

*Professor Dr. iur. Bernhard Kempen*

Prof. Dr. iur. Bernhard Kempen

An das  
Bundesverfassungsgericht  
Schlossbezirk 3  
76131 Karlsruhe

29. August 2016

## **VERFASSUNGSBESCHWERDE**

**und Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung**

### Verfassungsbeschwerde

Beschwerdeführer:

Herr Roman HUBER,

Herr Thilo BODE,

Herr Dr. Felix KOLB,

sowie weitere 125.044 Beschwerdeführer (im Einzelnen aufgelistet in der Anlage)

Namens und mit Vollmacht der Beschwerdeführer erhebe ich Verfassungsbeschwerde

gegen die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union zur Unterzeichnung, zum Abschluss und zur vorläufigen Anwendung des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (CETA) bzw. gegen die Nichtablehnung dieser Ratsbeschlüsse durch den deutschen Vertreter im Rat.

### **Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Anordnung**

Namens und mit Vollmacht der o.g. Beschwerdeführer stelle ich zugleich Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel, dem deutschen Vertreter im Rat der Europäischen Union aufzugeben, gegen die Vorschläge zur Unterzeichnung, zum Abschluss und zur vorläufigen Anwendung des CETA zu stimmen (s.u. B.).

# Gliederung

A. Verfassungsbeschwerde.....	6
I. Anträge.....	6
1. CETA-Vertragsverhandlungen und Ratifikationsplan.....	7
a) Vertragsverhandlungen.....	7
b) Ratifikationsplan.....	8
aa) Nicht geklärte Rechtsnatur des CETA.....	9
bb) Mehrheitserfordernisse im Rat und Mitwirkung des Europäischen Parlaments .....	12
cc) Reichweite der vorläufigen Anwendung .....	14
dd) Mitwirkungsform der deutschen Gesetzgebungsorgane .....	15
2. Struktur und Inhalte des CETA .....	16
a) Vertragsstruktur.....	16
b) Vertragsinhalte .....	17
III. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde .....	23
1. Parteifähigkeit.....	23
2. Beschwerdegegenstand .....	23
a) Zukünftiger Unterzeichnungsbeschluss.....	25
b) Zukünftiger Ratifikationsbeschluss .....	25
c) Zukünftiger Beschluss über die vorläufige Anwendung .....	26
3. Beschwerdebefugnis .....	27
a) Identitätskontrolle .....	29
aa) Einschränkung der Autonomie des Bundestages .....	30
(1) Fehlende deutsche Mitwirkung im Gemischten CETA- Ausschuss.....	32
(2) Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses.....	33
(3) Einschränkungen im Zusammenhang mit dem „Investitionsgericht“ .....	34
bb) Beeinträchtigung des staatlichen Justizmonopols.....	36
b) Ultra-vires-Kontrolle.....	38
aa) Kompetenzwidrige Parallelgerichtsbarkeit.....	40
bb) Kompetenzwidrige institutionelle Erweiterungsbefugnisse ...	41

cc) Kompetenzwidrige Aufgabe des Vorsorgeprinzips.....	42
dd) Kompetenzwidrige vorläufige Anwendung.....	44
IV. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde .....	45
1. Die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ .....	46
a) Verletzung der Verfassungsidentität durch Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ .....	46
aa) Identitätskontrolle.....	47
bb) Verletzung des Rechtsstaatsprinzips .....	48
(1) Das Rechtsstaatsprinzip.....	48
(2) Rechtssicherheit und Normenklarheit.....	51
(3) Gebot der prozessualen Waffengleichheit.....	54
(4) Ungleicher Zugang zum „Investitionsgericht“ .....	57
(5) Verletzung des staatlichen Justizmonopols und des allgemeinen Justizgewähranspruchs.....	61
(6) Entzug des gesetzlichen Richters .....	67
cc) Verletzung des Demokratieprinzips.....	72
(1) Das Demokratieprinzip .....	72
(2) Unzulässige (Weiter-)Übertragung von Hoheitsrechten allgemein .....	73
(3) Unzulässige (Weiter-)Übertragung von Hoheitsrechten hinsichtlich der Letztentscheidungskompetenz.....	77
(4) Unzulässige Beeinträchtigung des Gesetzgebers .....	79
(5) Keine garantierte demokratische Rückkopplung der Richter .....	81
dd) Keine Rechtfertigung über Art. 23, 24 oder 59 Abs. 2 GG ...	83
(1) Art. 23 GG .....	83
(2) Art. 24 GG .....	85
(3) Art. 59 Abs. 2 GG.....	86
(4) Internationale Gerichte.....	86
b) Mitwirkung der Europäischen Union an der Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ als Ultra-vires-Akt .....	89
aa) Ultra-vires-Kontrolle .....	90
bb) Relevantes Handeln der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union .....	91

