die Parteien verbindlich. Es gilt also auch hier wie für den Gemischten Ausschuss, dass die Legitimierung nur durch die vorherige Standpunktfestlegung nach Art. 218 Abs. 9 AEUV im Rat erfolgt, ohne Einbezug des Europäischen Parlaments, und mit der Konsequenz, dass auch ein Beschluss in einem Sonderausschuss, der vom Standpunkt des Rats abweicht, die Vertragsparteien bindet.

Wie problematisch die parlamentarische Nichtbeteiligung bei bestimmten Fragen sein kann und wie weitreichend die den Sonderausschüssen übertragenen Entscheidungsbefugnisse sind, wird deutlich bei Art. 21.7.5 CETA, der den Ausschuss für *Warenhandel, ermächtigt, Umsetzungsmaßnahmen* zu gegenseitigen Produktwarnungen der Parteien zu verabschieden, die auch Regeln über den Schutz personenbezogener Daten und die Wahrung der Vertraulichkeit enthalten sollen. Für diese möglicherweise grundrechtsrelevanten Regelungen ist eine eigenständige Annahme durch interne Verfahren oder eine eigenständige *Ratifikation nicht* eigens vorgesehen. Der Beschluss bindet kraft Annahme im Ausschuss gemäß der allgemeinen Regel des Art. 26.2.4 CETA. Es erfolgt nur zuvor die Standpunktvorbereitung im Rat nach Art. 218 Abs. 9 AEUV, ohne parlamentarische Beteiligung. Ein weiteres Beispiel sind Art. 8.44.2 und Art. 8.44.3. b) CETA, die dem *Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen* die Befugnis einräumen, einen *Verfahrenskodex* für die Richter und *Verfahrensregeln* einzuführen, die auch Fragen der Offenlegung, Vertraulichkeit und Transparenz zum Gegenstand haben können, und damit auch grundrechtsrelevante Fragen adressieren. Dieser Beschluss erfolgt zwar „im Einvernehmen mit den Vertragsparteien, nachdem diese ihre jeweiligen internen Vorschriften erfüllt und ihre jeweiligen internen Verfahren abgeschlossen haben“ (s. Art. 8.44.2. und Art. 8.44.3). Der Verweis auf die internen Verfahren bringt indes *keinen Ratifikations- oder Annahmeverbehalt* zum Ausdruck, da eine Annahme erst nach dem Beschluss ergehen würde; der Verweis auf die internen Verfahren dürfte sich auf die Vorbereitung der Parteiposition durch Festlegung des EU-Standpunkts im Rat gemäß Art. 218 Abs. 9 AEUV beziehen, also – trotz durchaus grundrechtlicher Relevanz - ohne Parlamentsbeteiligung und unter dem Risiko einer vom Ratsstandpunkt abweichenden Beschlussfassung im Ausschuss.

Wie weit die Beschlussfassungszuständigkeiten im Einzelnen reichen, ist aufgrund der Unbestimmtheit mancher Aufgabenzuweisung auch nicht immer hinreichend deutlich bestimmt. So sieht Art. 6.14.4. i.V.m. Art. 2.8.3 und 2.8.4 CETA eine Zuständigkeit des *Gemischten Ausschusses für die Zusammenarbeit im Zollbereich* für die Lösung von Schwierigkeiten in der Zusammenarbeit bei beständigen Zollrechtsverstößen vor. Ob dem Ausschuss damit auch verbindliche Entscheidungen ermöglicht werden sollen, ist unklar. Art. 10.5.2 b) CETA verleiht den Contact Points beider Seiten, d.h. dem Einwanderungsdirektor Kanadas und dem Generaldirektor für Handel der Kommission, die Zuständigkeit, gemeinsame Kriterien und Auslegungen für die Umsetzung von Kapitel 10 über befristete Einreise und Aufenthalt Geschäftsreisender auszuarbeiten und sie anzunehmen. *Unklar* ist, ob das auch *bindende Entscheidungen* für die Parteien bedeuten kann.

Die obige Analyse zeigt: **Die für die Parteien verbindliche Beschlussfassung in den durch**

CETA errichteten Vertragsgremien erfolgt in den allermeisten Fällen ohne Rückbindung an das Europäische Parlament oder die nationalen Parlamente, und dies, obschon ihre Beschlüsse nicht nur konkretisierende Umsetzungsakte der CETA Regelungen darstellen, sondern auch wesentliche Entscheidungen wie Änderungen des Abkommens, verbindliche Auslegungen, Änderungen seiner institutionellen Struktur und Beschlüsse mit allgemeiner Geltung, die wie Rechtsetzung regelnd wirken, umfassen.

Dass die EU durch ein Abkommen ein Vertragsorgan einsetzen und mit dem Erlass verbindlicher Rechtsakte betrauen kann, ist als solches im AEUV vorgesehen, vgl. Art. 218 Abs. 9 AEUV²⁹ und daher im Grundsatz anerkannt. Damit können aber nicht die Kompetenzgrenzen der EU übergangen werden.

Die erste Grenze insoweit zeigt bereits Art. 218 Abs. 9 AEUV selbst auf. Er enthält die Einschränkung, dass ein Vertragsorgan den *institutionellen Rahmen* des Vertrags nicht ergänzen oder ändern darf. Daher dürfen die Vertragsorgane keine neuen Organe schaffen oder die Zuständigkeiten bestehender erweitern; dafür bedürfte es vielmehr eines Änderungsvertrags, der wieder der parlamentarischen Mitwirkung durch das Europäische Parlament nach Art. 218 Abs. 6 AEUV unterliegt.³⁰ Doch genau die Einsetzung weiterer Organe und die Veränderung von Zuständigkeiten ist im CETA vorgesehen: **Gemäß Art. 26.1.5 a, g, h CETA kann der Gemischte Ausschuss die Zuständigkeiten von Sonderausschüssen ändern oder auch neue Zuständigkeiten vorsehen und ganz neue Sonderausschüsse einrichten, und dies ohne Einbezug oder Mitwirkung irgendeines Parlaments. Dazu hat die EU keine Zuständigkeit, da das vereinfachte Verfahren für Vertragsweiterentwicklungen durch Vertragsorgane nach Art. 218 Abs. 9 AEUV bei institutionellen Änderungen eine Grenze findet**, im Interesse der Beibehaltung der im Primärrecht vorgesehenen Verfahren und Organzuständigkeiten. Diese fehlende EU-Zuständigkeit kann auch nicht durch die Mitwirkung der Mitgliedstaaten am CETA geheilt werden; denn eine nationale Zustimmung kann nicht als weitere Hoheitsrechtsübertragung nach Art. 23 Abs. 1 GG angesehen werden, wenn nicht zugleich Art. 218 Abs. 9 insoweit geändert würde.

Die zweite Grenze vermerkt Art. 218 Abs. 7 AEUV für Vertragsänderungen im vereinfachten Verfahren oder durch Beschluss eines Vertragsgremiums. Denn auch dann ist die Billigung durch den vom Rat ermächtigten Verhandlungsführer, also die Kommission, nötig für das Inkrafttreten der Änderung. **Darauf soll aber bei der verbindlichen Auslegung nach Art. 8.31.3 iVm Art. 8.44.3 a) durch den Gemischten Ausschuss verzichtet werden.** Die

²⁹ Zur extensiven Handhabung der dadurch begründeten Zuständigkeit s. EuGH, Urt. v. 7.10.2014, Rs. C-399/12, Deutschland / Rat, ECLI:EU:C:2014:2258, Rn. 50 ff. Als rechtswirksam zählen dabei etwa Empfehlungen, die das Sekundärrecht beeinflussen können, ebda. Rn. 63. Eine formale rechtliche Verbindlichkeit ist somit nicht erforderlich.

³⁰ *Schmalenbach*, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl 2016, Art. 218, Rn. 25. Allerdings lässt Art. 218 Abs. 7 AEUV eine Änderung im vereinfachten Verfahren zu; dies kann jedoch trotz der expliziten Abweichung von Art 218 Abs. 6 AEUV nicht so weit gehen, völlig ohne Grenzen die Parlamentsbeteiligung nach Art. 218 Abs. 6 AEUV auszuhebeln. Kritisch zu diesen Regelungen und ihrer uneingeschränkten Eignung zur Umsetzung von Beschlüssen aus der Regulierungskooperation *Alberto Alemanno*, *The Regulatory Cooperation Chapter of the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Institutional Structures and Democratic Consequences*, JIEL 2015, 636 f.

Änderung tritt unmittelbar mit Beschluss im Ausschuss in Kraft und entfaltet Bindungswirkung. Dass verbindliche Auslegungen von Änderungen nicht immer getrennt werden können, sondern verbindliche Auslegungen inhaltlich oft zu einer gewissen Änderung des Inhalts eines Vertrags – sozusagen im vereinfachten Weg - führen, ist im Völkerrecht anerkannt.³¹ Eine authentische Interpretation bedeutet nichts anderes als dem Vertragstext eine weitere Klausel hinzuzufügen. Auch diese Zuständigkeitsgrenze kann nicht durch einfache Mitwirkung der Mitgliedstaaten ausgehebelt werden, zumal die Verbindlichkeit der Auslegung nicht bruchlos vereinbar ist mit der zentralen Rolle des EuGH für die Wahrung des Rechts der EU. Hinzu kommt, dass diese Befugnis der EU nur „bei Abschluss einer Übereinkunft“ zusteht, also nicht bereits im Rahmen einer vorläufigen Anwendung. Im CETA ist das Tätigwerden der Ausschüsse bereits mit vorläufiger Anwendung vorgesehen (Art. 30.7.3. d) CETA).

Die dritte Grenze sind aus dem Bestimmtheitsbedürfnis für die Übertragung von Hoheitsrechten (resultierend aus Art. 23 Abs. 1 GG und entsprechend dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, Art 5 Abs. 1 EUV) folgende Anforderungen an die Bestimmtheit der Zuständigkeiten der Vertragsorgane. Insbesondere erscheint zweifelhaft, ob Art. 218 Abs. 9 AEUV eine Rechtsetzungsdelegation an ein internationales Gremium rechtfertigen kann (wie sie mit Art. 8.28.7, Art. 8.44.2 und 8.44.3, Art. 21.7.5 CETA und Art. 15 des Protokolls über die gute Herstellungspraxis für Arzneimittel erfolgt und evtl auch in Art. 2.13.1 b), Art. 8.10.3 und Art. 13.21.3 und 4 CETA zu sehen ist), weil eine solche Zuständigkeit ohne nähere inhaltliche Eingrenzung, Qualifizierung und ohne Verfahrenssicherungen die Zuständigkeiten des Europäischen Parlaments zur Rechtsetzung unterlaufen könnte. Zu diesen Fragen näher unten IV. 1 d.

Unbeschadet dieser grundsätzlichen Einwände gegen die Zuständigkeit der EU für die Errichtung von Vertragsgremien mit so weiten Zuständigkeiten (die – vorbehaltlich der obigen Grenzen aus Art. 218 Abs. 7 und 9 AEUV - grundsätzlich die Notwendigkeit ihrer Ergänzung durch die Mitgliedstaaten begründet³²) bleibt der weitere Umstand, dass das **CETA auch in Bereichen, die nicht vollständig unter die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen, solchen Vertragsgremien Zuständigkeiten zuweist**. So ist der Gemischte CETA Ausschuss zuständig für bindende Auslegungen des Investitionsschutzstandards (Art. 8.31.3 CETA). Da das Investitionsschutzkapitel nicht allein unter die EU-Zuständigkeit fällt, etwa wegen des Einbezugs auch von Portfolioinvestitionen (dazu bereits oben), berührt die Zuständigkeitszuweisung des Gemischten Ausschusses auch die nationale Zuständigkeit. Die EU ist daher auch nicht alleine zuständig für diese Zuständigkeitszuweisung an einen Ausschuss im CETA.

Das gilt auch für andere Politikfelder, da Art. 25.1.5 CETA dem Gemischten CETA Ausschuss eine Rolle in der bilateralen Kooperation in allen Bereichen des CETA gewährt. Danach bedürfen die Vertragsparteien seiner Zustimmung, wollen sie auch in anderen von diesem Abkommen erfassten Bereichen eine bilaterale Zusammenarbeit etablieren.

ZUSAMMENGEFASST ergibt sich, dass die EU keine Zuständigkeit hat, Vertragsgremien mit so weiten Beschlussfassungszuständigkeiten einzurichten, deren Zuständigkeiten auch in die der Mitgliedstaaten eingreifen. Ferner hat die EU infolge der begrenzten

³¹ Vgl. S. Sur, L'Interprétation en Droit International Public, 1974, 200.

³² Wobei hier noch offen bleiben kann, ob und unter welchen Voraussetzungen die Bundesrepublik den weitgehenden Zuständigkeitsübertragungen an Vertragsorgane im Lichte des Art. 23 Abs. 1 GG zustimmen darf; dazu unten IV. 1 d) und bereits W. Weiß, EuZW 2016, 286 (289).

Einzelermächtigung gar **keine Zuständigkeit**, beschließende Vertragsgremien einzusetzen, die die **institutionelle Struktur des CETA verändern** können oder am vereinfachten Verfahren nach Art 218 Abs. 7 AEUV vorbei andere Änderungsverfahren etablieren. Trotz der grundsätzlichen EU-Zuständigkeit für die Errichtung von Vertragsorganen bleibt schließlich aus Gründen der erheblichen Unklarheit von Art. 218 Abs. 9 AEUV die Zuständigkeit der EU bedenklich, wenig begrenzte und wenig bestimmte Zuständigkeitsübertragungen vorzunehmen. (Das löst, wie unten IV. 1. d) gezeigt wird, zumindest das Bedürfnis nach Zustimmung des Bundestags gemäß Art. 23 Abs. 1 GG aus).

6. Keine alleinige Zuständigkeit für die Regulierungskooperation

Kapitel 12 des CETA regelt die Kooperation der Parteien im Bereich der Regulierung. Da dieses Kapitel sich nicht nur auf die in die alleinige Zuständigkeit der EU fallenden Bereiche der technischen Handelsbarrieren gemäß TBT Abkommen oder anderer von der Gemeinsamen Handelspolitik umfassten Gegenstände bezieht, sondern auch auf die Kooperation im Bereich der Arbeitnehmerschutzes, der nachhaltigen Entwicklung und der Umwelt erstreckt (Art. 21.1 CETA), ist auch insoweit ein gemischtes Abkommen gefordert. Denn wie oben aufgezeigt, sind gerade die Kapitel über den Arbeitnehmerschutz und die nachhaltige Entwicklung nicht auf alleinige Zuständigkeiten der EU stützbar. Die gegenständliche Reichweite der vorgesehenen Kooperation ist nicht auf Produkt- oder Dienstleistungsstandards begrenzt. Es geht vielmehr um die Etablierung eines Rahmens für dauerhafte Kooperation in vielen Feldern.^{Das} CETA ist insoweit als living instrument angelegt. Die Formulierungen sind so weit, dass sie auch Vorschläge, Regelwerke und Initiativen in nicht vollständig harmonisierten oder rein nationalen Politikfeldern erfassen, so dass die Kompetenzbereiche der Mitgliedstaaten betroffen sind. Auch daraus ergibt sich die Notwendigkeit eines gemischten Abkommens.

7. Zur Notwendigkeit eines Gemischten Abkommens

Die vorstehende Auflistung der nicht in die alleinige Zuständigkeit fallenden CETA Regelungen verdeutlicht, dass die EU Zuständigkeit für einen Abschluss des CETA als EU-Only Abkommen nicht genügt. Gegen diese Konsequenz kann auch nicht argumentiert werden, diese Regelungen seien im Gesamtkomplex des CETA nur von untergeordneter Natur. Es wird häufig geltend gemacht, die bloß marginale Berührung nationaler Kompetenzen oder der Einbezug einiger weniger solcher Regeln durch ein EU-Abkommen, dessen eindeutiger Schwerpunkt im Bereich der Handelspolitik liegt, genüge nicht, um ein gemischtes Abkommen zu fordern.³³

Demgegenüber ist jedoch darauf hinzuweisen, dass bereits eine einzelne Bestimmung im CETA Abkommen, die nationale Zuständigkeiten betrifft, für die Notwendigkeit eines Gemischten Abkommens ausreicht.

³³ Vgl. Hoffmeister, AVR 2015, 60; Franz C. Mayer, Gutachten für das BMWi, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, S. 7, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> <10.8.2016>; Mögele, (Fn. 10), Art. 216 AEUV, Rn. 40.

Zwar grenzt der EuGH bei der Frage nach der richtigen Rechtsgrundlage für einen EU-Rechtsakt nach einer Schwerpunktbetrachtung ab. Diese Betrachtung findet sich bei der vertikalen Abgrenzung zwischen verschiedenen EU-Zuständigkeitsregeln³⁴, wird aber zumindest in der Sichtweise mancher vom EuGH auch bei der horizontalen Abgrenzung der EU-Zuständigkeiten von denen der Mitgliedstaaten vorgenommen. Meiner Ansicht nach trifft diese Lesart jedoch nicht durchgängig zu. Es finden sich zwar – neben älteren Entscheidungen, die deutlicher die Schwerpunktbetrachtung anstellen³⁵ – einzelne Passagen in Urteilen des EuGH, in denen er bestimmte Verpflichtungen als bloße Nebenpflichten im Kontext des Vertrags einordnet und auf ihre Ausrichtung auf ein von der EU-Zuständigkeit erfasstes Ziel, wie etwa der Entwicklungszusammenarbeit verweist, um sich der Notwendigkeit eines gemischten Abkommens zu entziehen.³⁶ Dennoch argumentiert der EuGH weniger mit einer Schwerpunktbetrachtung als vielmehr mit der beschränkten Tragweite der umstrittenen Abkommensregeln etwa über eine politische Zusammenarbeit der Parteien, die keine konkreten vertraglichen Verpflichtungen und keine Rechte oder Befugnisse zu bestimmten Maßnahmen statuieren³⁷, oder aber damit, dass die konkret vorgesehenen Maßnahmen durchaus unter die EU-Zuständigkeit fallen.³⁸ In anderen Entscheidungen findet sich eine Schwerpunktbetrachtung gar nicht.³⁹ Manche Vertreter der Schwerpunktargumentation geben daher auch zu, dass in der „Rechtsprechung dieser Weg nicht favorisiert“ wird.⁴⁰

Somit begründen schon einzelne Bestimmungen eines Abkommens, die nicht unter die ausschließliche EU-Zuständigkeit fallen, die Notwendigkeit eines gemischten Abkommens, selbst wenn sie im Verhältnis zur Gesamtheit der Bestimmungen von untergeordneter Bedeutung wären. Aufgrund der Begrenzung der EU-Zuständigkeiten nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung kann es bei der vertikalen Kompetenzabgrenzung nicht auf eine

³⁴ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 11.6.2014, Rs C-377/12, Kommission / Rat, ECLI:EU:C:2014:1903, Rn. 38, 44, 48, 55 - 58. Hier genüge die bloße Berührung bestimmter besonderer Politikfelder nicht, um auch diese als Rechtsgrundlage heranzuziehen, solange die Regelungen des Abkommens zu Rückführung, Verkehr und Umwelt auch zur Verfolgung entwicklungspolitischer Ziele beitragen und nicht im Hauptzweck der Umsetzung bereichsspezifischer Politiken dienen. Auch die Rückübernahmeregelungen waren nicht so detailliert, dass ihre Durchführung wie in einem Rückübernahmeabkommen möglich gewesen wäre. Der Gerichtshof hat hier die – allerdings nicht ausschließliche – EU-Kompetenz zur Entwicklungszusammenarbeit so weit angelegt, dass auch Regelungen in anderen Politikbereichen davon erfasst sind, solange sie keine hinreichende Eigenständigkeit haben.

³⁵ S. EuGH, Gutachten v. 4.10.1979, 1/78, Internationales Naturkautschukübereinkommen, ECLI:EU:C:1979:224, Rn. 53 - 56.

³⁶ S. etwa EuGH, Urt. v. 3.12.1996, Rs. C-268/94, Portugal / Rat, ECLI:EU:C:1996:461, Rn. 75 f.

³⁷ ebd., Rn. 45 - 47.

³⁸ ebd., Rn. 63 f.

³⁹ S. etwa EuGH, Gutachten v. 30.11.2009, 1/08, Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) - Listen spezifischer Verpflichtungen, Rn. 139 ff, 173. Nicht als aktueller Beleg für eine Schwerpunktbetrachtung bei vertikaler Kompetenzabgrenzung taugt auch EuGH, Urt. v. 22.10.2013, Rs. C-137/12, Kommission / Rat, ECLI:EU:C:2013:675, Rn. 52 - 71, wo der EuGH zwar mit der Schwerpunktsetzung bei der Abgrenzung zwischen Art. 207 und Art. 114 AEUV arbeitet, die Rüge der Verletzung ausschließlicher EU-Zuständigkeit, die erst die Problematik der vertikalen Kompetenzabgrenzung gestellt hätte, offen lässt, ebda. Rn. 77. Ebenso stellt der EuGH in Gutachten 2/00, (Fn. 13), Rn. 20 ff. seine Schwerpunktbetrachtung allein auf der Ebene der horizontalen Kompetenzabgrenzung zwischen GHP und Umweltpolitik an, um erst dann bei der Bestimmung deren Reichweite, in Rn. 45 ff, auf die Notwendigkeit eines gemischten Abkommens einzugehen.

⁴⁰ So Hoffmeister, AVR 53 2015, 60.

Schwerpunkt Betrachtung ankommen, wie sie für die horizontale Abgrenzung von verschiedenen EU-Zuständigkeitsregeln angewendet wird.⁴¹ Das würde die Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten aushebeln.

Hier kommt hinzu, dass die oben aufgezeigten Bestimmungen des CETA, die das Bedürfnis nach einem gemischten Abkommen auslösen, nicht von nur nachgeordneter Bedeutung sind, sondern in erheblichem Umfang Kerninhalte des CETA betreffen.

8. Ergebnis

Das CETA ist als Gemischtes Abkommen zusammen mit den Mitgliedstaaten abzuschließen, da seine Regelungen auch Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten betreffen. Dafür genügt es, dass auch nur eine Regel des CETA nicht von den ausschließlichen EU-Zuständigkeiten abgedeckt ist.

II. Die Regelungen des CETA Abkommens, die nationale Zuständigkeiten betreffen

Die vorstehenden Ausführungen (I., 1.-7.) haben schon deutlich werden lassen, welche Regelungen im CETA zumindest auch unter die nationalen Zuständigkeiten fallen. Es sind dies zusammengefasst:

Investitionsschutz (Kapitel 8)

gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen (Kapitel 11)

Verkehrsdienstleistungen (Kapitel 14)

Regulierungskooperation (Kapitel 21)

Arbeitnehmerschutz (Kapitel 22, 23)

Errichtung beschlussfassender Vertragsorgane mit weitreichenden Zuständigkeiten in dem oben I.5. herausgearbeiteten Umfang. Denn die EU-Zuständigkeiten reichen nicht für die Errichtung der Ausschüsse mit den im CETA vorgesehenen zum Teil sehr weiten Zuständigkeiten.

⁴¹ GA *Juliane Kokott*, Schlussanträge vom 26.3.2009, Rs. C-13/07, Kommission / Rat, ECLI:EU:C:2009:190, Rn. 113, 119.

III. Vorläufige Anwendung: Zulässigkeitsanforderungen und Umfangsbegrenzung

1. Eine vorläufige Anwendung von CETA ist überhaupt nur zulässig, soweit die alleinigen EU-Zuständigkeiten reichen

Unionsrechtliche Kompetenzgrundlage für eine vorläufige Anwendung von Abkommen, die die EU abschließt, sind in gleicher Weise wie für den Abschluss des Abkommens *in inhaltlicher Hinsicht* die EU-Zuständigkeitsregeln. Die EU-Zuständigkeiten gemäß Art. 2 ff AEUV gelten für die Beurteilung über den Abschluss eines Abkommens durch die EU in gleicher Weise wie für die vorläufige Anwendung. Denn auch die vorläufige Anwendung führt zu völkerrechtlichen Bindungen. Der einzige Unterschied zwischen vorläufiger Anwendung und endgültigem Inkrafttreten nach der Ratifikation ist die bloße Vorläufigkeit der völkerrechtlichen Bindung aus dem Abkommen, abgesehen von der jederzeitigen Widerrufbarkeit einer vorläufigen Anwendung und ihrer möglichen gegenständlichen Begrenzung. Demgemäß sieht das CETA zum einen vor, dass es ganz oder teilweise vorläufig in Kraft gesetzt werden kann (Art. 30.7.3 CETA), dass die vorläufige Anwendung jederzeit durch einseitige Notifizierung beendet werden kann, und dass die Beschlüsse des Gemischten Ausschusses und anderer "Gremien" mit Beendigung der vorläufigen Anwendung unwirksam werden (Art. 30.7 Abs. 3 lit d CETA).

Daraus ergibt sich, dass das CETA nur insoweit von der EU vorläufig angewendet werden kann, wie ihre Zuständigkeiten reichen. Nach den oben stehenden Ergebnissen, müssen somit das Kapitel über den Investitionsschutz, über die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen, Verkehrsdienstleistungen, die Regulierungskooperation und den Arbeitnehmerschutz von der vorläufigen Anwendung durch die EU ausgenommen werden. Dies gilt ferner auch für die Regelungen über die Errichtung und Zuständigkeiten beschlussfassender Ausschüsse im CETA, für die die EU keine alleinige oder sogar gar keine Zuständigkeiten hat (dazu oben I. 5.).

Eine umfassende vorläufige Anwendung des CETA ist unzulässig. Die dahingehende Absicht der Kommission (vgl. den Beschlussvorschlag Dok KOM (2016) 470) überschreitet die EU-Zuständigkeiten.

2. Die vorläufige Anwendung des CETA nur auf der Grundlage eines Ratsbeschlusses ist unbefriedigend und verletzt bei endgültigen Wirkungen die konstitutive Mitwirkung des Europäischen Parlaments

Im *Hinblick auf das Verfahren* zur Entscheidung über die vorläufige Anwendung des CETA und ihren Umfang bestehen trotz der gleichen völkerrechtlichen Bindung erhebliche Divergenzen zwischen der vorläufigen Anwendung des CETA und seinem endgültigen Inkrafttreten. Für die Entscheidung über die vorläufige Anwendung ist auf Seiten der EU alleine der Rat zuständig (Art. 218 Abs. 5 AEUV). Eine Beteiligung des Europäischen Parlaments hieran ist – anders als bei der Ratifikation des CETA - nicht vorgesehen. Das EP wird nur informiert. Das gleiche gilt für den Deutschen Bundestag. Er wird über die beabsichtigte vorläufige Anwendung nur dadurch in Kenntnis gesetzt, dass die Bundesregierung ihm den Kommissionentwurf für den dahingehenden Ratsbeschluss mitteilt.

Obschon eine Zustimmung des Parlaments zur vorläufigen Anwendung nicht vorgesehen ist, erfolgt in der jüngeren Praxis der EU-Organen eine vorläufige Anwendung erst nach Zustimmung durch das Europäische Parlament. Das für Handel zuständige Kommissionsmitglied Cecilia Malmström hat im Europäischen Parlament bekundet, dass sie daran für politisch wichtige Handelsabkommen im Grundsatz festhalten will.

Die vorläufige Anwendung kommt somit anders als das endgültige Inkrafttreten ohne parlamentarische Zustimmung aus. Die nationalen Parlamente wirken nicht mit. Die Zustimmung des Europäischen Parlaments ist nicht erforderlich; dass sie eingeholt wird, ist ein bloßes politisches Zugeständnis von Rat und Kommission.

Angesichts der inhaltlich jedoch vergleichbaren völkerrechtlichen Bindungswirkung der Verpflichtungen aus dem CETA auch nur aufgrund einer vorläufigen Anwendung, erscheint die Regelung im Primärrecht, die zu langjährigen Bindungen an den Parlamenten vorbei führen kann⁴², nicht mehr zeitgemäß. Das ist zunächst eine rechtspolitische Feststellung.

Verfassungsrechtlich relevant wird das aber dort, **wo das auch nur vorläufige Inkrafttreten zu endgültigen rechtlichen Folgen insbesondere für die Mitgliedstaaten führt**. Zwar kann die vorläufige Anwendung jederzeit beendet werden, womit auch die bis dahin gefassten Beschlüsse der Ausschüsse ihre Wirkung verlieren. Doch gibt es davon eine signifikante Ausnahme für die Entscheidungen der Investitionsschutztribunale: Zwar ist auch das Investitionsschutzkapitel vom Ende einer vorläufigen Anwendung erfasst (vgl. Art. 30.8.2), doch bleiben die selbst während der bloß vorläufigen Anwendung ergangenen Schiedsentscheidungen im Bereich des Investitionsschutzes gleichwohl wirksam und können erhebliche Schadensersatzansprüche begründen, ohne dass irgend ein Parlament dem Schiedsmechanismus hatte zustimmen müssen. Nach Art. 30.8.4 CETA können sogar auch noch binnen drei Jahren nach Beendigung der vorläufigen Anwendung, ohne dass das Abkommen in Kraft trat (also für den Fall des völligen Scheiterns von CETA), Klagen erhoben werden, sofern es sich um Sachverhalte handelt, die während der vorläufigen Anwendung entstanden. Somit sind auch noch drei Jahre nach Ende der vorläufigen Anwendung Klagen und damit Schiedsurteile möglich. **Damit zeitigt selbst eine bloß vorläufige, später beendete vorläufige Anwendung insoweit also endgültige Rechtsfolgen gerade auch für die Mitgliedstaaten**, ohne dass die nationalen Parlamente oder auch allein das Europäische Parlament konstitutiv an der vorläufigen Anwendungsentscheidung mitwirken können sollen. Dass der Rat autonom aufgrund von Art. 218 Abs. 5 AEUV allein für das Eingehen solcher Verpflichtungen, die zu dauerhaften Konsequenzen für die EU und ihre Mitgliedstaaten führen können, zuständig sein soll, **überschreitet die durch Art. 218 Abs. 5 gewährte Zuständigkeitsübertragung an die EU** für bloß vorläufige völkerrechtliche Wirkungen. **Zumindest dürfte insoweit wegen der endgültigen Wirkungen des CETA eine konstitutive Mitwirkung des Europäischen Parlamentes nach Art. 218 Abs. 6 lit. a) iv und v) AEUV analog an dem Ratsbeschluss über die vorläufige Anwendung notwendig sein**. Diese ist jedoch nach den Kommissionsentwurf zu einem Ratsbeschluss zur vorläufigen Anwendung des CETA (Dok KOM (2016) 470) nicht vorgesehen. Eine Befassung des Europäischen Parlaments ist dort nicht erwähnt. Auch belegt das die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung, dass das Investitionsschutzkapitel aus der vorläufigen Anwendung mangels EU-Zuständigkeit herauszunehmen ist (wie oben II. dargelegt).

⁴² Bei dem Abkommen mit Südkorea lagen zwischen dem Beginn der vorläufigen Anwendung und seinem Inkrafttreten nach Abschluss der Ratifikation in allen Parlamenten nahezu fünf Jahre. Bei CETA dürfte dieser Zeitraum nicht kürzer sein, da die Befassung in 30 parlamentarischen Gremien zeitraubend ist.

Auf die Konsequenzen für die notwendige Beteiligung des Bundestages und des Bundesrats wird unten eingegangen.

3. Ergebnis

Die EU kann das CETA nicht umfassend vorläufig anwenden. Ihre Zuständigkeit bezieht sich nicht auf alle Materien. Daher kann allenfalls eine vorläufige Anwendung beschlossen werden, die die unter II. bezeichneten Materien aus der Anwendung herausnimmt. Andernfalls überschreitet die EU nicht nur ihre Zuständigkeiten im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten, sondern maßt sich der Rat auch Kompetenzen zu endgültigen völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Investitionsschutzgerichtsbarkeit (vgl. Art. 30.8.4 CETA) im Verhältnis zum Europäischen Parlament an. Der Beschlussvorschlag für den Rat über die vorläufige Anwendung, Dok KOM (2016) 470 erweist sich daher als rechtswidrig, weil er auf eine umfassende, uneingeschränkte vorläufige Anwendung von CETA abzielt.

IV. Beteiligungsrechte von Bundestag und Bundesrat bei Abschluss und vorläufiger Anwendung von CETA

1. Bundestags- und Bundesratsbeteiligung beim Abschluss des CETA als eines gemischten Abkommens

Aufgrund der ideellen Teilbarkeit eines gemischten Abkommens wie CETA zwischen Abkommensteilen mit alleiniger EU-Zuständigkeit einerseits und solchen mit zumindest auch nationaler Zuständigkeit andererseits ist die Beteiligung des Bundestags zunächst einmal aufgespalten:

+ Der Bundestag hat zum einen im Rahmen des unionalen Aushandlungs- und Abschlussverfahrens für den unionalen Teil die Mitwirkungsrechte und damit einhergehende Einwirkungsmöglichkeiten aufgrund von Art. 23 Abs. 2 und 3 GG, die die Rechte des Bundestags in Angelegenheiten der EU und damit auch bei der europäischen Gesetzgebung oder dem Abschluss eines (reinen) EU Abkommens regeln, vgl. § 1 Abs. 2 EUZBBG⁴³. + Zum anderen hat er für die unter die nationalen Zuständigkeiten fallenden Abkommensteile das ihm im Rahmen der verfassungsrechtlichen Bestimmungen zustehende Zustimmungsgeschäft nach Art. 59 Abs. 2 GG. Auf die Zweifel, ob Art. 59 Abs. 2 GG für die Mitwirkung des Bundestags für den unter die nationale Zuständigkeit fallenden Teil von CETA durchweg die richtige Grundlage ist⁴⁴, ist hier nicht näher einzugehen.

Die Folgerungen aus Art. 23 Abs. 2 und 3 und Art 59 Abs. 2 GG sind nachfolgend für das CETA weiter zu analysieren. Zunächst wird aber vorab verdeutlicht, dass der Bundestag auch im Rahmen seiner Zustimmung nach Art. 59 Abs. 2 GG ein Recht auf Befassung mit dem ganzen Abkommen hat:

a) Der Bundestag hat ein Recht auf Befassung mit dem gesamten CETA Abkommenstext. Seine Mitwirkung ist für das Inkrafttreten des Abkommens insgesamt erforderlich.

Die parlamentarische Mitwirkung nationaler Parlamente bei Verhandlung, Abschluss und Ratifikation von der EU und ihren Mitgliedstaaten gemeinsam abgeschlossenen gemischten Abkommen bestimmt sich nicht allein nach nationalen Regeln. Vielmehr ist auch hier das Zusammenwirken der beiden Regelungsebenen EU-Recht und nationales Verfassungsrecht zu beachten. Dabei haben wegen des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts seine Regelungen in ihrem Anwendungsbereich Vorrang. Das gilt vor allem, soweit es um die nationale Mitwir-

⁴³ Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutscher Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union v. 4.7.2013, BGBl I S. 2170.