cc)	Fehlende Vertragsabschlusskompetenz.....	91
dd)	Kompetenzwidrige Weiterübertragung von Hoheitsrechten.	93
ee)	Kompetenzwidrige Parallelgerichtsbarkeit.....	93
ff)	Kompetenzwidrige Auslegungshoheit des Gemischten CETA-Ausschusses .....	95
gg)	Offensichtliche und strukturell bedeutsame Verletzungen ....	96
c)	Rechtsfolge: Anspruch auf negatives Abstimmungsverhalten des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union .....	97
aa)	Anspruch auf Schutz gegen die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ .....	98
bb)	Konkrete Pflicht zur Verhinderung der Bindungswirkung des CETA.....	99
2.	Der Gemischte CETA-Ausschusses.....	101
a)	Ausübung von Hoheitsgewalt als Verletzung der Verfassungsidentität.....	101
aa)	Organisatorische und inhaltliche Entscheidungsbefugnisse	103
bb)	Beschlussfassung des Gemischten CETA-Ausschusses.....	105
cc)	Fehlende demokratische Legitimation.....	106
b)	Offene institutionelle Struktur auf Grundlage eines Ultra-vires- Aktes.....	113
3.	Das europäische Vorsorgeprinzip .....	116
4.	Die vorläufige Anwendung des CETA .....	119
a)	Zustimmung zur vorläufigen Anwendung .....	119
b)	Das CETA als politischer und gesetzesinhaltlicher Vertrag.....	120
c)	Kompetenzgrenzen des Art. 218 Abs. 5 AEUV .....	122
B.	Einstweilige Anordnung.....	124
I.	Antrag.....	124
II.	Begründung.....	124
1.	Zulässigkeit .....	125
2.	Begründetheit .....	126
Anlage	.....	127

## A. Verfassungsbeschwerde

### I. Anträge

Es wird beantragt, wie folgt zu entscheiden:

1. Die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union (bzw. das nichtablehnende Verhalten des deutschen Vertreters im Rat) zu dem Vorschlag der Kommission vom 5. Juli 2016 zur Unterzeichnung des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (CETA) – COM(2016) 444 final – verletzt die Beschwerdeführer in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG.
2. Die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union (bzw. das nichtablehnende Verhalten des deutschen Vertreters im Rat) zu dem Vorschlag der Kommission vom 5. Juli 2016 zum Abschluss des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (CETA) – COM(2016) 443 final – verletzt die Beschwerdeführer in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG.
3. Die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union (bzw. das nichtablehnende Verhalten des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union) zu dem Beschluss des Rates über den Vorschlag der Kommission vom 5. Juli 2016 zur vorläufigen Anwendung des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (CETA) – COM(2016) 470 final – verletzt die Beschwerdeführer in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG.

## II. Sachverhalt

### 1. CETA-Vertragsverhandlungen und Ratifikationsplan

#### a) *Vertragsverhandlungen*

Seit 2009 wurde zwischen der Europäischen Union und Kanada über ein breit angelegtes Freihandelsabkommen verhandelt. Die Verhandlungen zu dem als „Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen“ (bekannter unter dem englischen Namen „Comprehensive Economic and Trade Agreement“ – im Folgenden: CETA) bezeichneten Vertrag, die unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfanden, wurden im August 2014 abgeschlossen. Nach mehreren nicht-autorisierten Veröffentlichungen von Teilen des Textentwurfs und des kompletten Textes (durch des ARD-Hauptstadtstudio am 14. August 2014) veröffentlichte die Kommission einen vorläufigen Entwurf am 26. September 2014. Eine konsolidierte Fassung des Vertragsentwurfs wurde von der Kommission (auf englisch) am 29. Februar 2016 öffentlich vorgestellt. Am 5. Juli 2016 hat die Kommission die endgültige Entwurfsfassung, nun auch auf deutsch und in den anderen Amtssprachen der Europäischen Union, publiziert. Der Text hat ohne Anhänge einen Umfang von 491 Seiten. Er ist jeweils mit sämtlichen Anhängen drei Beschlussvorschlägen der Kommission an den Rat vom 5. Juli 2016 beigefügt. Die Beschlussvorschläge sind:

- Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, COM(2016) 444 final;
- Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Abschluss des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits

und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, COM(2016) 443 final;

- Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die vorläufige Anwendung des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, COM(2016) 470 final.