⁴⁴ *Andreas von Arnould*, Schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 13. Januar 2016, Rn. 6, <http://www.bundestag.de/blob/401408/a0de796e1196a3932979673e45068b90/arnould-data.pdf> <18.3.2016>, will bei gemischten Abkommen, soweit sie völkerrechtliche Verträge der Bundesrepublik sind, für den Zeitraum der Vertragsverhandlungen die Mitwirkungsrechte des Bundestags aus Art. 23 Abs. 2 GG entnehmen, zwischen Vertragsabschluss und Ratifikation aber aus Art. 59 Abs. 2 GG.

kung an Entscheidungen der EU-Organe im EU-Zuständigkeitsbereich geht, also insbesondere für die Mitwirkung deutscher Staatsorgane bei der Ausübung ausschließlicher EU-Zuständigkeiten.

Die Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten führt für den Abschluss gemischter Abkommen zunächst zu einer theoretischen, ideellen Trennung zwischen den Teilen eines gemischten Abkommens, die unter die ausschließliche EU-Zuständigkeit fallen, und den anderen, die von der nationalen Zuständigkeit erfasst sind. Für erstere Teile bestimmt das EU-Recht die auf EU-Ebene entscheidenden Organe (insbesondere in Art. 218 AEUV). Bei den für die unionale Aushandlung, Unterzeichnung und Ratifikation erforderlichen Beschlussfassungen im Rat wirkt ein deutscher Vertreter mit, dessen Mitwirkung national-rechtlich eingeeht ist (nach Art. 23 Abs. 3 und 4 GG i.V.m. dem EUZBBG). Für letztere Teile sind, da es um nationale, nicht ausschließlich an die EU übertragene Zuständigkeiten geht, zunächst einmal nicht die Regelungen des Art. 23 GG einschlägig, sondern die nach Art. 59 GG. Art. 59 Abs. 2 GG fordert bekanntermaßen beim Abschluss eines gesetzgebungsrelevanten oder eines hochpolitischen Vertrags eine Zustimmung des Bundestags und die Mitwirkung des Bundesrats.

Der ideellen Zuständigkeitstrennung gemäß bezieht sich das Zustimmungserfordernis nach Art. 59 Abs. 2 GG somit eigentlich nur auf die nationalen Teile. Gleichwohl wird dem Bundestag für seine Zustimmung, wenn sie nach den Kriterien des Art. 59 Abs. 2 GG erforderlich ist (dazu noch unten), der gesamte Abkommenstext zugeleitet und dann auch im Bundesgesetzblatt, Teil II der gesamte Text des gemischten Abkommens und nicht nur die in die nationale Zuständigkeit fallenden Teile bekannt gemacht.⁴⁵ Das erfolgt nicht nur aus Praktikabilitätsgründen, sondern findet seine tiefere Berechtigung in dem Umstand, dass die Bundesrepublik durch Ratifikation eines gemischten Abkommens völkerrechtlich an das gesamte Abkommen gebunden wird – so bringt es auch Art. 1.8.1 CETA zum Ausdruck⁴⁶ -, es sei denn die EU und ihre Mitgliedstaaten würden spätestens mit der Ratifikation eine Erklärung über ihre Zuständigkeitsverteilung abgeben. Das erfolgt bei Freihandelsabkommen kaum noch und ist auch für CETA nicht vorgesehen.

Deutlich wird damit, dass die auf die unionale Zuständigkeitsverteilung zurückzuführende ideelle Trennung eines Gemischten Abkommens in unionale und nationale Teile eine unvollständige rechtliche Betrachtung wäre. 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 Abs. 2 GG verschärfen, weil dann konsequenterweise nur auf die Regelungen, die unter die nationale Zuständigkeit fallen, abgestellt werden dürfte (dazu näher unten). Allein schon infolge der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Bundesrepublik auch für den unter die

⁴⁵ Zwar war der Bundestag bei der Entscheidung über seine Zustimmung zum Abschluss des WTO-Abkommens zunächst nur mit den zustimmungspflichtigen nationalen Teilen befasst (BT-Drs. 12/7655) und finden sich im BGBl II 1994 S. 1438 nur die von der nationalen Zuständigkeit erfassten Abkommensteile. Doch hat sich diese Praxis geändert. Das Freihandelsabkommen mit Südkorea etwa war insgesamt Gegenstand der Bundestagszustimmung, vgl. BT-Drs. 17/10758, und das Zustimmungsgesetz v. 5.12.2012, BGBl II S. 1482.

⁴⁶ Er lautet: „Jede Vertragspartei ist voll verantwortlich für die Einhaltung aller Bestimmungen dieses Abkommens“

ausschließliche EU-Zuständigkeit fallenden Abkommensteil ist die Einholung einer Zustimmung des Bundestags zu dem gesamten Abkommenstext verfassungsrechtlich geboten.

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. Hier kann zum einen die wechselseitige Unionstreue nach Art. 4 Abs. 3 AEUV herangezogen werden, die die EU verpflichtet, die unionsrechtlich wegen der begrenzten EU-Zuständigkeiten 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.⁴⁷ Gemischte Abkommen sind – auch wenn der EuGH auf die Unterscheidung der Verfahrensschritte besteht⁴⁸ – ein Gesamtgeschehen von EU und Mitgliedstaaten.⁴⁹ Damit wäre ein Vorwurf, es würde Art. 2 Abs. 1 AEUV verletzen, befasste sich der Bundestag mit den unter die ausschließliche EU-Zuständigkeit fallenden Abkommensteilen, nicht vereinbar. Zum anderen gebietet die Achtung der nationalen Verfassungsstrukturen nach Art. 4 Abs. 2 Satz 2 EUV, die Zuständigkeit der Parlamente für die Eingehung umfangreicher völkerrechtlicher Verantwortlichkeiten zu respektieren.

Schließlich kann eine Erörterung des gesamten Abkommens im Bundestag dazu führen, dass die **Ratifikation durch die Bundesrepublik mit Vorbehalten oder Erklärungen versehen wird**, die etwa die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesrepublik einschränken. Diese Möglichkeit steht dem Bundestag offen; er kann seine Zustimmung an eine entsprechende Maßgabe binden, die einen bestimmten Vorbehalt bei der Ratifikation verlangt.⁵⁰ Dies ist unabhängig von der Frage, ob EU und Mitgliedstaaten bei der Ratifikation eines Abkommens gemeinsam eine Erklärung über die jeweiligen Zuständigkeiten abgeben. Hinzu kommt ein Aspekt der Vertragsschlusspraxis bei gemischten Abkommen: Die abschließende Beschlussfassung über den Abschluss eines Abkommens für die EU findet im Rat erst statt, nachdem alle Mitgliedstaaten das Abkommen ratifiziert haben. Der Bundestag wird damit im Rahmen seiner nationalen Zuständigkeit zuerst mit dem Abkommen befasst, ehe er berufen ist, sein Stellungnahmerecht zu der unionalen Rechtsetzung in Form des Abschlusses des Abkommens aus Art. 23 Abs. 3 GG auszuüben, das – wie noch deutlich werden wird – allerdings ohnehin nicht erst bezüglich der abschließenden Beschlussfassung im Ministerrat über den Abschluss des Abkommens relevant wird.

⁴⁷ EuGH, Gutachten v. 19.3.1993, 2/91, ILO Übereinkommen, ECLI:EU:C:1993:106, Rn. 36. Zur Einordnung dieser Aussage unter das Loyalitätsgebot vgl. *Christiaan Timmermanns*, The Court of Justice and Mixed Agreements, in: Allan Rosas/Egils Levits/Yves Bot (Hrsg.), The Court of Justice and the construction of Europe, 2013, S. 670.

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 28.4.2015, Rs. C-28/12, Kommission / Rat, ECLI:EU:C:2015:282, Rn. 46 ff.

⁴⁹ Dazu bereits *Wolfgang Weiß*, Kompetenzverteilung bei gemischten Abkommen am Beispiel des TTIP, DöV 2016, S. 537 (537 f).

⁵⁰ *Hermann Butzer/Julia Haas*, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans-Günther Henneke, Kommentar zum Grundgesetz: GG, 13. Aufl. 2014, Art. 59, Rn. 87 m.w.N.

In der Staatspraxis fällt die Befassung des Bundestags mit einem gemischten Abkommen über seine Mitwirkungsrechte bei der unionalen abschließenden Beschlussfassung und über seine national-verfassungsrechtliche notwendige Zustimmung nach Art. 59 Abs. 2 GG regelmäßig zusammen und rechtfertigt gleichfalls die sogleich umfassende Behandlung eines gemischten Abkommens im Bundestag.

Die nationale Ratifikation ist damit für das Inkrafttreten des gesamten CETA Abkommens notwendig, und nicht nur für die unter nationale Zuständigkeit fallenden Teile. Denn die Parteien haben das Abkommen als gemischtes ausgehandelt; Kanada und die EU schließen es unter Einbezug der Mitgliedstaaten; die Parteien wollen das umfassende und nicht nur teilweise Inkrafttreten des CETA. Das Inkrafttreten setzt die Ratifizierung durch alle Parteien, bei einem gemischten Abkommen daher auch durch jeden EU-Mitgliedstaat als Partei voraus (s. Art. 30.7.2 CETA).⁵¹

b) Der Abschluss des CETA bedarf wegen der Berührung nationaler Zuständigkeiten der Zustimmung des Bundestags und des Bundesrats gemäß Art. 59 Abs. 2 GG

Die wirksame Ratifikation des Abkommens für Deutschland sieht unter den Bedingungen des Art. 59 Abs. 2 GG ein Zustimmungserfordernis des Bundestags vor.

Die Bedingungen nach Art. 59 Abs. 2 GG sind erfüllt, wenn das CETA entweder die politischen Beziehungen des Bundes regelt oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung bezieht. Angesichts der großen öffentlichen Debatte um CETA und seiner Bedeutung für die Wirtschaftsbeziehungen mit Kanada unterliegt es keinen Zweifeln, dass das Abkommen für die politischen Beziehungen bedeutsam ist.

Daran könnte man zweifeln, wenn man für die Beurteilung des politischen Charakters nur die Teile betrachten dürfte, die unter die nationale Zuständigkeit fallen. Außerdem ist die tradierte Rechtsprechung des BVerfG zu diesem Merkmal recht restriktiv, zumal bei bloßen Wirtschaftsabkommen.⁵² Demnach müssen politische Verträge die „Existenz des Staates, seine territoriale Integrität, seine Unabhängigkeit, seine Stellung und sein maßgebliches Gewicht in der Staatengemeinschaft berühren“ und insbesondere „die Machtstellung des Staates anderen Staaten gegenüber ... behaupten, ... befestigen oder ... erweitern“.⁵³

Zum ersten Einwand: Zwar ist in formaler Betrachtung das Zustimmungsgesetz des Bundestags begrenzt auf die unter nationale Zuständigkeit verbliebenen Bereiche des Abkommens, doch verkennt eine solche Betrachtung wesentliche Aspekte der rechtlichen Wirkung eines gemischten Abkommens (dazu bereits oben a). Daher sind auch bei der Frage nach der politischen Bedeutung eines Abkommens der gesamte Regelungskomplex und der Gesamtkontext

⁵¹ Zu sehr begrenzten Ausnahmefällen, in denen dies anders ist, kraft expliziter völkerrechtlicher Regelung, vgl. Stefan Kadelbach in von Arnald, Enzyklopädie Europarecht, Band 10, 2014, § 4, Rn. 65.

⁵² Vgl. BVerfGE 1, 372 (381 ff).

⁵³ BVerfGE 90, 286 (359).

der eigentlich nur der Zustimmung des Bundestags unterliegenden Regeln zu beachten, mithin also der gesamte Abkommenstext.⁵⁴

Zum zweiten Einwand: Die tradierte, zurückhaltende Rechtsprechung, die das Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG funktionell als Regierungsakt bezeichnet⁵⁵, erscheint unter den Bedingungen der Globalisierung zu eng. Die Globalisierung führt dazu, dass die Gestaltung der wirtschaftlichen Beziehungen die Lebensverhältnisse in einem Land auch in sozialer, ökonomischer und politischer Hinsicht erheblich mitbestimmt. Diese Bedeutung von Wirtschaftsabkommen klingt zwar beim BVerfG an, wenn es einen politischen Vertrag bejaht, sofern „Vertragspartner durch den Abschluss eines Handelsvertrages ihre Volkswirtschaft ergänzen wollen, um ihre gemeinsame wirtschaftliche Stellung im Wettbewerb der Staaten zu stärken.“⁵⁶ Schon dieses Kriterium dürfte bei CETA einschlägig sein, weil dadurch eine transatlantische Freihandelszone zumindest mit Kanada geschaffen wird. Im Übrigen ist diese Judikatur mit ihrem Abstellen allein auf die Stellung des Staates auch angesichts des Europäischen Integrationsprozesses und der damit herbeigeführten Zurücknahme der Bedeutung des Nationalstaats überholt.⁵⁷ Außerdem schränkt sie die politische Mitwirkung des Parlaments erheblich ein, was in einem Spannungsverhältnis zur Ausweitung parlamentarischer Mitbestimmungsrechte in der Verfassungsentwicklung der letzten Jahre steht, etwa bezüglich des Parlamentsheers⁵⁸ oder der Integrationsverantwortung⁵⁹. Die sich darin abzeichnende Zurückdrängung der klassischen Sichtweise der Außenbeziehungen als einer Domäne der Exekutive zeigt sich nicht zuletzt im Unionsrecht selbst, das die Stellung des Europäischen Parlaments gerade bei Handelsabkommen erheblich aufgewertet hat, vgl. die Zustimmungsbedürftigkeit (Art. 218 Abs. 6 lit. a) v) iVm. Art. 207 Abs. 2 AEUV).

Doch kann dies letztlich offen bleiben. Zumindest die 2. Alternative in Art. 59 Abs. 2 1 GG zur Begründung des Zustimmungserfordernisses greift ein. Denn der Vertrag enthält Regelungen, die sich auf Gesetzgebungsfragen beziehen. Die Umsetzung des CETA erfordert ein Tätigwerden des Gesetzgebers.⁶⁰ Das gilt bereits für die Umsetzung der klassischen Verhandlungsgegenstände im Warenhandelsbereich. Die Einführung eines Haftungsregimes im Investitionsschutzbereich berührt weiter unmittelbar parlamentarische Zuständigkeiten in der Staatshaftung und der Haushaltshoheit (Art. 110 Abs. 2 GG).

Der Bundestag wird im Rahmen der Mitwirkung nach Art. 59 Abs. 2 GG erst am Ende des Verhandlungsprozesses mit dem ausgehandelten Text befasst, und er kann dann auch den Text nur in Gänze annehmen oder ablehnen. Änderungen sind ausgeschlossen, vgl. § 82 Abs.

⁵⁴ S. auch *Christoph Möllers/Johannes Bethge*, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, S. 8 f., <http://www.bundestag.de/blob/401474/c1a661c4944b79a30af3c4cfef479a3f/moellers-data.pdf> <15.8.2016>.

⁵⁵ BVerfGE 90, 286 (357).

⁵⁶ BVerfGE 1, 372 (383).

⁵⁷ Vgl. auch *Möllers/Bethge* (Fn. 54), S. 6.

⁵⁸ BVerfGE 90, 286 (Ls. 3a).

⁵⁹ BVerfGE 123, 267 (352 f; mit Bezug zur Außenwirtschaft 420). Diese Argumentation vertraten auch *von Arnald* (Fn. 29), Rn. 7 und *Bernd Grzeszick*, Stellungnahme zur Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, S. 18 f., <http://www.bundestag.de/blob/401476/e2a9abbe-ecb5cfabf43d00adb122a704/grzeszick-data.pdf> <15.8.2016>.

⁶⁰ Zu dem Kriterium *Rudolf Streinz*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz: GG, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 59, Rn. 31.

2 GeschO BT. Zulässig ist allerdings – wie bereits erwähnt - die Zustimmung mit der Maßgabe eines bestimmten Vorbehalts bei der Ratifikation. Allerdings hat der Bundestag – wie sogleich darzulegen - im Rahmen der Informations- und Stellungnahmemöglichkeit zum unionalen Verfahrensteil frühzeitige Einwirkungsmöglichkeiten gemäß Art. 23 GG.

Für den Bundesrat sieht Art. 59 Abs. 2 GG nur eine Mitwirkung vor, deren konkrete Form (Zustimmung oder bloße Einspruchsmöglichkeit) sich nach den Regeln über die Bundesgesetzgebung ergibt. Das Zustimmungserfordernis entsteht hier aus dem Umstand, dass CETA mit der Einrichtung einer Investitionsschiedsgerichtsbarkeit damit zusammenhängend Haftungsfragen regelt, die die Staatshaftungskompetenz berührt, Art. 74 Abs. 1 Nr. 25, Abs. 2 GG. Daher bedarf das CETA auch der Zustimmung des Bundesrats.⁶¹

c) Der Bundestag hat aber auch Stellungnahmerechte bezüglich der unionalen Teile des CETA gemäß Art. 23 Abs. 2 und 3 GG, die ihm einen erheblichen Einfluss auf das Abstimmungsverhalten des deutschen Ratsvertreters gewähren.

Die Mitwirkung des Bundestags bei gemischten Abkommen beschränkt sich aber nicht auf die Zustimmung zum Abschluss nach Art. 59 Abs. 2 GG. Aushandlung wie Unterzeichnung und Abschluss des CETA als eines gemischten Abkommens obliegt den Unionsorganen bezüglich seiner von der EU-Zuständigkeit abgedeckten Teile. Der Bundestag und der Bundesrat können auf solche Abkommen dadurch Einfluss nehmen, dass sie auf das Abstimmungsverhalten des deutschen Regierungsvertreters im Rat bei der abschließenden Ratsabstimmung über den Abschluss des Abkommens nach Art. 207 Abs. 4, Art. 218 Abs. 6 AEUV einwirken.