Auf der „amtlichen“ Internetpräsentation der Kommission sind die Beschlussvorschläge nebst dem CETA-Entwurfstext und allen Anhängen in sämtlichen Amtssprachen der EU verfügbar:

<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1524>.

### ***b) Ratifikationsplan***

Über die Vorschläge der Kommission hat der Rat zum Zeitpunkt der Erhebung dieser Verfassungsbeschwerde noch keinen Beschluss gefasst. Nach einer Mitteilung des EU-Verbindungsbüros des Deutschen Bundestages in Brüssel vom 5. Juli 2016,

Deutscher Bundestag, EU-Verbindungsbüro, Kurzmitteilung aus Brüssel Nr. 3/2016 vom 5. Juli 2016, S. 2,

soll der Rat der Europäischen Union am 18. Oktober 2016 über den Abschluss, die Unterzeichnung und die vorläufige Anwendung des CETA beschließen, um den Vertrag auf dem EU-Kanada-Gipfel am 27. Oktober 2016 unterzeichnen zu können.

Allerdings ist die Planung mit einigen Unsicherheiten behaftet. Dies führt dazu, dass die Beschwerdeführer in diesem Verfahren sich notgedrungen weiteren Vortrag vorbehalten müssen, sofern Entwicklungen eintreten, die heute noch nicht absehbar sind. Die Beschwerdeführer beabsichtigen, die Verfassungsbeschwerde auf

ein deutsches Zustimmungsgesetz zum CETA zu gegebener Zeit im Wege der Klageerweiterung auszudehnen bzw. Verfassungsbeschwerde gegen ein deutsches CETA-Zustimmungsgesetz zu erheben.

Derzeit ist noch nicht abzusehen, wann die Gesetzesvorlage eines Zustimmungsgesetzes in den Bundestag eingebracht wird. Unklar ist auch, ob eine Begleitgesetzgebung zum CETA vorgesehen ist. Ebenfalls nicht geklärt ist die Frage, ob das Zustimmungsgesetz zum CETA der Zustimmung auch des Bundesrates bedarf. Doch dies mag einstweilen dahinstehen. Denn gegen das Zustimmungsgesetz zum CETA kann mit der Verfassungsbeschwerde frühestens vorgegangen werden, wenn das Gesetz im Sinne des Art. 78 GG zustande gekommen ist.

Für die hier erhobene Verfassungsbeschwerde sind andere Unwägbarkeiten vorerst von größerer Relevanz. Nicht geklärt sind die Rechtsnatur des CETA (aa), die Mehrheitserfordernisse im Rat und die Mitwirkung des Europäischen Parlaments (bb), die Reichweite der vorläufigen Anwendung des CETA (cc) und die Mitwirkungsform der deutschen Gesetzgebungsorgane (dd).

*aa) Nicht geklärte Rechtsnatur des CETA*

Die Kommissionsvorschläge zum Abschluss, zur Unterzeichnung und zur vorläufigen Anwendung des CETA gehen davon aus, dass das CETA ein gemischtes Abkommen (teilweise auch als „gemischte Übereinkunft“ bezeichnet) ist, das von der Union und allen Mitgliedstaaten zu ratifizieren ist. Dies ergibt sich schon aus dem jeweiligen Art. 1 der Kommissionsvorschläge, der von einem Abkommen „zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits“ spricht. Dies ist die übliche Formulierung für gemischte Abkommen,

vgl. das „Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit“ vom 30. April 2002, Abl. Nr. L 114/6.

Die Begründungen der Kommissionsvorschläge gehen zudem ausdrücklich davon aus, dass es sich beim CETA um ein gemischtes Abkommen handelt,

Begründungen der Kommissionsvorschläge COM(2016) 444 final, COM(2016) 443 final und COM(2016) 470 final, jeweils sub 2.

Allerdings ergibt sich aus den Begründungen auch, dass die Kommission die Rechtsnatur des CETA vom Ausgang des von ihr in Auftrag gegebenen Gutachtens des Europäischen Gerichtshofs über das Freihandelsabkommen mit Singapur abhängig sieht. Wörtlich heißt es in den Vorschlagsbegründungen übereinstimmend:

„Das CETA hat dieselben Ziele und im Wesentlichen den gleichen Inhalt wie das Freihandelsabkommen mit Singapur (EUSFTA). Somit ist die Zuständigkeit der Union in beiden Fällen gleich. Da hinsichtlich des Umfangs und der Art der Zuständigkeit der Union für den Abschluss des EUSFTA Zweifel bestanden, beantragte die Kommission nach Artikel 218 Absatz 11 AEUV im Juli 2015 ein Gutachten des Gerichtshofs (Rechtssache A-2/15). In der Rechtssache A-2/15 vertritt die Kommission die Ansicht, dass die Union die erforderliche Zuständigkeit hat, um das EUSFTA alleine abzuschließen oder andernfalls zumindest eine geteilte Zuständigkeit in den Bereichen besteht, die nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fallen. Viele Mitgliedstaaten haben jedoch eine andere Auffassung zum Ausdruck gebracht. Angesichts dessen und um die Unterzeichnung des Abkommens nicht zu verzögern, hat die Kommission beschlossen, die Unterzeichnung des Abkommens als gemischtes Abkommen vorzuschlagen. Das Abkommen sollte vorläufig angewendet werden, bis die für seinen Abschluss erforderlichen Verfahren abgeschlossen sind. Der Standpunkt der Kommission in der Rechtssache A-2/15 bleibt davon jedoch unberührt. Erst wenn das Gutachten des Gerichtshofs in der Rechtssache A-2/15 vorliegt, müssen die nötigen Schlüsse gezogen werden.“

Der Standpunkt der Kommission zur Rechtsnatur des CETA wird auch in einer Pressemitteilung der Handelskommissarin *Malmström* vom 5. Juli 2016 deutlich. Die Handelskommissarin erklärte:

„Die Kommission ist der Auffassung, dass das Abkommen vom rein juristischen Standpunkt aus betrachtet in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fällt. Angesichts der offenkundigen politischen Situation im Rat verstehen wir jedoch, dass das CETA als ‚gemischtes‘ Abkommen vorgelegt werden muss, wenn eine rasche Unterzeichnung ermöglicht werden soll.“

(Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 05. Juli 2016, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2371\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2371_de.htm)).

Die Vorschläge der Kommission stehen somit unter dem Vorbehalt neuer Erkenntnisse aus dem für 2017 erwarteten Singapur-Gutachten des Europäischen Gerichtshofs. Gegebenenfalls soll dann in der Ratifikation des CETA auf ein reines EU-Abkommen („EU only“) umgeschwenkt werden und dementsprechend auf die Ratifikation in den Mitgliedstaaten verzichtet werden.

Die Bundesregierung vertritt demgegenüber die Auffassung, es handele sich beim CETA um ein gemischtes Abkommen,

vgl. die jüngst erteilte Antwort der parlamentarischen Staatssekretärin *Brigitte Zypries* vom 11. Juli 2016 auf eine Anfrage der Abgeordneten *Renate Künast*: „Die Bundesregierung vertritt wie bekannt die Auffassung, dass CETA als gemischtes Abkommen abgeschlossen werden muss.“

(BT-Drucks. 18/9191, S. 4)

Dabei stützt sie sich auf ein vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten vom 28. August 2014:

*Mayer*, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkom-

men dar?, 28. August 2014 ([www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen](http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen)).

Im Folgenden werden die Beschlussvorlagen der Kommission vom 5. Juli 2016 als letzter „amtlicher“ Stand der Ratifikationsplanung zugrunde gelegt, denen zufolge das CETA als ein gemischtes Abkommen abgeschlossen werden soll. Für den Fall, dass das CETA nach der Verkündung des Singapur-Gutachtens des Europäischen Gerichtshofs als „EU-only“-Abkommen allein von der Europäischen Union ratifiziert werden soll, bleibt weiterer Vortrag vorbehalten.