Doch erfolgt die Beschlussfassung im Rat über den Abschluss des Abkommens für die EU erst nach dem Verhandlungsprozesses und auch nach der Praxis der Organe erst nach dem Abschluss aller nationalen Ratifikationsverfahren. Dem vorgelagert ist der Beschluss im Rat über die Unterzeichnung des Abkommens, mit dem zugleich im Rat üblicherweise die vorläufige Anwendung eines Abkommens beschlossen werden kann, Art. 218 Abs. 5 AEUV.

Nach § 1 EUZBBG wirkt der Bundestag in Angelegenheiten der EU an der Willensbildung des Bundes mit; er hat ein frühzeitiges Informations- und Stellungnahmerecht gemäß Art. 23 Abs. 2 und 3 GG, §§ 3, 6, 8 EUZBBG zur Mitwirkung an Rechtssetzungsakten. Der Bundestag hat auf diese Weise die Möglichkeit, durch seine Stellungnahme über den Weg des deutschen Ratsvertreters bereits frühzeitig die Verhandlungen beeinflussen zu können und durch seine Stellungnahme das Abstimmungsverhalten des deutschen Ratsvertreters bei der Beschlussfassung im Rat über Unterzeichnung, Abschluss, aber auch über das Ob und den Umfang einer vorläufigen Anwendung des CETA durch die Union zu beeinflussen.

Dieses Stellungnahmerecht gewährt dem Bundestag aber kein Recht, das Abstimmungsverhalten des deutschen Ratsvertreters bindend vorzugeben.

⁶¹ Vgl. *Rudolf Streinz*, Disputes on TTIP: Does the Agreement Need the Consent of the German Parliament?, in: Christoph Herrmann/Bruno Simma/Rudolf Streinz (Hrsg.), Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship, GS Horst G. Krenzler, 2015, S. 291 (zum TTIP); *Patricia Wiater*, Föderalismus „hoch zwei“: Zur Rolle der deutschen Länder bei der Ausgestaltung der gemeinsamen Handelspolitik der EU, AöR (139) 2014, 528 ff.

Der Bundestag kann mit seinen Stellungnahmen gegenüber der Bundesregierung die Unterzeichnung, den Abschluss oder die vorläufige Anwendung des CETA nicht verhindern. Das Abkommen ist, soweit es von der alleinigen EU-Zuständigkeit erfasst ist, insbesondere nicht von einer Zustimmung des Bundestags abhängig, es sei denn, die Integrationsverantwortung geböte etwas anderes (dazu sogleich d). Zwar ist die Bundesregierung gehalten, ihren Verhandlungen auf europäischer Ebene, insbesondere im Ministerrat, eine Stellungnahme des Bundestags zugrunde zu legen (§ 8 Abs. 2 EUZBBG), so dass die Stellungnahme die Basis für die Haltung des deutschen Ratsvertreters darstellt, doch kann die Bundesregierung aus wichtigen außen- und integrationspolitischen Gründen davon abweichen (§ 8 Abs. 4 Satz 6 EUZBBG). Sie muss dies dem Bundestag gegenüber allerdings begründen. Ohnehin kann die Bundesregierung im Rat überstimmt werden, sofern – wie grundsätzlich – die Beschlussfassung im Rat über ein völkerrechtliches Abkommen nur mit qualifizierter Mehrheit erfolgt, s. Art. 207 Abs. 4, Art. 218 Abs. 8 AEUV). Dann führte selbst eine ausnahmslose Bindung der Bundesregierung an die Bundestagsstellungnahme nicht unbedingt zu einem Beschlussergebnis im Rat im Sinne der Bundestagsvorgabe. Wenn die unionale Beschlussfassung im Rat über CETA aber der Einstimmigkeit bedürfte, würde eine ablehnende Stellungnahme des Bundestags über eine Bindung des deutschen Regierungsvertreters im Rat allerdings überaus relevant.⁶²

Eine genauere Analyse zeigt indes, dass es im Ergebnis wohl keiner Einstimmigkeit im Rat für seine Beschlüsse über Unterzeichnung, Abschluss und auch über die vorläufige Anwendung bedarf:

Die Notwendigkeit einer Einstimmigkeit im Rat für Aushandlung und Abschluss könnte sich beim CETA infolge Art. 207 Abs. 4 UAbs 2 ergeben, weil es Regelungen zum geistigen Eigentum und zu den Direktinvestitionen enthält. Dann müsste insoweit für die Annahme interner Vorschriften Einstimmigkeit erforderlich sein.

Für den Bereich des geistigen Eigentums ist das Einstimmigkeitserfordernis nach Art. 118 Abs. 2 AEUV wegen der für den Eigentumsschutz häufig notwendigen Sprachenregelung für die Schutztitel zu beachten. Allerdings dürfte das CETA nicht Regelungen erfordern, die aus sich heraus bereits die Notwendigkeit einer Sprachenregelung begründen.⁶³

Im Bereich des Investitionsschutzes können nur Maßnahmen nach Art. 64 Abs. 3 AEUV oder Art. 65 Abs. 4 AEUV die Einstimmigkeit auslösen, die Rückschritte in der Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Kanada herbeiführen. Das ist nicht ohne weiteres erkennbar.⁶⁴

Als letztes Argument für die Einstimmigkeit im Rat nach Art. 207 Abs. 4 UAbs. 2, wonach der Rat einstimmig beschließen muss, wenn ein Bereich betroffen ist, in dem die EU interne Rechtsetzung der Einstimmigkeit unterliegt, bliebe infolge Art. 113 AEUV und den anderen steuerrechtlichen Harmonisierungskompetenzen nach Art 115, 192 Abs. 2 S. 1 a), 194 Abs. 3 und 223 Abs. 2 AEUV das Gebot der Einstimmigkeit bei steuerrechtlichen Harmonisierungen. Eine solche steuerrechtliche Harmonisierung soll nach einer in der Literatur geäußerten Ansicht in Art 2.6 CETA zu erkennen sein, und zwar insoweit, als

⁶² *Streinz* (Fn. 61), S. 282 weist darauf hin, dass eine Bindungswirkung einer ablehnenden Stellungnahme des BT für den deutschen Ratsvertreter auch mit EU-Recht vereinbar sein müsse. Sicherlich kann man nicht argumentieren, dass aus Loyalitätsgründen, Art. 4 Abs. 3 EUV, der Bundestag verhindert wäre, dem deutschen Ratsvertreter eine Ablehnung des Abkommens aufzugeben. Denn die demokratische Rückbindung des Ratsvertreters an sein Parlament ist in Art. 10 Abs. 2 UAbs. 2 EUV unionsrechtlich verankert. Wenn der Bundestag damit über seinen Einfluss auf den deutschen Ratsvertreter unionale Rechtsakte verhindert, ist das unionsrechtlich unbedenklich. Das Loyalitätsgebot gebietet keine Zustimmung zum gemischten Abkommen, so *Streinz* (Fn. 61), S. 287. Die deutsche Rechtslage wird dem notwendigen Ausgleich zwischen parlamentarischer Kontrolle und den Verhandlungsnotwendigkeiten des deutschen Ratsvertreters gerecht, vgl. *Streinz* (Fn. 61), S. 290; *ders.* in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz: GG, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 23, Rn. 114.

⁶³ S. auch Björn Schiffbauer, *EuZW* 2016, 252 (255)

⁶⁴ Schiffbauer, *EuZW* 2016, 252 (255) argumentiert hingegen, dass die durch CETA vorgegebene Beendigung bilateraler Investitionsschutzabkommen im Einzelfall einen Rückschritt in der Kapitalverkehrsfreiheit herbeiführen könnte. Die bloße Möglichkeit genügt aber nicht; die Einstimmigkeit nach Art. 64 Abs. 3 AEUV fordert eine definitive Herbeiführung eines Rückschritts.

damit auch Ausfuhrsteuern untersagt werden. Dann würde Art 2.6 CETA das Bedürfnis nach Einstimmigkeit für die Ratsbeschlussfassung über CETA auslösen.⁶⁵ Demgegenüber ist einzuwenden, dass Art 2.6 CETA keine Steuerrechtsharmonisierung herbeiführt. Art. 2.6 CETA untersagt Ausfuhrzölle und damit vergleichbare Steuern. Dies unterfällt unter die alleinige EU-Zuständigkeit für das Gemeinsame Zollregime (Art. 3 Abs. 1 a), Art. 28 AEUV). Ferner untersagt Art 2.6 CETA höhere interne Steuern auf Ausfuhren als auf im Inland in Verkehr gebrachte Waren. Damit enthält Art. 2.6 CETA ein Diskriminierungsverbot, ermöglicht aber durchaus die Einführung von Ausfuhrsteuern in dem Sinne, dass ein EU-Mitgliedstaat auch Ausfuhren mit internen Verbrauchs- oder Umsatzsteuern belegt. In Deutschland sind derzeit die Ausfuhren umsatzsteuerfrei, doch könnte das geändert werden. Art 2.6 CETA stünde dem nicht entgegen und würde nur die Auferlegung einer höheren, diskriminierenden Steuer untersagen. Dieses Diskriminierungsverbot ist von Art. 207 AEUV erfasst, lässt aber die inhaltliche Steuerregelung, die allenfalls unter die geteilte EU-Zuständigkeit fällt, unberührt. Somit enthält Art. 2.6 CETA keine Steuerharmonisierung, die das Bedürfnis nach Einstimmigkeit auslösen würde.

Das Einstimmigkeitserfordernis nach Art. 207 Abs. 4 Uabs. 3 AEUV greift wohl nicht ein: Audiovisuelle Dienstleistungen sind vom Niederlassungsrecht und vom Diskriminierungsverbot ausgenommen (Art. 8.2.3 CETA); Art. 7.7 CETA stellt klar, dass CETA nicht die öffentliche Unterstützung audiovisueller Dienste in der EU betrifft); die kulturelle und sprachliche Vielfalt ist durch CETA daher wohl nicht beeinträchtigt. Dienstleistungen des Sozial-, Bildungs- und Gesundheitssektors können von den Dienstleistungsregeln des CETA durchaus erfasst werden⁶⁶; das Einstimmigkeitserfordernis im Rat wird aber erst ausgelöst, wenn die „einzelstaatliche Organisation dieser Dienstleistungen ernsthaft“ gestört werden und die nationale Verantwortlichkeit beeinträchtigt würde (lit. b). Diese Anforderungen sind damit einerseits recht hoch, andererseits aber wenig spezifisch und konkret.⁶⁷ Insoweit lässt sich aus derzeitiger Sicht eine Einstimmigkeit im Rat nicht fordern.⁶⁸

Somit ist insgesamt kein Grund erkennbar, der ein Einstimmigkeitserfordernis für die Ratsbeschlussfassung auslöst.

Die Praxis im Rat ist bei gemischten Abkommen aber dergestalt, dass auf Einstimmigkeit im Rat Wert gelegt wird. Allerdings ist diese Einstimmigkeitspraxis nur ein Gebot politischer Klugheit und insoweit nicht unionsverfassungsrechtlich unterlegt.

Bejaht man hingegen ein Einstimmigkeitserfordernis, so würde die nicht nur für den Abschluss und die Unterzeichnung gelten, sondern auch für den Ratsbeschluss über die vorläufige Anwendung. Art. 207 Abs. 4 bezieht sich mit seinem Einstimmigkeitserfordernis zwar wörtlich nur auf den Abschluss und die Aushandlung. Der Beschluss über die vorläufige Anwendung wird nach Art 218 Abs. 5 erlassen. Die Regelungen des Art. 218 gelten ergänzend zu denen nach Art 207 AEUV, so dessen Abs. 3. Nur soweit Art 207 besondere, abweichende Regelungen enthält, geht letzterer vor. Damit findet für die Beschlussfassung über die vorläufige Anwendung auch Art. 207 Abs. 4 Anwendung. Im übrigen würde aus Art. 218 Abs. 8 nichts anderes folgen. Art. 218 Abs. 8 gilt für das gesamte Verfahren.⁶⁹

Im Rat ist somit für den Abschluss und die vorläufige Anwendung eine Einstimmigkeit nicht notwendig. Auf sie wird aber politisch Wert gelegt. Die Möglichkeit des Bundestags, die Abstimmung des deutschen Ratsvertreters zu beeinflussen, bleibt damit überaus virulent.

d) Das Stellungnahmerecht des Bundestags erstarkt infolge seiner Integrationsverantwortung zu einem Zustimmungsrecht zu der Mitwirkung des deut-

⁶⁵ Schiffbauer, EuZW 2016, 252 (257).

⁶⁶ Allerdings sind weite Bereiche ausgenommen nach Anhang II. Zu den diesbezüglichen Lücken aber *Nettesheim*, Die Auswirkungen von CETA auf den politischen Gestaltungsspielraum von Ländern und Gemeinden, Gutachten für das Staatsministerium Baden-Württemberg, 2016, S. 13-15, 25 ff. Bezüglich der bestehenden Unvereinbarkeiten im Bereich Gesundheits-, Sozial und Bildungsdienstleistungen, die im Anhang I aufgelistet und von der Anwendung zahlreicher Bestimmungen des CETA ausgenommen sind, zeigt sich aber, dass zwar bestehende Unvereinbarkeiten fortgeführt werden, dass aber einem Ausbau der Unvereinbarkeit mit den CETA Anforderungen eine Sperre gesetzt wurde. Bereits erfolgte Liberalisierung kann dann nicht zurückgenommen werden, s. ebda S. 13, und konkret in den Art. 8.15.1 c), Art. 9.7.1 c), Art. 13.10.1 c), Art. 13.10.2 c), Art. 14.4.1 c) CETA.

⁶⁷ Zur schwierigen Handhabung dieser Anforderungen *Markus Krajewski*, The Reform of the Common Commercial Policy, in: Andrea Biondi/Piet Eeckhout/Stefanie Ripley (Hrsg.), EU Law after Lisbon, 2012, S. 292 ff.

⁶⁸ A.A. *Streinz* (Fn. 61), S. 286 f. wegen der Regelungen zu Investitionen und Geistigem Eigentum; Schiffbauer, EuZW 2016, 252 (255 f) wegen der Möglichkeit eines Rückschritts im Investitionsschutz und wegen einer Diskriminierung der EU-Unternehmen im Vergleich zu kanadischen Unternehmen im Hinblick auf die Investitionsschutzgarantien, deren Regelung einer Einstimmigkeit bedürfe.

⁶⁹ Schiffbauer, EuZW 2016, 252 (257 f).

schen Ratsvertreter bei der Beschlussfassung im Rat über die Ausübung wenig bestimmter EU-Zuständigkeiten (soweit das nicht dem Gebot der Verfassungsidentität widerspricht)

aa) Integrationsverantwortung des Bundestags für die Mitwirkung Deutschlands bei der Nutzung der EU-Kompetenz nach Art. 218 Abs. 9 AEUV

Nach den derzeitigen Regelungen bedarf die Beschlussfassung in den EU-Organen über die Teile eines gemischten Abkommens, die unter die ausschließlichen EU-Zuständigkeiten fallen, keiner Zustimmung durch den Bundestag. Das EUZBBG sieht, in Übereinstimmung mit Art. 23 Abs. 3 GG nur eine – die Bundesregierung nicht bindende - Stellungnahmemöglichkeit vor (dazu oben c).

Jedoch ist zu überlegen, ob aufgrund der Integrationsverantwortung des Bundestags für die Ausübung der bestehenden EU-Zuständigkeiten beim Abschluss des CETA die Mitwirkung des deutschen Ratsvertreter bei den Beschlüssen im Rat sogar der vorherigen Zustimmung unterliegt. Diese Fälle sind im IntegrationsVG⁷⁰ verzeichnet. Keiner jener Fälle ist hier einschlägig.

Jedoch ist das IntegrationsVG nicht abschließend (s. § 1 Abs. 1 IntVG: „insbesondere“).

Die Integrationsverantwortung tritt von Verfassungs wegen auf den Plan, wenn es um die Ausübung wenig konkreter Hoheitsübertragungen der EU geht. Das ist vorliegend relevant, weil die EU im CETA eine Vielzahl von Ausschüssen einrichtet, die zum Teil sehr weitreichende Zuständigkeiten haben.

Soweit die Beschlussfassungszuständigkeiten der im CETA vorgesehenen Ausschüsse nicht bereits vertragswidrig sind (etwa im Hinblick auf eine nach Art. 218 Abs. 9 AEUV unzulässige Veränderung der institutionellen Struktur und Abweichung von Art. 218 Abs. 7 AEUV, s. oben I.5.), sind sie nur insoweit verfassungsrechtlich unbedenklich, als diese Zuständigkeiten nicht nur auf Art. 218 Abs. 9 AEUV gestützt werden, sondern auch aufgrund einer Zustimmung des Bundestags hierzu verliehen werden, da mit ihnen von Regelverfahren des Unionsrechts abgewichen wird.

Die EU muss im Hinblick auf ihre Hoheitszuständigkeiten, ihre Organe und Entscheidungsverfahren demokratischen Grundsätzen entsprechen.⁷¹ Das erfordert ein hinreichendes demokratisches Legitimationsniveau, das auch im Hinblick auf den „Grad der Verselbständigung von Entscheidungsverfahren“ den Anforderungen entsprechen muss. Im Lissabon-Urteil hat das BVerfG das nur dadurch gesichert gesehen, dass der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung auch verfahrensrechtlich durch Einbezug des Bundestags gesichert wird.⁷² Denn für die Legitimation ist nach Ansicht der BVerfG nach wie vor notwendig, dass der Bundestag „im Mittelpunkt“ des demokratischen Systems steht.⁷³ Das ist angesichts der Weite der durch Art. 218 Abs. 9 AEUV auf Vertragsgremien übertragbaren Entscheidungszuständigkeiten nicht gesichert. Art. 218 Abs. 9 2. Alt AEUV mag zwar als unionsrechtliche Grundlage

⁷⁰ Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union v. 22.9.2012, BGBl I S. 3022.