*bb) Mehrheitserfordernisse im Rat und Mitwirkung des Europäischen Parlaments*

Ungeklärt ist auch, mit welchen Mehrheiten der Rat über die Vorschläge der Kommission zu beschließen hat. Der Staatssekretär im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie *Machnig* antwortete schriftlich am 14. Juli 2016 auf eine Nachfrage der Bundestagsabgeordneten *Dröge*:

„Bezüglich der erforderlichen Mehrheiten im Rat bei Unterzeichnung und Abschluss von CETA gilt, dass diese Beschlüsse faktisch einstimmig gefasst werden müssen. Zwar entscheidet der Rat im Bereich der Handelspolitik nach den Vorschriften des EU-Primärrechts grundsätzlich mit qualifizierter Mehrheit (Art. 207 Abs. 4 AEUV) und nur ausnahmsweise einstimmig. Jedoch stellen gemischte Abkommen wie CETA einen nicht explizit geregelten Sonderfall dar: Gemischte Abkommen müssen von allen Mitgliedstaaten mitunterzeichnet (und ratifiziert) werden, sonst kommt das Abkommen nicht zustande. Sollte daher ein Mitgliedstaat CETA im Rat nicht zustimmen, wäre damit auch klar, dass dieser Mitgliedstaat CETA nicht unterzeichnen wird. Entsprechend wäre das Abkommen bereits bei Ablehnung durch einen Minister im Rat gescheitert. Zwischen der Entscheidung des Mitgliedstaates zur Unterzeichnung des Abkommens und dem Stimmverhalten des Mitgliedstaats im Rat besteht also de facto Einklang.“

(<https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/Parlamentarische-Anfragen/2016/5-222-223-nachfrage>)

Dieser Auffassung stimmen die Beschwerdeführer im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zu. Sie sind der Ansicht, dass die Ratsbeschlüsse zur Unterzeichnung, zum Abschluss und zur vorläufigen Anwendung des CETA aus Rechtsgründen nur einstimmig gefasst werden dürfen,

*Schiffbauer*, Mehrheitserfordernisse für Abstimmungen im Rat über TTIP, CETA & Co., EuZW 2016, S. 252 ff.

Auf „faktische“ Einstimmigkeitserfordernisse kommt es nicht an. Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass der Rat seine Beschlüsse über das CETA einstimmig zu fassen hat. Sollte im Rat ein Beschluss über das CETA nur mit (qualifizierter) Mehrheit zustande kommen und sollte dieser Beschluss gleichwohl von Kommission und Rat als positives Votum gedeutet werden, bleibt weiterer Vortrag vorbehalten. Im Wesentlichen wäre dann vorzutragen, dass sich der zunächst geltend gemachte „Anspruch“ auf negative Stimmabgabe im Rat zu einer Pflicht der Bundesregierung verwandelt, die Anwendung des CETA in Deutschland zu verhindern.

Auch die Mitwirkung des Europäischen Parlaments beim Abschluss des CETA ist nicht zweifelsfrei geklärt. In Bezug auf die vorläufige Anwendung des CETA geht die Bundesregierung davon aus, dass diese auch ohne vorherige Zustimmung des Europäischen Parlaments beschlossen werden könnte, aber einer „gängigen Praxis“ entsprechend die Zustimmung des Parlaments abgewartet werde. So erklärt Staatssekretär *Machnig* in der bereits zitierten Antwort:

„Bevor das Abkommen jedoch tatsächlich vorläufig angewendet wird, wird die Zustimmung des Europäischen Parlaments zum Abkommen gemäß Art. 218 Abs. 6 lit a. v) i.V.m. Art. 207 Abs. 4 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) abgewartet. Dies ist zwar kein rechtli-

ches Erfordernis, entspricht aber der gängigen Praxis bei früheren Freihandelsabkommen und auch bei CETA soll so verfahren werden“ (ebenda).

Im Folgenden gehen die Beschwerdeführer davon aus, dass einem Ratsbeschluss über die vorläufige Anwendung des CETA die Zustimmung des Europäischen Parlaments vorausgehen wird. Für den Fall, dass der Rat einen Beschluss über die vorläufige Anwendung des CETA ohne vorherige Zustimmung des Europäischen Parlaments treffen sollte, bleibt ergänzender Vortrag vorbehalten.

*cc) Reichweite der vorläufigen Anwendung*

Der Vorschlag der Kommission zur vorläufigen Anwendung des CETA (COM(2016) 470 final) erstreckt die vorläufige Anwendung auf den kompletten Vertrag. Die Bundesregierung geht demgegenüber davon aus, dass nur die Vertragsteile vorläufig angewendet werden können, die in die ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Union fallen, nicht aber die Teile, für die eine Zuständigkeit der Mitgliedstaaten besteht. Als nicht vorläufig anwendbar werden die Bestimmungen über den Investitionsschutz und die Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten angesehen. So heißt es in einer Antwort von Staatssekretär *Machnig* an den Bundestagsabgeordneten *Ernst* vom 21. März 2016:

„Mit Blick auf die vorläufige Anwendung von CETA bedeutet das, dass die Investitionsschutzbestimmungen sowie die Regelungen zur Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten nach Auffassung der Bundesregierung von der vorläufigen Anwendung ausgenommen werden müssen, da hier auch mitgliedstaatliche Kompetenzen betroffen sind. Vor diesem Hintergrund wird im Ratsbeschluss zur Unterzeichnung des Abkommens klarzustellen sein, dass die Investitionsschutzbestimmungen von der vorläufigen Anwendbarkeit ausgeschlossen sind.“

(<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/Parlamentarische-Anfragen/2016/2-271>)

Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass der Vorschlag der Kommission zur vorläufigen Anwendung des CETA in der heute vorliegenden Form die Beschlussgrundlage für den Rat bilden wird. Für den Fall, dass die Kommission den Vorschlag vor dem Ratsbeschluss abändert, bleibt weiterer Vortrag vorbehalten.

*dd) Mitwirkungsform der deutschen Gesetzgebungsorgane*

Einstweilen geht die Bundesregierung wohl davon aus, dass die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat zur Unterzeichnung und zur vorläufigen Anwendung des CETA keiner Zustimmung von Bundestag und Bundesrat bedarf. Dies ergibt sich aus der Antwort des Staatssekretärs *Machnig* auf die schriftliche Frage des Bundestagsabgeordneten *Ernst* vom 7. März 2016:

„Die Bundesregierung geht im Fall von CETA davon aus, dass es sich um ein gemischtes Abkommen handeln wird. Die vorläufige Anwendung des in die europäische Zuständigkeit fallenden Abkommensteils erfolgt, wie bereits ausgeführt, erst dann, wenn das Europäische Parlament dem Abkommen zugestimmt hat. Die vorläufige Anwendung des Abkommens ist deshalb vollständig demokratisch durch die Zustimmung der Regierungen der Mitgliedstaaten im Rat und die Zustimmung des Europäischen Parlaments legitimiert.“

(<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/Parlamentarische-Anfragen/2016/2-216>).

Äußerungen der Bundeskanzlerin vom 30. Juni 2016 lassen allerdings offen, ob eine vorherige Befassung des Bundestages vorgesehen ist. Jedenfalls vor dem Abschluss des CETA soll der Bundestag „mitentscheiden“. Die Internetpräsentation der Bundesregierung enthält dazu folgende Passagen in einem Presseartikel:

„Bundeskanzlerin Merkel will den Bundestag über das europäisch-kanadische Freihandelsabkommen CETA mitentscheiden lassen. Die Mitwirkungsrechte des Parlaments erlaubten es, dass ‚wir den Deutschen Bundestag als Bundes-

regierung natürlich mit einbeziehen', sagte Merkel in Berlin. Das Parlamentsvotum werde dann eine wichtige Rolle für das deutsche Abstimmungsverhalten in Brüssel spielen, betonte Bundeskanzlerin Angela Merkel. Im Übrigen gebe es gute Gründe, die nationalen Parlamente zu beteiligen.“

(<https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2016/06/2016-06-29-merkel-will-bei-ceta-bundestag-mitreden-lassen.html>).

Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass Bundestag und Bundesrat erst vor dem endgültigen Abschluss des CETA im deutschen Ratifikationsverfahren nach Maßgabe des Art. 59 Abs. 2 GG, also in Gesetzesform mitwirken werden. Ein Zustimmungsgesetz vor der Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat zur vorläufigen Anwendung des CETA ist offenbar nicht vorgesehen.

Für den Fall, dass Bundestag und Bundesrat schon vor dem Beschluss über die vorläufige Anwendung einbezogen werden sollten, bleibt weiterer Vortrag vorbehalten.