⁷¹ BVerfGE 123, 267 (364).

⁷² BVerfGE 123, 267 (370).

⁷³ BVerfGE 123, 267 (371).

für die Errichtung beschlussfassender Vertragsgremien dienen und insofern grundsätzlich genügen, doch enthält diese Norm keine konkrete Eingrenzung der diesen Gremien übertragbaren Zuständigkeiten. Klar ist nur, dass die Beschlüsse der Vertragsgremien rechtswirksame Akte sind; den Vertragsorganen könnten somit verbindliche Entscheidungszuständigkeiten bis hin auch zu Rechtsetzungszuständigkeiten übertragen werden. Wie weit das gehen darf, ist Art. 218 Abs. 9 AEUV aber nicht zu entnehmen.

Die der EU insoweit übertragene Kompetenz ist recht wenig bestimmt.

Grundgesetzlich stellt sich damit die Problematik, ob eine so wenig präzise, nahezu uferlose Zuständigkeitszuschreibung für Vertragsgremien, wie sie das Unionsrecht in Art. 218 Abs. 9 2. Alt AEUV ermöglicht, noch den verfassungsrechtlich nach Art. 79 Abs. 3 GG iVm Art. 20 GG unabdingbar gebotenen demokratischen Grundsätzen entspricht. Blankettermächtigungen sind unzulässig.⁷⁴ Die Unbestimmtheit des Art. 218 Abs. 9 2. Alt AEUV insoweit ist damit geeignet, grundsätzliche demokratische Bedenken auszulösen.

Hier treten die Anforderungen der Integrationsverantwortung des Bundestags für die Entfaltung des im Primärrecht angelegten Integrationsprogramm und insbesondere für die Ausübung von EU-Zuständigkeiten auf den Plan, die gewisse Weiterentwicklungen des Integrationsprogramms ermöglichen, auch wenn die EU-Zuständigkeit für die Errichtung von und Zuständigkeitszuweisung an Vertragsgremien grundsätzlich in Art. 218 Abs. 9 AEUV ihre Grundlage findet. Das BVerfG hat für etliche primärrechtliche EU-Regelungen festgehalten, dass ihre Aktivierung durch die EU-Organe eines vorherigen Beschlusses oder gar eines Bundestagsgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 GG bedarf.⁷⁵ Dabei geht es nicht nur um vereinfachte Primärrechtsänderungen, sondern auch um die Verselbständigung von Entscheidungsverfahren in der EU; denn infolge solcher Verselbständigungen ist nicht stets noch sicher vorhersehbar, ob das demokratische Legitimationsniveau der von der EU ausgeübten Hoheitsgewalt in jedem Einzelfall gesichert ist.⁷⁶

Eine solche Problematik der Verschiebung von Zuständigkeiten an den Parlamenten vorbei liegt auch bei der Einsetzung beschlussfassender Vertragsgremien vor, zumindest dann, wenn sie für mehr als bloß technische Umsetzungsfragen zuständig sein sollen, wie es hier beim CETA der Fall ist, insbesondere im Hinblick auf die Zuweisung allgemeiner Regelsetzungszuständigkeiten, die an sich dem Gesetzgeber zukommt.

Für die Ausübung dieser bereits an die EU übertragenen, aber wenig bestimmten EU-Zuständigkeiten wird die Integrationsverantwortung relevant. Konkret eingefordert hat das BVerfG dies für die Kompetenzergänzungsklausel des Art. 352 AEUV, obgleich diese Regel recht klar umrissene Anforderungen an die Ausübung der Zuständigkeit der EU in materieller (Beitrag zur Zielerreichung) wie verfahrensrechtlicher Hinsicht (Einstimmigkeit im Rat, Zustimmung des Europäischen Parlaments) stellt. Die Ausübung dieser Zuständigkeit bedarf eines vorherigen Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 GG im Bundestag.⁷⁷ So ist es nun in § 8 IntVG festgelegt. Vergleicht man Art. 352 AEUV mit der Zuständigkeit der EU in Art. 218 Abs. 9

⁷⁴ BVerfGE 123, 267 (351).

⁷⁵ BVerfGE 123, 267 (355 f., 384 ff.).

⁷⁶ BVerfGE 123, 267 (390).

⁷⁷ BVerfGE 123, 267 (395).

AEUV, in völkerrechtlichen Abkommen Vertragsgremien mit eventuell weitreichenden Entscheidungsbefugnissen auszustatten, ergibt sich, dass letzterer deutlich unbestimmter als Art. 352 AEUV ist. Auch gibt es keinerlei verfahrensrechtliche Sicherungen. Art. 218 Abs. 9 AEUV verankert, wie der EuGH kürzlich feststellte, ein vereinfachtes Verfahren.⁷⁸ Art. 218 Abs. 9 bringt eine Abweichung der sonst in der EU einzuhaltenden Verfahren für die Eingehung bindender völkerrechtlicher Verpflichtungen mit sich, die insbesondere im Handels- und Investitionsschutzbereich auch die Zustimmung des Europäischen Parlaments erfordern (Art. 218 Abs. 6 AEUV).

Die Ausübung der EU-Zuständigkeit zur Errichtung solcher Gremien und Festlegung ihrer Befugnisse in einem Abkommen wie CETA ist daher aufgrund der Integrationsverantwortung vom Bundestag zu begleiten, und zwar nicht erst, wenn das Abkommen durch Beschluss des Rates endgültig abgeschlossen wird, sondern bereits dann, wenn der Rat diese Regelungen auch nur vorläufig in Kraft setzt (dazu näher 2.).

Infolge der erheblichen Unbestimmtheit des Art. 218 Abs. 9 löst die **Integrationsverantwortung schon für das bloße Einrichten solcher Gremien einen Zustimmungsvorbehalt nach Art. 23 Abs. 1 GG aus.**⁷⁹

Damit ist aber nicht sogleich gesagt, dass der Bundestag mit einem Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 GG alle im CETA vorgesehenen Zuständigkeitsübertragungen auf die Ausschüsse überhaupt beschließen darf. Denn eine Selbstentmachtung durch Blankettermächtigungen bleibt ihm untersagt. Die auf die EU übertragene Hoheitsgewalt muss demokratisch legitimiert sein und daher müssen die übertragenen EU-Zuständigkeiten in ihrer Auslegung und Anwendung auf die Zustimmung des Bundestags nach Art. 23 Abs. 1 GG zurückgeführt werden können. Auch der Bundestag kann keine Hoheitsrechte übertragen, mit deren Ausübung eine Verletzung der Verfassungsidentität nach Art. 79 Abs. 3 einhergeht.⁸⁰ Das damit verbürgte Demokratieprinzip verlangt, dass auch die Union und die von ihr ausgelöste Hoheitsausübung selbst hinreichend demokratisch legitimiert ist.⁸¹

Bedenklich insoweit sind offene, nicht weiter qualifizierte Rechtsetzungsermächtigungen an die Ausschüsse, insbesondere wenn diese grundrechtswesentliche Fragen betreffen und keinerlei inhaltlich determinierende Vorgaben und Verfahrensabsicherungen im Hinblick auf eine Mitwirkung parlamentarischer Gremien bieten. Völkerrechtliche Vertragsgremien wie die im CETA vorgesehenen Ausschüsse nehmen dann Rechtsetzungsfunktionen wahr, die von den normalen Verfahren der Rechtsetzung in der EU unter Beteiligung des Europäischen Parlaments abweichen. **Überaus bedenklich in dieser Hinsicht sind Art. 8.28.7 (Befugnis zum Erlass einer Verfahrensordnung für das Berufungsgericht), Art. 8.44.2 und .3 (Befugnis**

⁷⁸ EuGH, Urt. v. 6.10.2015, Rs C-73/14, Rat / Kommission, ECLI:EU:C:2015:663, Rn. 65: „vereinfachtes Verfahren ... zur Anwendung oder Durchführung dieser Übereinkunft“.

⁷⁹ Dass der Bundestag dem Vertrag von Lissabon zugestimmt hat, deckt eine solch wenig bestimmte Zuständigkeit zur Übertragung von Entscheidungen auf Vertragsorgane entgegen Hoffmeister, AVR 2015, 35 (47) kaum ab. Das BVerfG hat gerade deutlich gemacht, dass die Integrationsverantwortung auch für den Primärrechtsvollzug gilt und der Bundestag seine Zustimmung insoweit „nicht ... ‘auf Vorrat’ erteilen dürfe“, so mit Recht *Franz Möller/Martin Limpert*, Die Parlamentarisierung der politischen Willensbildung in europäischen Angelegenheiten, ZG 2013, 44 (48).

⁸⁰ BVerfG, Az 2 BvR 2728/13 u a vom 21.6.2016, Rn 137.

⁸¹ BVerfG, Az 2 BvR 2728/13 u a vom 21.6.2016, Rn 115.

zum Erlass eines Verhaltenskodexes für die Richter und von Verfahrens- und Transparenzregeln) und Art. 21.7.5 CETA (Befugnis zur Regelung von Details zur Umsetzung der Produktwarnungen unter Einschluss von Datenschutz und Vertraulichkeitsregeln). Insofern erscheint die Zuständigkeit der EU nach Art 218 Abs. 9 ohne weitere inhaltliche oder verfahrensrechtliche Sicherungen zu unbestimmt und die nicht näher qualifizierte Zuständigkeitsübertragung an ein keiner demokratischen Rückkopplung unterliegendes CETA Gremium nicht vereinbar mit den Geboten der Verfassungsidentität aus Art. 23 Abs. 1 iVm Art. 79 Abs. 3 GG (Demokratieprinzip).

bb) Verfassungsändernde Mehrheit nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG infolge der Einrichtung neuer Hoheitsträger (soweit zulässig)

Die Zustimmung des Bundestags (und Bundesrats) zur Hoheitsübertragung auf Vertragsorgane nach Art. 218 Abs. 9 AEUV, soweit nach oben stehenden Ausführungen zulässig, erfolgt zunächst nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrats. Das gilt jedenfalls soweit, wie das CETA Vertragsgremien mit sehr begrenzten Entscheidungszuständigkeiten vorsieht. Im bestehenden Integrationsprogramm ist die Errichtung (nach obigen Ausführungen: begrenzt) entscheidungsbefugter Vertragsgremien durch die Zustimmung zum Vertrag von Lissabon zur Kompetenz nach Art. 218 Abs. 9 AEUV an sich abgedeckt, soweit diese Gremien nur nachgeordnete Umsetzungszuständigkeiten haben. Doch gehen die Zuständigkeiten dieser Gremien über die bloße Konkretisierung von CETA und den Erlass technischer Durchführungsakte (wie etwa die Entscheidung über den Ausschluss eines Richters nach Art. 8.30.4, oder über die Veränderung der Richterzahl und die Vergütung, Art. 8.27.3 und .15 CETA) hinaus, wie oben I. 5. dargelegt. Die im CETA errichteten Ausschüsse haben verschiedene Zuständigkeiten, die einerseits über solche Durchführungskonkretisierung hinausgehen, andererseits nicht die Ebene der nach den vorstehend aa) Ausgeführten unzulässigen Rechtsetzungszuständigkeit erreichen, wie etwa zu abweichenden Verfahren über Informationsaustausch nach Art 5.11.3, über die Ausweitung des Begriffs des Geistigen Eigentums nach Art. 8.1, oder über den Inhalt der Verpflichtung zu gerechter und billiger Behandlung (Art. 8.10.3), oder über den Zuständigkeitsübergang auf einen Multilateralen Investitionsgerichtshof (Art. 8.29 CETA), oder über die Anwendbarkeit von Ausnahmen (Art. 13.21.3 und .4 CETA).

Insofern ist Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG einschlägig, weil in der Schaffung von neuen **Gremien, die erhebliche Entscheidungsbefugnisse haben, eine einer Änderung der vertraglichen Grundlage vergleichbare Regelung** zu sehen ist. **Es werden neue, im bisherigen Integrationsprogramm nicht vorgesehene Hoheitsträger eingerichtet.**

Die Zustimmung des Bundestags zu solchen EU-Abkommen ist somit als eine einer Änderung der EU-Verträge vergleichbare Regelung nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG anzusehen. Die in der Errichtung neuer Hoheitsträger liegende materielle GG-Änderung löst das Bedürfnis nach einer **Zustimmung im Bundestag und Bundesrat mit einer Zweidrittelmehrheit** gemäß Art. 23 Abs. 1 iVm Art. 79 Abs. 2 GG aus.⁸² Diese Anforderung gilt nicht erst bei der abschließenden Zustimmung zur deutschen Ratifikation eines Abkommens wie CETA durch

⁸² Vgl. *Streinz* in *Sachs*, GG, 6. Aufl 2014, Art. 23, Rn. 72, 82.

den Bundestag, die an sich nach Art. 59 Abs. 2 GG läuft.⁸³ Vielmehr wäre dies bereits für die Mitwirkung Deutschlands im Rat beim unionalen Abschluss des Vertrags nach Art. 218 Abs. 6 AEUV zu fordern. Eine deutsche Zustimmung zu CETA im Rat bedürfte der vorherigen Beschlussfassung im Bundestag mit einer 2/3 Mehrheit. Sofern bei einer vorläufigen Anwendung damit auch die Zuständigkeiten der Vertragsgremien vorläufig angewendet werden (so im CETA vorgesehen, Art. 30.7), müsste das wegen der rechtlichen Wirkungen auch schon für die deutsche Mitwirkung an der Ratsbeschlussfassung über die vorläufige Anwendung nach Art. 218 Abs. 5 AEUV gelten.

Somit bedarf – soweit CETA Regelungen über Ausschüsse mit Rechtsetzungszuständigkeiten wegen Verletzung der Verfassungsidentität infolge mangelnder demokratischer Rückbindung nicht unzulässig sind - **die Zustimmung der Bundesregierung zum Abschluss des CETA im Rat eines Zustimmungsgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG mit einer 2/3 Mehrheit in Bundestag und Bundesrat. Das gilt auch schon für die Zustimmung im Rat zur vorläufigen Anwendung des CETA, sofern dabei nicht die Regelungen über die erheblichen, über die Durchführung hinausgehenden Beschlussfassungszuständigkeiten der Ausschüsse von der vorläufigen Anwendung ausgenommen werden** (wie es oben wegen der begrenzten EU-Zuständigkeit als notwendig erachtet wird).

2. Bundestagsbeteiligung bei der Beschlussfassung im Rat über die vorläufige Anwendung von CETA

Die Beteiligungsrechte des Bundestags bei dem Abschluss des CETA als gemischtes Abkommen haben auch Relevanz für die vorläufige Anwendung des CETA, auch wenn diese auf die Bereiche, die in die Zuständigkeit der EU fallen, beschränkt würde. Nach dem Kommissionsvorschlag für die vorläufige Anwendung (Dok KOM (2016) 470) soll das CETA sogar umfassend vorläufig angewendet werden, unter Einschluss der Zuständigkeiten der Vertragsorgane. Das CETA geht in Art. 30.7.3. d) auch von der Tätigkeitsaufnahme der in ihm vorgesehenen Ausschüsse mit Beginn der vorläufigen Anwendung aus.

Damit hat die vorläufige Anwendung die gleiche rechtliche Bedeutung wie eine endgültige. Dies wird besonders deutlich, wo das auch nur vorläufige Inkrafttreten zu endgültigen rechtlichen Folgen führt. Wie schon dargelegt (s. oben III.2.), ist das für die Entscheidungen der Investitionsschutztribunale und deren Zuständigkeit auch noch drei Jahre nach Beendigung der vorläufigen Anwendung der Fall. Nach Art. 30.8.4 CETA können sogar auch noch binnen drei Jahren nach Beendigung der vorläufigen Anwendung, ohne dass das Abkommen in Kraft trat, Klagen erhoben und somit Schiedsurteile möglich werden. Damit zeitigt selbst eine bloß vorläufige, später beendete vorläufige Anwendung insoweit also endgültige Rechtsfolgen,

⁸³ Angesichts nationaler Zuständigkeiten bei gemischten Abkommen ist die Zustimmung des Bundestags nach Art. 59 Abs. 2 GG eigentlich auf diesen Teil des Abkommens beschränkt. Gleichwohl greift Art. 23 Abs 1 GG wegen der Übertragung von neuen Hoheitsrechten auf Vertragsgremien ein. Ein Vertragsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG allein könnte nicht die Übertragung von Hoheitsrechten begründen, *Streinz*, in *Sachs*, GG, 6. Aufl 2014, Art. 23, Rn. 63.

ohne dass die nationalen Parlamente oder auch nur das Europäische Parlament konstitutiv an der vorläufigen Anwendungsentscheidung mitwirken können sollen. Die Verpflichtungen aus

dem CETA treffen in der Zeit der vorläufigen Anwendung, und für den Investitionsschutzbereich wie gesehen auch danach, auch die Bundesrepublik.

Daher bedarf – wie schon angedeutet – nicht zuletzt aufgrund der Integrationsverantwortung (dazu bereits oben 1. d) **bereits die Beschlussfassung im Rat über die vorläufige Anwendung des Abkommens nach Art 218 Abs. 5 AEUV der Zustimmung des Bundestags und des Bundesrats. Dies ergibt sich zum einen aus Art. 59 Abs. 2 GG wegen der bereits mit der vorläufigen Anwendung einhergehenden Inpflichtnahme der Bundesrepublik aus dem Investitionsschutzkapitel, ferner infolge der Integrationsverantwortung mit der gebotenen 2/3 Mehrheit aus Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG infolge der Errichtung neuer Hoheitsträger im CETA in Form von Ausschüssen mit weitreichenden Zuständigkeiten. Davon kann nur dann abgesehen werden, wenn die Bestimmungen über den Investitionsschutz und die Regelungen über die über bloße Durchführung hinausgehenden Beschlussfassungszuständigkeiten der Ausschüsse von der vorläufigen Anwendung ausgenommen werden.**

V. Rechtliche Probleme der aktuellen Kommissionsplanung zu Abschluss und vorläufiger Anwendung des CETA

1. Widersprüchliche Signale der EU Kommission

Die Europäische Kommission hat Anfang Juli 2016 ihre Vorschläge für den Beschluss des Ministerrats der EU gemäß Art. 218 Abs. 5 AEUV zur Unterzeichnung (Dok KOM (2016) 444 final), zum Abschluss (Dok KOM (2016) 443 final) und zur vorläufigen Anwendung des CETA (Dok KOM (2016) 470 final) vorgelegt. Der Vorschlag für einen Beschluss zur Unterzeichnung und zur vorläufigen Anwendung erfolgte erstmals getrennt. Diese Sondersituation erklärt sich aus dem Inhalt der Vorschläge. Während der Vorschlag für einen Beschluss zur Unterzeichnung des CETA von einem Abschluss des CETA als ein gemischtes Abkommen ausgeht (und so auch der Beschluss zum Abschluss), also unter Einbezug aller Mitgliedstaaten als Vertragspartei, sieht der Vorschlag für die vorläufige Anwendung des CETA – obschon es auch dort als Abkommen der EU und ihrer Mitgliedstaaten bezeichnet wird - seine vollständige vorläufige Anwendung vor; letzteres impliziert die umfassende alleinige Zuständigkeit der EU. Die Vorschläge gehen somit von einer unterschiedlichen Beurteilung des Umfangs der Zuständigkeit der EU aus; sie widersprechen sich insoweit.

Denn eine Unterzeichnung als gemischtes Abkommen hat nur zu erfolgen, wenn CETA über die ausschließlichen EU-Kompetenzen hinausgeht und auch die der Mitgliedstaaten berührt. In diesem Falle kann eine vorläufige Anwendung dann aber auch nur teilweise, nämlich nur insoweit erfolgen, als die Abkommensinhalte von der ausschließlichen EU-Kompetenz abgedeckt sind. Die übrigen Inhalte würden keine vorläufige Anwendung finden. Die Kommission müsste dann konsequenterweise dem Rat nur eine begrenzte und keine vollständige vorläufige Anwendung des CETA vorschlagen. Da die vorläufige Anwendung eines Abkommens der EU gemäß Art. 218 Abs. 5 AEUV nur vom Ministerrat beschlossen wird, kann dies unstrittig nur insoweit erfolgen, als die Bestimmungen des CETA von ausschließlichen EU-Kompetenzen abgedeckt sind. Das CETA Abkommen sieht die Möglichkeit einer nur begrenzten vorläufigen Anwendung vor, s. Art. 30.7.3, insbesondere lit. (b) und (d) CETA.

Dieser Unterschied zwischen den Beschlussvorschlägen der Kommission wird auf den ersten Blick dadurch erklärbar, dass die Kommission die vorgeschlagene Unterzeichnung als gemischtes Abkommen als rein politisches Zugeständnis ansieht und sie an ihrer Rechtsauffassung, CETA sei vollständig von der EU-Zuständigkeit erfasst, festhält. Die Kommission verweist in der Begründung ihrer Vorschläge (dort S. 5 bzw. S. 4) gleichlautend darauf, dass „viele Mitgliedstaaten ... eine andere Auffassung zum Ausdruck gebracht [haben]. Angesichts dessen und um die Unterzeichnung des Abkommens nicht zu verzögern, hat die Kommission beschlossen, die Unterzeichnung des Abkommens als gemischtes Abkommen vorzuschlagen. Der Standpunkt der Kommission [den sie in ihrem Gutachtenantrag zu dem Freihandelsabkommen mit Singapur (Rs. A-2/15) formuliert hat; W.W.] bleibt davon jedoch unberührt.“⁸⁴

⁸⁴ Vgl. auch die Presseerklärung hierzu, IP 16-2371.

Tatsächlich ist die Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten für den Abschluss solch umfangreicher Freihandelsabkommen sehr umstritten.

Unbeschadet dieser hier nicht aufzugreifenden, bereits vielfach erörterten Streitfrage sind die EU-Organe unionsrechtlich jedoch an einem solchen inkonsistenten Vorgehen gehindert (dazu II.). Diese Inkonsistenz, die – vorausgesetzt sie wäre rechtens - zu einer hybriden Natur des CETA Abkommens führt, begegnet durchgreifenden verfassungsrechtlichen Einwänden auch im Hinblick auf die Relevanz der nationalen Ratifikationen von CETA für seine dauerhafte Anwendung (dazu III.). Die hybride Natur macht im Ergebnis die nationalen Ratifikationen zum sinnentleerten Geschehen, was nicht dem Gebot der Achtung der grundlegenden parlamentarischen Funktionen der Mitgliedstaaten entspricht (Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV).

2. Rechtliche Problematik der Aufteilung in zwei inkonsistente Ratsbeschlüsse

a) Kompetenzproblematik gemischter Abkommen bei ausschließlicher EU-Zuständigkeit

Dass die EU ein Abkommen als ein gemischtes Abkommen schließt, hat neben kompetenziellen Gründen häufig auch politische Ursachen.⁸⁵ Insbesondere wird auf diese Weise die Unterstützung aus den Mitgliedstaaten sichergestellt. Ob vor diesem Hintergrund die Wahl eines gemischten Abkommens überhaupt Probleme rechtlicher Zulässigkeit aufwirft, ist nicht für alle denkbaren Konstellationen, die Anlass für die Wahl eines gemischten Abkommens geben können, geklärt. Eindeutig entsteht jedoch eine rechtliche Problematik, wenn ein vollständig von der ausschließlichen Zuständigkeit der EU erfasstes Abkommen als ein gemischtes Abkommen abgeschlossen werden soll. Dann ist der Einbezug der Mitgliedstaaten geeignet, die EU an der effektiven Wahrnehmung ihrer Kompetenz zu hindern. Hier wird die Kompetenzfrage zentral, auch wenn die Kommission die politische Bedeutung des Einbezugs der Mitgliedstaaten als Vertragsparteien von CETA betont.

Ob das CETA als ein EU-Only oder als ein gemischtes Abkommen abzuschließen ist, bestimmt sich nicht nach der Einschätzung von Rat oder Kommission, sondern ist – trotz ihrer Schwierigkeiten - eine objektive Rechtsfrage der Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten. Für die Wahl der richtigen Rechtsgrundlage von EU-Rechtsakten betont der EuGH stets, dass sie „auf objektiven und gerichtlich nachprüfbaren Umständen beruhen“ muss.⁸⁶ Die Wahrung des Rechts der EU ist dem EuGH anvertraut (Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV). Damit entscheidet für die Union verbindlich der EuGH, wie die Zuständigkeiten der EU ausulegen sind; er legt fest, ob aus EU-Sicht CETA vollumfänglich von der ausschließlichen EU-Zuständigkeit abgedeckt ist.⁸⁷

Die Reichweite der EU-Zuständigkeiten für CETA ist dabei einheitlich zu bestimmen sowohl für die Unterzeichnung des CETA als auch für seine vorläufige Anwendung. Es kann hier zu

⁸⁵ Piet Eeckhout, *EU External Relations Law*, 2. Aufl 2011, 220 ff.

⁸⁶ EuGH, Rs. C-137/12, ECLI:EU:C:2013:675, Rn. 52 - Europäisches Übereinkommen über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten.

⁸⁷ Diese Frage kann etwa durch ein Gutachtenantrag einer nationalen Regierung dem EuGH vorgelegt werden. Die Kommission hat dies bezüglich des Freihandelsabkommens mit Singapur selbst getan.

keiner Divergenz kommen. Wenn das Abkommen als gemischtes unterzeichnet und abgeschlossen werden muss, dann gilt diese Abkommensnatur auch für die Beurteilung der Reichweite der vorläufigen Anwendung des CETA. Es kann dann nicht kraft EU-Entscheidung vollumfänglich vorläufig angewendet werden. Die Kompetenzfrage ändert sich nicht je nach Verfahrensstand. Auch gibt der allein innerunional angelegte politische Grund für Unterzeichnung und Abschluss von CETA als gemischtes Abkommen keine rechtliche Grundlage für eine Differenzierung.

Wäre die EU vollständig alleine zuständig, würde sich grundsätzlich ein Abschluss als gemischtes Abkommen verbieten. Darin läge eine Beeinträchtigung der effektiven Wirkung von alleinigen EU-Zuständigkeiten⁸⁸ und eine Rückgabe von EU-Zuständigkeiten. Die EU kann über ihre Kompetenzen nicht ohne weiteres verfügen. Zuständigkeiten sind grundsätzlich nicht disponibel; das folgt aus der Eigenart von Tätigkeitszuweisungen an einen Hoheitsträger.⁸⁹ Der Rat kann nicht zugunsten der Mitgliedstaaten ganz oder zum Teil auf die EU-Zuständigkeiten verzichten. Vielmehr ist er gehalten, das Unionsinteresse an einer effektiven Vertretung der EU auf internationaler Ebene durchzusetzen und auf volle Ausübung der EU-Zuständigkeiten zu dringen. „Der Rat darf nicht zulassen, dass die Zuständigkeiten der [Union], wie sie im [AEUV] ausgestaltet sind, verfälscht werden.“⁹⁰ Ist eine Zuständigkeit ausschließlich der EU übertragen, können die Mitgliedstaaten nicht tätig werden, außer zur Umsetzung des EU-Rechts, oder nach einer Ermächtigung durch die EU gemäß Art. 2 Abs. 1 AEUV. Vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon wurde geltend gemacht, die EU könne sich ohne weiteres der Unterstützung der Mitgliedstaaten bedienen und daher auch dort rechtlich bedenkenlos gemischte Abkommen abschließen, wo sie dessen nicht bedürfte, weil sie allein handeln könnte.⁹¹ Diese Auffassung wird mit dem durch den Vertrag von Lissabon eingeführten Art 2 Abs. 1 AEUV, in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung des EuGH, dahingehend konkretisiert, dass eine explizite Ermächtigung an die Mitgliedstaaten nötig ist⁹², die aber ausweislich des Wortlauts von Art 2 Abs. 1 AEUV keinen inhaltlichen Schranken unterliegt.⁹³ Ohne eine solche Ermächtigung ist bei einem Abkommen, das insgesamt unter die alleinige EU-Zuständigkeit fällt, unionsrechtlich ein Abschluss als gemischtes

⁸⁸ S. Sattler, *Gemischte Abkommen und gemischte Mitgliedschaften der EG und ihrer Mitgliedstaaten*, 2007, 169.

⁸⁹ Vgl. Christoph Schaefer, *EuR* 2008, 721 (723); Rupert Stettner, *Grundfragen einer Kompetenzlehre*, 1983, 294.

⁹⁰ So GA Juliane Kokott, *SchI* in *Rs C-13/07*, Rn 83, allerdings in anderem Kontext.

⁹¹ So Martin Nettesheim, *Kompetenzen*, in *Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl 2009, S. 389 (434).

⁹² Bereits vor Lissabon hat der EuGH für ein nationales Tätigwerden im Bereich ausschließlicher EU-Zuständigkeiten eine Ermächtigung gefordert, *EuGH, Rs. C-41/76, Slg. 1976, 1921, Rn. 31/37 – Donckerwolke*; näher dazu Christoph Schaefer, *EuR* 2008, 721 (723 ff). Demgemäß sieht GA Kokott, *SchI* in *Rs C-13/07*, Rn. 60, Fn. 30 in Art 2 Abs. 1 AEUV eine Verankerung dieser Rechtsprechung.

⁹³ In der Literatur werden Einschränkungen einer Ermächtigung in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht gefordert; insbesondere wird eine konkrete Spezifizierung der Ermächtigung und damit eine Angabe ihrer Reichweite verlangt. Dazu nur Walter Obwexer, in *von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl 2015 Art. 2 AEUV, Rn. 19 mwN.

Abkommen nicht zulässig.⁹⁴ Die vor allem völkerrechtlich bedingten Sondersituationen, die gleichwohl die Wahl eines gemischten Abkommens auch unionsrechtlich legitimieren können, sind hier nicht einschlägig.⁹⁵

b) Keine Ermächtigung der Mitgliedstaaten durch Ratsbeschluss

Eine Ermächtigung ist eine rechtsförmliche (in der Form eines Sekundärrechtsakts erfolgende) Überlassung der Zuständigkeit durch die EU an die Mitgliedstaaten. Die Mitgliedstaaten erhalten dann wieder die Zuständigkeit für eine Regelung in diesem Bereich, und gestalten dies nach eigenem Interesse: Die Ermächtigung ist keine Übergabe nur der Zuständigkeitswahrnehmung an die Mitgliedstaaten für und im Interesse der EU. Die Ermächtigung befugt die Mitgliedstaaten vielmehr, dazu eigenbestimmt zu handeln. Das wird deutlich etwa anhand der Ermächtigung zu nationalen Investitionsschutzabkommen aufgrund von Art. 7 ff VO 1219/2012 (sog. BIT-ÜbergangsVO). Diese VO erlaubt auch die Ermächtigung zu bereits abgeschlossenen Abkommen. Die Mitgliedstaaten hatten noch nach Übertragung der Zuständigkeit für den Investitionsschutz (durch den Vertrag von Lissabon zum 1.12.2009) auf die EU bis zum 9.1.2013 Investitionsschutzabkommen abgeschlossen. Art. 12 Abs. 3 VO 1219/2012 erteilt der Kommission insoweit die Befugnis, unionsrechtlich über deren Aufrechterhaltung zu entscheiden („Ermächtigung zur Aufrechterhaltung“).⁹⁶ Darin ist eine Ermächtigung an die Mitgliedstaaten zum Abschluss dieser Abkommen zu sehen. Maßstab für die Erteilung der Ermächtigung ist die inhaltliche Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht und ihre Ausrichtung an den Zielen und Grundsätzen der EU (Art. 9 VO 1219/2012).

Die Mitgliedstaaten sind somit bei einer Ermächtigung nicht gebunden, nur für und im Interesse der EU tätig zu werden. Die Ermächtigung erlaubt vielmehr ein Handeln im Eigeninteresse. Das schließt aber ein Vorgehen der Mitgliedstaaten im Sinne der Ermöglichung einer gemeinsam abgestimmten Politik nicht aus. Erlaubt die Ermächtigung den Mitgliedstaaten somit, trotz einer alleinigen EU-Zuständigkeit bilaterale Abkommen abzuschließen, so kann die EU aufgrund von Art. 2 Abs. 1 AEUV erst recht die Mitgliedstaaten beim Abschluss eines EU-Only Abkommen einbeziehen und es als gemischtes abschließen.

⁹⁴ GA Kokott, SchlA in Rs C-13/07, Rn. 53, 60; Piet Eeckhout, EU External Relations Law, 2. Aufl 2011, 214; Christoph Herrmann, in Streinz/Ohler/Herrmann, Der Vertrag von Lissabon, 3. Aufl. 2010, 151; Wolfgang Weiß, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, 57. EL 2015, Art. 207, Rn. 91. Unklar Rudolf Mögele, in Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 40-42.

⁹⁵ Ein Sonderfall liegt vor, wenn die EU sich, obschon im Innenverhältnis zuständig, nicht an einem Vertragswerk oder einer Internationalen Organisation beteiligen darf, weil ihrem Beitritt völkerrechtliche Hürden entgegenstehen, etwa eine Regel, wonach nur Staaten beitreten können. Dann handeln die MS für sie, vgl. Stefan Kadelbach in von Arnould (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht Bd 10, 2013, § 4, Rn. 60. Beispiel für eine dadurch begründete sekundärrechtliche Ermächtigung der Mitgliedstaaten zum Vertragsschluss ist Art. 1 Beschluss 2010/321/EU das Rates zur Ermächtigung der Mitgliedstaaten, das Übereinkommen über die Arbeit im Fischeisektor der ILO aus dem Jahr 2007 (Übereinkommen Nr. 188) im Interesse der EU zu ratifizieren, ABl.EU 2010 L 145/12. Ein weiterer nicht einschlägiger Sonderfall ist die Notwendigkeit der Mitwirkung der Mitgliedstaaten für die Umsetzung von Abkommensmechanismen, wie etwa hinsichtlich der Finanzierung; dazu EuGH, Gutachten 1//78, Slg. 1979, 2871, Rn. 60 – Naturkautschukübereinkommen; Kirsten Schmalenbach, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl 2016, Art. 216 AEUV, Rn. 5.

⁹⁶ Dazu, dass diese als Ermächtigung nach Art. 2 Abs. 1 AEUV anzusehen ist, vgl. Erwägungsgrund 1 der VO 1219/2012; Keller/Schmitt, in Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Loseblatt, 120 BIT-ÜbergangsVO, Art. 12, Rn. 4

Jedoch würde der Rat, wenn er die Unterzeichnung und den Abschluss von CETA so beschließen würde, wie es die Kommission in ihren eingangs zitierten Dokumenten vorgeschlagen hat, darin gerade keine Ermächtigung an die Mitgliedstaaten erteilen. Denn die Vorschläge für die Beschlüsse enthalten keinerlei explizite oder implizite Ermächtigung an die Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 2 Abs. 1 AEUV. Auch die Begründung des Vorschlags erwähnt keine Ermächtigung. Die Kommission verdeutlicht vielmehr, dass die Unterzeichnung und damit der künftige Abschluss als gemischtes Abkommen nur aus Gründen politischer Rücksichtnahme erfolgen. Eine Ermächtigung liegt nicht vor.

Auch wäre der Rat alleine für eine Ermächtigung nicht zuständig. Die bereits erwähnte VO 1219/2012 ist ein Gesetzgebungsakt des EU-Gesetzgebers gemäß Art 207 Abs. 2 AEUV. Die Ermächtigung erfolgte damals auf der Grundlage eines vom Europäischen Parlament (EP) mitverantworteten Rechtsakts. Ein solcher ist für eine Rückübertragung von Teilen der ausschließlichen Zuständigkeiten nötig, da der Rat nicht alleine über die Zuständigkeit für den Abschluss von Abkommen verfügen kann, der auch der Zuständigkeit des EP unterliegt; Freihandelsabkommen nach Art. 207 bedürfen seiner Zustimmung gemäß Art. 206 Abs. 6 AEUV. Der Beschluss im Rat zur Unterzeichnung ergeht ohne Zustimmung des EP (Art. 218 Abs. 5 AEUV; das EP wird nur informiert gemäß Art. 218 Abs. 10 AEUV⁹⁷). Daher kann der Rat darin auch keine Ermächtigung nach Art. 2 Abs. 1 AEUV aussprechen.

c) Keine unterschiedliche Betrachtung von Unterzeichnung und vorläufiger Anwendung

Selbst wenn man dies anders sähe, und in dem Unterzeichnungsbeschluss des Rates eine Ermächtigung an die Mitgliedstaaten erkennen wollte, würde diese Rückermächtigung wohl auch für die vorläufige Anwendung gelten und könnte ebenso wenig ein Auseinanderfallen der Zuständigkeitszuschreibung zwischen den Ratsbeschlüssen begründen. Allerdings wurde früher postuliert, dass die freiwillige Einbeziehung der Mitgliedstaaten in den Abkommensabschluss durch Eingehung eines gemischten Abkommens im Innenverhältnis zwischen EU und Mitgliedstaaten die Zuständigkeiten der EU nicht verändere.⁹⁸ Eine solche Sichtweise erscheint nicht mit der in Art. 2 Abs. 1 AEUV vorgesehenen Rückübertragung von Entscheidungsbefugnissen vereinbar. Art. 2 Abs. 1 AEUV spricht von einer Ermächtigung an die Mitgliedstaaten im Rahmen der Regelungen zur vertikalen Kompetenzverteilung bei einer ausschließlichen EU-Zuständigkeit. Aus diesem Kontext ergibt sich, dass eine Ermächtigung Zuständigkeitsrelevanz hat, und dass im Bereich ausschließlicher Zuständigkeiten eine Rückermächtigung gerade nicht zur Konversion in eine geteilte Zuständigkeitsart führen kann. Eine in der Ermächtigung liegende Übertragung an die Mitgliedstaaten kann von der EU zurückgenommen werden, wirkt aber bis zu dieser Rücknahme dahingehend, dass die EU selbst insoweit ihre Zuständigkeiten übergeben hat und nicht handeln darf, außer die Ermächtigung regelte anderes. Demgemäß sieht etwa die Art. 3 und 12 Abs. 6 VO 1219/2012 vor, dass mit Inkrafttreten von EU Investitionsschutzabkommen die mitgliedstaatlichen, die aufgrund der

⁹⁷ Kirsten Schmalenbach, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl 2016, Art. 218, Rn. 14.

⁹⁸ So Martin Nettesheim, Kompetenzen, in Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl 2009, S. 389 (434).

Ermächtigung geschlossen oder beibehalten werden dürfen, außer Kraft treten. Die Ermächtigung ist insoweit begrenzt; es gibt kein Nebeneinander von ermächtigten nationalen Regeln und alleinigen EU-Regeln.⁹⁹

Schließlich könnte man noch einwenden, es ließe sich zwischen Unterzeichnung und Abschluss einerseits und vorläufiger Anwendung andererseits differenzieren. Eine Ermächtigung aber nur auf eine Verfahrensmitwirkung ohne inhaltliche Kompetenzübertragung zu reduzieren, ist mit dem Charakter einer Zuständigkeitsübertragung im Vertikalverhältnis nicht vereinbar. Kompetenzen weisen sachliche Entscheidungszuständigkeiten zu. Sie können nicht auf eine bloße Verfahrensmitwirkung reduziert werden, zumal wenn diese bei völkerrechtlichen Abkommen für die Außenwirkung erheblich ist. Damit kann auch nicht vorgetragen werden, in dem Vorgehen der EU läge gar keine Ermächtigung im Sinne von Art 2 Abs. 1 AEUV an die Mitgliedstaaten, weil die Einbeziehung (nur) bei Unterzeichnung und Abschluss nicht als eine solche Ermächtigung anzusehen wäre, sondern nur als politisches Ereignis. Dagegen spricht eindeutig die völkerrechtliche Lage. Durch Unterzeichnung und Abschluss des Abkommens auch durch die Mitgliedstaaten unterliegen diese auch unmittelbaren völkerrechtlichen Pflichten und Bindungen, vor Inkrafttreten etwa im Hinblick auf das Frustrationsverbot. Dass die Mitgliedstaaten solche eingehen können, ist ihnen unional nur erlaubt, sofern sie hierzu noch zuständig sind. Die Mitunterzeichnung löst daher unionsrechtliche Folgen aus, die die Kompetenzfrage stellt. Man kann daher nicht argumentieren, die Mitwirkung der Mitgliedstaaten bei Unterzeichnung und Abschluss könnte unionsrechtlich außerhalb der vertikalen Kompetenzordnung zwischen EU und Mitgliedstaaten behandelt werden. Da die Unterzeichnung für den Dritten Relevanz hat, ließe sich dann auch nicht erklären, warum aus einer vollständigen vorläufigen Anwendung des Abkommens nur die EU in Anspruch genommen werden könnte und die Mitgliedstaaten überhaupt nicht betroffen wären. Daher kann zumindest bei völkerrechtlichen Abkommen zuständigkeitsrechtlich nicht zwischen der bloß formalen Unterzeichnung und Abschluss einerseits, und der inhaltlichen Anwendung differenziert werden.

Ist die EU für den Abschluss von CETA entgegen obiger Annahme nicht allein zuständig (und dafür gibt es sehr gute Gründe), kann zwar der Rat allein über die Unterzeichnung entscheiden, aber nur für die EU. Die Beteiligung der Mitgliedstaaten am Abschluss des Abkommens ist dann konstitutiv. Konsequenterweise kann in diesem Fall die EU keine vollumfängliche vorläufige Anwendung beschließen. Sie würde ihre Zuständigkeiten überschreiten.

d) Ergebnis

Damit erweist sich die divergierende Zuständigkeitsannahme zwischen dem Vorschlag zur Unterzeichnung und dem zur vorläufigen Anwendung als unzulässig. Entweder das CETA Abkommen ist ein EU Only Abkommen, dann ist die Unterzeichnung als gemischtes Abkommen wegen fehlender Ermächtigung der Mitgliedstaaten unzulässig. Oder das CETA ist ein gemischtes Abkommen, dann ist die umfassende vorläufige Anwendung unzulässig. Im einen

⁹⁹ Auch die Ermächtigungen aus der Zeit vor Lissabon sehen kein Nebeneinander von ermächtigten nationalen Regeln und allein unionaler Regelsetzung vor. Vgl. Marise Cremona, EU External Relations: Unity and Conferal of Powers, in Loic Azoulai (Hg.), *The Question of Competence in the EU*, 2014, 65 (74-76).

wie im anderen Fall ist zumindest einer der von der Kommission vorgeschlagenen Beschlüsse rechtswidrig.

Die Notwendigkeit einer einheitlichen kompetenziellen Betrachtung erklärt auch, warum das EU-Recht davon ausgeht, dass der Beschluss über die Unterzeichnung zugleich eine Aussage über die vorläufige Anwendung trifft. Art. 218 Abs. 5 AEUV sieht vor, dass beides in ein- und demselben Beschluss erfolgt (wobei es keine Pflicht zur vorläufigen Anwendung gibt; nur wenn sie erfolgen soll, ist das bereits mit der Unterzeichnung festzulegen). Hier hat die Kommission erstmalig zwei getrennte und in sich widersprüchliche Beschlüsse vorgeschlagen. Daran kann auch der Vorwurf einer unzureichenden Verfahrensabwicklung geknüpft werden: Nur das Abkommen, das unterzeichnet wird, kann vorläufig angewendet werden, und kein anderes. Hier fehlt es an der Identität des Gegenstandes: Während die Unterzeichnung von CETA als gemischtes erfolgt, soll bei der Entscheidung über die unmittelbare Anwendung ein anderes Abkommen zugrunde gelegt werden, nämlich ein EU-Only Abkommen. Art. 218 Abs. 5 AEUV erlaubt aber nur die Entscheidung des Rates über die vorläufige Anwendung des zu unterzeichnenden Abkommens („deren“). Nötig ist damit eine Identität des Gegenstands bei der Entscheidung über Unterzeichnung und vorläufige Anwendung. Daran fehlt es hier.

3. Schicksal der vorläufigen Anwendung bei Scheitern einer nationalen Ratifikation

a) Die grundsätzliche Ausgangslage bei (echten) gemischten Abkommen

Bei vorläufiger Anwendung des EU-Only Teils eines gemischten Abkommens stellt sich generell die Frage, welche Auswirkung die verweigerte Zustimmung eines nationalen Parlaments zu dem gemischten Abkommen auf die vorläufige Anwendung hat.

An sich kann das Schicksal der vorläufigen Anwendung und das der nationalen Ratifizierung getrennt werden. Denn die vorläufige Anwendung erfolgt im Umfang der EU-Only Zuständigkeit; allein die EU entscheidet darüber. Die nationalen Ratifikationen sind nicht für die vorläufige Anwendung des EU-Teils, sondern für das Inkrafttreten des gesamten Abkommens erforderlich, und das formal betrachtet auch nur für die Teile, die nationale Zuständigkeiten berühren.¹⁰⁰ In der Konsequenz wäre die nationale Ratifizierung ohne Relevanz für die vorläufige Anwendung; Probleme im Ratifikationsprozess in den Mitgliedstaaten, wie sie sich bezüglich CETA in Holland und Belgien bereits abzeichnen¹⁰¹, könnten die Anwendung und das Inkrafttreten des EU-Teils nicht behindern. Allerdings haben die Parteien das Abkommen

¹⁰⁰ Dazu, dass sich aus der völkerrechtlichen umfassenden Verantwortung der Mitgliedstaaten für das Abkommen eine auch unionsrechtlich zu beachtende Rechtfertigung für die verfassungsrechtlich notwendige Zustimmung der nationalen Parlamente zu dem gesamten Abkommen ergibt, und die rein formale Betrachtung daher ohnehin zu kurz greift, bereits oben IV. 1 a)

¹⁰¹ Das wallonische Parlament hat am 27.4.2016 der wallonischen Regierung aufgegeben, der belgischen Regierung kein Mandat für den Abschluss von CETA zu gewähren. Das holländische Parlament hat am 28.4.2016 eine vorläufige Anwendung von CETA wegen der unklaren Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und ihren Mitgliedstaaten abgelehnt und die Regierung aufgefordert, vor der Zustimmung zu einer vorläufigen Anwendung das Parlament zu hören. Dazu <https://www.euractiv.com/section/trade-society/news/ceta-runs-into-trouble-with-dutch-wallon-parliaments/> (letzter Zugriff 16.8.2016).

als gemischtes ausgehandelt und wollen sein umfassendes und nicht nur teilweises Inkrafttreten. Wie der Begriff vorläufige Anwendung zum Ausdruck bringt, kann und soll diese das endgültige Inkrafttreten nicht ersetzen. Das Inkrafttreten setzt die Ratifizierung durch alle Parteien, bei einem gemischtem Abkommen daher durch jeden EU-Mitgliedstaat voraus.¹⁰² Ein endgültiges Scheitern des Ratifikationsprozesses muss daher Auswirkungen auf die vorläufige Anwendung auch nur des EU-Teils haben, und zwar dahingehend, dass damit das gesamte

Abkommen, da es als gemischtes abgeschlossen werden sollte, nicht in Kraft treten und die vorläufige Anwendung beendet werden muss (dazu sogleich mehr).

Entscheidend ist damit zunächst, was als endgültiges Scheitern des Ratifikationsprozesses anzusehen ist.

Die verweigerte Zustimmung eines nationalen Parlaments kann dazu führen, dass bei diesem Mitgliedstaat die Ratifikation endgültig unterbleibt, so dass sich die Schicksalsfrage für das gesamte Abkommen stellen mag; zwingend ist dies indes nicht. Abhängig vom nationalen Verfassungsrecht könnte es einer Regierung möglich sein, sich ohne weiteres oder nach gewissen Kautelen über die fehlende parlamentarische Zustimmung hinwegzusetzen und auch völkerrechtlich wirksam das gemischte Abkommen zu ratifizieren. Dies ist uneingeschränkt dort möglich, wo negative Referenden oder Parlamentsvoten für die die Ratifikation verantwortenden Instanzen (idR die Regierung) nicht bindend sind. Das ist derzeit bei dem Assoziationsabkommen mit der Ukraine zu beobachten, das in einem – allerdings nicht bindenden – Referendum von der Mehrheit der holländischen Wähler abgelehnt wurde, der das Parlament indes nicht folgen will. Selbst wenn Ablehnungen bindend wären, wäre immer noch denkbar, dass auf Betreiben der jeweiligen Regierung die Vertragsparteien der verweigten Zustimmung dadurch Rechnung tragen, dass sie in Nachverhandlungen den Bedenken des nationalen Parlaments oder der Wählermehrheit nachkommen und durch Protokollerklärungen gewisse Änderungen für diesen Mitgliedstaat erreichen. Dies könnte bei weniger weitreichenden Kritikpunkten auch einseitig durch Vorbehalte bei der Ratifikation erreicht werden, die die für diese Partei verbindliche Auslegung oder Anwendung bedenklicher Normen näher festlegen; solche Vorbehalte müssten gemäß Art. 20 der Wiener Vertragsrechtskonvention regelmäßig von den anderen Parteien gebilligt werden. Gestaltungsmöglichkeiten gibt es insoweit viele, so dass die verweigte nationale parlamentarische Zustimmung nicht schon automatisch das Ende des gesamten Ratifikationsprozesses und damit das Scheitern des gemischten Abkommens bedeutet.

Erweisen sich solche Wege, die in der Ablehnung des Abkommens zum Ausdruck kommenden Bedenken des Parlaments aufzufangen, nicht als möglich, etwa weil das Parlament eine grundsätzliche Ablehnung des Abkommens formuliert, die auch nicht durch begrenzte Nachverhandlungen abgewendet werden kann, muss das Abkommen in der beabsichtigten Art als gescheitert angesehen werden. Eine letzte Rettungsmöglichkeit bliebe selbst dann aber noch, das gemischte Abkommen auf die zustimmenden Mitgliedstaaten zu beschränken (dass nicht alle EU Staaten bei gemischtem Abkommen mitwirken, ist durchaus möglich) und insoweit mit der anderen Vertragspartei in Nachverhandlungen einzutreten.

¹⁰² Zu sehr begrenzten Ausnahmefällen, in denen dies anders ist, kraft expliziter völkerrechtlicher Regelung, vgl. Stefan Kadelbach in von Arnould, Enzyklopädie Europarecht, Band 10, § 4, Rn. 65.

Erst ein endgültiges Scheitern der Ratifikation in einem Mitgliedstaat und auch aller weiteren Versuche, das gemischte Abkommen dann auf die willigen Mitgliedstaaten zu begrenzen, löst eine Pflicht für die EU aus, die vorläufige Anwendung des gemischten Abkommens zu beenden. Unionsrechtlich ist diese Pflicht in dem Grundsatz loyaler Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) zu verorten, die sich hier aktiviert, weil das Ziel des gemeinsamen Zusammenwirkens, den Abschluss eines gemeinsamen gemischten Abkommens zu bewirken, wegen des endgültigen Wegfalls nationaler Zuständigkeitsbeiträge nicht mehr erreicht werden kann. Der Respekt

vor der nationalen Zuständigkeit gebietet es den EU Organen, den Mitgliedstaaten zu ermöglichen, die Konsequenz aus der nationalen Ablehnung zu ziehen und eine Beendigung des Abkommens herbeizuführen.

Die EU Abkommen enthalten eine Klausel, die jeder Vertragspartei ohne weiteres die Beendigung der vorläufigen Anwendung durch schriftliche Mitteilung an die andere Partei erlaubt (so in Art. 30.7.3 (c) CETA). Da die EU sich insoweit im Rahmen ihrer alleinigen Kompetenz bewegt, entscheidet nur die EU über die Beendigung der vorläufigen Anwendung, so wie es auch nur ihre Zuständigkeit ist, über deren Beginn zu bestimmen. Bloße Schwierigkeiten mit der Ratifikation in einem oder mehreren Mitgliedstaaten, selbst deren endgültiges Scheitern nimmt der vorläufigen Anwendung des EU-Only Teils nicht die Grundlage, da das Abkommen insoweit auf der ausschließlichen EU-Zuständigkeit fußt. Die Abkommensteile, die nationale Zuständigkeiten betreffen, und für die die nationale Ratifikation relevant ist, sind ohnehin nicht vorläufig angewendet worden, so dass selbst jahrelange Verzögerungen des Ratifikationsprozesses für die vorläufige Anwendung des EU-Only-Teils unerheblich sind. Das legitimiert die auf die EU-Teile begrenzte jahrelange Anwendung eines gemischten Abkommens auch bei sich hinziehenden nationalen Ratifikationsprozessen, solange damit nicht die Zustimmungsrechte des Europäischen Parlaments unterlaufen werden. Dem Recht des EP, den Freihandelsabkommen der EU zuzustimmen, wird in der Praxis dadurch Rechnung getragen, dass die vorläufige Anwendung erst erfolgt, wenn das EP dem Abkommen zugestimmt hat.

b) Komplikationen aufgrund des hybriden Charakters von CETA, und eine Lösungsmöglichkeit

Die soeben entfalteten Grundlagen werden wesentlich verkompliziert für das CETA, wenn es – wie von der Kommission beabsichtigt - zwar als gemischtes Abkommen unterzeichnet und abgeschlossen werden soll, seine vorläufige Anwendung aber umfassend erfolgt. Dies soll hier näher analysiert werden, unbeschadet der oben 2. formulierten grundsätzlichen Einwände gegen die Rechtmäßigkeit des Vorgehens der Kommission.

Durch diese spezifische, noch nie dagewesene Gestaltung als einerseits gemischtes, andererseits alleiniges EU Abkommen wird der oben 1. formulierte Zusammenhang zwischen dem endgültigen Scheitern der nationalen Ratifikation (auch das CETA setzt für sein vollständiges Inkrafttreten als gemischtes Abkommen die Ratifikation durch jede Partei, also jeden Mitgliedstaat voraus, Art. 30.7.2 CETA) und der Pflicht der EU zur Beendigung der vorläufigen

Anwendung des Abkommens durchbrochen. Eigene rechtliche Probleme stellen sich hier, weil die hybride Natur des CETA die neuartige, völlig ungeklärte Problematik aufwirft, was passiert, wenn das CETA infolge einer – allerdings, wie erwähnt, überaus zweifelhaften, aber hier *arguendo* unterstellten – umfangreichen alleinigen EU Zuständigkeit umfassend vorläufig angewendet werden dürfte, aber seine Ratifikation in einem oder mehreren Mitgliedstaaten wie auch alle Versuche, es auf einige willige MS zu begrenzen, im oben a) beschriebenen Sinne endgültig gescheitert wäre. Bei einer einheitlichen kompetenziellen Beurteilung erscheint – wie unter 1. erläutert - eindeutig, dass dies zum Scheitern des Abkommens und damit auch zur Beendigung einer vorläufigen Anwendung führen muss.

Diese zwingende Konsequenz bei einem (echten) gemischtem Abkommen würde durch die Unterscheidung zwischen Abschluss des CETA als gemischtem Abkommen und seiner vollständigen vorläufigen Anwendung unterlaufen. Denn die für die vorläufige Anwendung notwendige umfassende EU Kompetenz läge vor und würde eine nicht nur teilweise Anwendung des CETA kompetenziell absichern. Die Verpflichtung zur Beendigung der vorläufigen Anwendung, die aus der Unmöglichkeit eines umfassenden Inkrafttretens des gemischten Abkommens und den daraus sich ergebenden Konsequenzen aus dem Loyalitätsgebot folgt, würde sich hier nicht einstellen, weil das Abkommen auch allein von der EU ratifiziert werden könnte; allein die EU-Zuständigkeiten genügten auch für eine dauerhafte vollumfängliche Anwendung. Die EU, allen voran die Kommission, könnte dem Drängen der Mitgliedstaaten auf Beendigung der vorläufigen Anwendung hier entgegensetzen, dass die EU-Zuständigkeiten alleine genügten und die Mitgliedstaaten ihre Bemühungen zum erfolgreichen Abschluss der Ratifikation zu kommen, fortsetzen müssten. Die EU könnte darauf verweisen, dass die Mitgliedstaaten ihrerseits aufgrund des Loyalitätsgebots nicht der EU die Ausübung ihrer umfassenden Kompetenzen unmöglich machen dürften. Ein Druck des anderen Vertragsteils (Kanadas) wäre nicht zu erwarten, da für ihn das Abkommen vollumfänglich funktioniert, anders als im Normalfall eines gemischten Abkommens, bei dem bestimmte Teile nicht vorläufig angewendet werden und sich insofern auch eine Unzufriedenheit des anderen Teils einstellt.

In dieser Situation streitet somit Art. 4 Abs. 3 EUV für die EU. Die Mitgliedstaaten könnten nicht auf Beendigung der vorläufigen Anwendung bestehen. Allenfalls ließe sich der Verweis von KOM und oder Rat auf das Loyalitätsgebot als treuwidrig einordnen lassen, weil sie durch ihre Gestaltung des Abschlussverfahrens erst diese Situation selbst herbeigeführt haben und sich politisch auf die Notwendigkeit der nationalen Ratifikationen eingelassen haben. Das erscheint aber nur als schwache rechtliche Position der Mitgliedstaaten.

Stärker zugunsten einer Pflicht der EU zur Beendigung der vorläufigen Anwendung spricht der Respekt vor den nationalen Parlamenten und ihren Funktionen und damit einer grundlegenden Funktion der Staaten und ihren grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen nach Art. 4 Abs. 2 EUV. Sich einerseits der Mitwirkung der Mitgliedstaaten versichern zu wollen, dann aber das endgültige Scheitern des nationalen Ratifikationsprozesses als unbeachtlich anzusehen, entwertet die nationalen Ratifikationen. Es wäre dann nicht allein treuwidrig, sondern eine Missachtung nationaler Parlamente, wollte die EU deren endgültige Ablehnung nicht umsetzen. Die nationalen Ratifikationsprozesse wären letztlich unerheblich, völlig irrelevant und entwertet. Das entspricht nicht einer gebotenen und die EU verpflichtenden Achtung grundlegender nationaler Verfassungsstrukturen.

Das Vorgehen der Kommission, die vollumfängliche vorläufige Anwendung vorzuschlagen, läuft somit Gefahr, die nationalen Ratifikationsprozesse völlig zu entwerten. Diese Gefahr kann etwa dadurch abgewendet werden, dass die EU sich zugleich dazu verpflichtet, bei Scheitern des Ratifikationsprozesses in einem Mitgliedstaat die vorläufige Anwendung gemäß Art. 30.7.3 (c) CETA zu beenden.

4. Fazit zu V.

Die Absicht der Kommission, das CETA umfassend vorläufig anzuwenden, gleichwohl aber seine Unterzeichnung als gemischtes Abkommen vorzuschlagen, überschreitet nicht nur die EU-Zuständigkeiten, sondern erweist sich in ihrer Widersprüchlichkeit als rechtlich unzulässig. Ein solcher hybrider Charakter des CETA könnte auch die nationalen Ratifikationen entwerten und die gebotene Achtung vor den grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen der Mitgliedstaaten unterlaufen. Um dem vorzubeugen, sollte sich die EU im Interesse der Rechtsklarheit verpflichten, bei Scheitern des Ratifikationsprozesses in einem Mitgliedstaat die – nach den obigen Ergebnissen zu I. und III. nur sehr eingeschränkt überhaupt zulässige - vorläufige Anwendung zu beenden.

VI. Abschließende Würdigung

1. Die europa- und verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die vorläufige Anwendung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die EU hat nur eine begrenzte Zuständigkeit. Eine umfassende vorläufige Anwendung würde die EU-Zuständigkeiten deutlich überschreiten (dazu näher sogleich).

Eine vorläufige Anwendung ohne konstitutive Mitwirkung des Europäischen Parlaments nur aufgrund eines Ratsbeschlusses ist verfassungsrechtlich nicht akzeptabel, weil die Regelungen über die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zu endgültigen Konsequenzen führen. Dies wird anhand Art. 30.8.4 CETA deutlich, wonach die vorläufige Anwendung selbst bei einem endgültigen Scheitern des CETA dauerhafte Rechtsfolgen auslöst. Art. 218 Abs. 5 AEUV ist als Grundlage für einen Ratsbeschluss über die vorläufige Anwendung unzureichend, weil das Europäische Parlament beim Abschluss des CETA zwingend zustimmen darf. Der Begriff der vorläufigen Anwendung in Art 218 Abs. 5 deckt die dauerhaften Rechtsfolgen einer Entscheidung des Investitionsschutztribunals nicht ab. Die vorläufige Anwendung des CETA geht über den Begriff der vorläufigen Anwendung hinaus.

Die vorläufige Anwendung führt zur Tätigkeitsaufnahme auch der im CETA vorgesehenen Ausschüsse. Die Errichtung dieser Ausschüsse ist teilweise bereits unzulässig, weil die EU dafür keine Zuständigkeit hat: Art. 218 Abs. 9 AEUV wird verletzt infolge der Möglichkeiten zur Veränderung der institutionellen Struktur (Art. 26.1.5 a) g) h) CETA). Art. 218 Abs. 7 AEUV wird verletzt, wo die Ausschüsse verbindlich über die Änderungen des Abkommens entscheiden. Damit wird von dem in Art. 218 Abs. 7 AEUV vorgesehenen Verfahren einer Annahme durch die Kommission infolge Ratsermächtigung abgewichen. Solch eine Änderung erfolgt durch die verbindliche Auslegung nach Art. 8.31.3 iVm. Art. 8.44.3 durch den Gemischten CETA Ausschuss.

Eine vorläufige Anwendung ist auch ohne Mitwirkung des Bundestags unzulässig. Der Bundestag ist aufgrund seiner Integrationsverantwortung gehalten, die Ausübung der wenig bestimmten EU-Befugnis aus Art. 218 Abs. 9 AEUV zur Errichtung beschlussfassender Vertragsgremien durch Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG zu begleiten. Da im CETA die Ausschüsse teilweise erhebliche Entscheidungsbefugnisse haben, werden dadurch im bisherigen Integrationsprogramm nicht vorgesehene neue Hoheitsträger errichtet, so dass dafür sogar eine 2/3 Mehrheit in Bundesrat und Bundestag erforderlich ist. Eine Grenze findet das aber bei der Übertragung von Regelsetzungszuständigkeiten ohne nähere verfahrensrechtliche und inhaltliche Sicherung demokratischer Kontrolle und Verantwortung. Daher sind die Befugnisse nach Art. 8.28.7 (Befugnis zum Erlass einer Verfahrensordnung für das Berufungsgericht), Art. 8.44.2 und .3 (Befugnis zum Erlass eines Verhaltenskodexes für die Richter und von Verfahrens- und Transparenzregeln) und Art. 21.7.5 CETA (Befugnis zur Regelung von Details zur Umsetzung der Produktwarnungen unter Einschluss von Datenschutz und Vertraulichkeitsregeln) nicht vereinbar mit den Geboten der Verfassungsidentität aus Art. 23 Abs. 1 iVm Art. 79 Abs. 3 GG (Demokratieprinzip), so dass insoweit der Bundestag gar nicht zustimmen darf.

Schließlich ist der von der Kommission derzeit geplante Weg, die Unterzeichnung und Abschluss als gemischtes Abkommen vorzusehen, die vorläufige Anwendung aber umfassend und damit als EU-Only Abkommen, unzulässig, auch weil sich Unterzeichnung und vorläufige Anwendung nicht auf den gleichen Gegenstand beziehen.

2. Hinsichtlich des Umfangs der zulässigen vorläufigen Anwendung ergeben sich folgende Konsequenzen:

Von der vorläufigen Anwendung des CETA müssen mangels alleiniger EU-Zuständigkeit die Regelungen des CETA Abkommens ausgenommen werden, die nationale Zuständigkeiten betreffen. Das ist der Fall bei den Kapiteln zum Investitionsschutz (Kapitel 8), zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen (Kapitel 11), zu Verkehrsdienstleistungen (Kapitel 14), zur Regulierungskooperation (Kapitel 21) und zum Arbeitnehmerschutz (Kapitel 22, 23). Ferner hat die EU nicht die Kompetenz, Ausschüsse mit weitreichenden Beschlussfassungszuständigkeiten einzurichten. Wie ausgeführt, sind Ausschüsse mit Zuständigkeiten, die die institutionelle Struktur verändern oder die von den im Vertrag vorgesehenen Verfahren abweichen, unzulässig. Daher ist eine vorläufige Anwendung von Art. 26.1.5 a, g, h CETA und von Art. 8.31.3 iVm Art. 8.44.3 a) CETA unstatthaft. Auch dürfen an die Ausschüsse nicht die Regelsetzungszuständigkeiten nach Art. 8.28.7, 8.44.2 und .3 und Art. 21.7.5 CETA übertragen werden. Denn dafür fehlen jegliche inhaltliche oder verfahrensrechtliche Sicherungen einer demokratischen Rückbindung der Ausschüsse. Das verletzt das Demokratiegebot (dazu näher unten).

3. Bundestag und Bundesrat sind bei Abschluss und vorläufiger Anwendung des CETA zu beteiligen. Bundestag und Bundesrat steht nicht erst für den Abschluss als gemischtes Abkommen aufgrund von Art. 59 Abs. 2 GG ein Zustimmungsrecht zu. Vielmehr sind BT und BR bereits bei Abschluss und vorläufiger Anwendung des CETA als eines Unionsrechtsakts nach Art. 23 GG beizuziehen. **Der Deutsche Bundestag und der Bundesrat haben infolgedessen bei der Entscheidung über den Abschluss, aber auch über die vorläufige Anwendung von CETA umfangreiche Mitwirkungsrechte, die – sollte der Umfang der vorläufigen Anwendung nicht erheblich beschnitten werden – auf die Notwendigkeit eines mit 2/3 Mehrheit angenommenen Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG hinauslaufen.** Die Stellungnahmerechte des Bundestags nach Art. 23 Abs. 3 erstarken infolge seiner Integrationsverantwortung zu einem Zustimmungsrecht zu der Mitwirkung des deutschen Ratsvertreters bei der Beschlussfassung im Rat über die Ausübung wenig bestimmter EU-Zuständigkeiten (soweit sie ohnehin nicht dem Gebot der Verfassungsidentität widerspricht, dazu sogleich). Denn infolge der erheblichen Unbestimmtheit des Art. 218 Abs. 9 AEUV löst die Integrationsverantwortung schon für das bloße Einrichten von Ausschüssen im CETA mit auch nur nachgeordneten Durchführungszuständigkeiten ein Zustimmungsbedürfnis nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG für Bundestag und Bundesrat aus. Darüber hinaus bedarf die Errichtung von Ausschüssen mit mehr als bloßer Durchführungszuständigkeit wegen der darin liegenden Errichtung neuer Hoheitsträger mit erheblichen Entscheidungsbefugnissen, die durch Art 218 Abs. 9 AEUV nicht abgedeckt ist, der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat mit 2/3 Mehrheit nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG. Denn mit ihnen werden neue, im

bisherigen Integrationsprogramm nicht vorgesehene Hoheitsträger mit erheblichen Entscheidungszuständigkeiten eingerichtet.

Unbeschadet dieser Überlegungen kommt Bundestag und Bundesrat ein Recht auf Zustimmung zur vorläufigen Anwendung zu, weil bereits eine vorläufige Anwendung des Investitionsschutzkapitels des CETA zu die Bundesrepublik endgültig verpflichtenden Investitionsgerichtsentscheidungen führen kann. Das geht über den Gehalt einer der EU allein überlassenen Entscheidung über die vorläufige Anwendung nach Art 218 Abs. 5 AEUV hinaus.

4. Im CETA werden in großer Anzahl Ausschüsse mit Beschlussfassungszuständigkeiten eingerichtet. Die teilweise weiten Zuständigkeiten der Ausschüsse führen zu der Frage, wie weit die EU eigentlich ihre Zuständigkeiten auf solche Vertragsgremien weiter übertragen kann. Daran kann man ganz grundsätzlich verfassungsrechtliche Zweifel anmelden, weil Art 23 GG nur die Hoheitsübertragung „zur Verwirklichung eines vereinten Europa“ erlaubt. Mit dem CETA werden Hoheitsrechte der EU aber weiterübertragen. Dies ist in Art 218 Abs. 9 AEUV grundsätzlich angelegt. Dort gibt es aber keine inhaltlichen oder prozeduralen Grenzen hierfür. **Das löst verfassungs- und auch europarechtlich die Frage nach den Grenzen des auf Vertragsorgane Übertragbaren aus. Diese Grenze dürfte jedenfalls dort erreicht sein, wo Rechtsetzungszuständigkeiten verliehen werden ohne weitere inhaltliche oder verfahrensrechtliche Sicherungen zu Absicherung der gebotenen demokratischen Rückkopplung.** Das ist in Art. 8.28.7 (Befugnis zum Erlass einer Verfahrensordnung für das Berufungsgericht), Art. 8.44.2 und .3 (Befugnis zum Erlass eines Verhaltenskodexes für die Richter und von Verfahrens- und Transparenzregeln) und Art. 21.7.5 CETA (Befugnis zur Regelung von Details zur Umsetzung der Produktwarnungen unter Einschluss von Datenschutz und Vertraulichkeitsregeln) vorgesehen. Diese Weite an Rechtsetzungszuständigkeit findet in Art 218 Abs. 9 AEUV keine hinreichende Grundlage, weil damit das Gebot der Verfassungsidentität aus Art. 23 Abs. 1 iVm Art. 79 Abs. 3 GG (Demokratieprinzip) missachtet wird, so dass insoweit der Bundestag gar nicht zustimmen darf.

Speyer, den 30.8.2016