## **2. Struktur und Inhalte des CETA**

### ***a) Vertragsstruktur***

Als gemischtes Abkommen weist das CETA eine bilaterale Struktur auf. Auf der einen Seite des Vertrages stehen die Europäische Union und ihre 28 Mitgliedstaaten, auf der anderen Seite Kanada. Bei einem gemischten Abkommen verhält es sich nicht so, dass die vertragliche Bindung für die Union und für die Mitgliedstaaten nur auf die in die jeweilige Binnenkompetenz fallenden Vertragsteile erstreckt wäre. Zur Funktionsweise von gemischten Abkommen gehört vielmehr, dass die Union und die Mitgliedstaaten gegenüber dem Drittstaat in allen Vertragsteilen vollständig gebunden sind und dementsprechend im Außenverhältnis Vertragserfüllung für den kompletten Vertrag schulden,

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

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

### **b) Vertragsinhalte**

Ausweislich der Präambel des dreißig Kapitel aufweisenden Vertrages wollen die Vertragsparteien aufbauend auf ihren Verpflichtungen im Rahmen der Welthandelsorganisation zur Errichtung „eines erweiterten und sicheren Marktes für ihre Waren und Dienstleistungen durch den Abbau oder die Beseitigung von Handels- und Investitionshemmnissen“ gelangen. Es soll dabei zur „Aufstellung klarer, transparenter, berechenbarer und beiderseits vorteilhafter Regeln für Handel und Investitionen“ kommen.

Diese Ziele wollen die Vertragsparteien dadurch erreichen, dass sie in Einklang mit Artikel XXIV GATT 1994 und Artikel V GATS eine Freihandelszone errichten (Art. 1.4 CETA). Nach Maßgabe eines in Anhang 2-A verankerten Stufenplans sollen Zölle auf Ursprungswaren gesenkt werden (Art. 2.4 Abs. 1 CETA).

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

lit. d CETA). Dieser Ausschuss, der sich aus „Vertreter(n) der Regulierungs- und der Handelsseite jeder Vertragspartei mit Zuständigkeit für SPS-Maßnahmen“ zusammensetzt (Art. 5.14 Abs. 1 CETA), hat die Befugnis, die Anhänge des Kapitels 5 zu überprüfen und zu ändern, wobei diese Änderungen der Genehmigung durch die Vertragsparteien bedürfen (Art. 5.14 Abs. 2 lit. d CETA).

Das dem Investitionsschutz gewidmete Kapitel 8 verwendet einen weiten Investitionsbegriff:

„Vermögenswerte jeder Art, die direkt oder indirekt im Eigentum oder unter der Kontrolle eines Investors stehen und die Merkmale einer Investition aufweisen; hierzu gehören eine gewisse Dauer und andere Merkmale wie die Bindung von Kapital oder anderen Ressourcen, die Erwartung von Wertzuwachs oder Gewinn oder die Übernahme von Risiken.“ (Art. 8.1 CETA)

Ausdrücklich werden „Anteile, Aktien und sonstige Formen der Kapitalbeteiligung an einem Unternehmen“, „Rechte des geistigen Eigentums“ und „Ansprüche auf Geld oder auf Leistungen aus einem Vertrag“ umfasst, letztere aber nur, sofern sie sich nicht „lediglich aus kommerziellen Verträgen über den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen“ ergeben. Für solche Investitionen wird ein umfassender grenzüberschreitender Marktzugang eröffnet (Art. 8.4 CETA), die Beachtung von diskriminierungsfreier Inländerbehandlung sichergestellt (Art. 8.6 CETA), eine Meistbegünstigungsregel aufgestellt (Art. 8.7 CETA) und ein Grundsatz der „gerechten und billigen Behandlung“ etabliert (Art. 8.10 CETA). Für direkte und indirekte Enteignungen ist zum Marktwert zuzüglich marktüblicher Zinsen zu entschädigen (Art. 8.12 Abs. 2 und Abs. 3 CETA).

Investoren können unter bestimmten Voraussetzungen ein eigens eingerichtetes und so bezeichnetes „Gericht“ (im Folgenden zur Klarstellung und Abgrenzung „Investitionsgericht“ genannt) anrufen und gegen die Europäische Union oder einen Mitgliedstaat Klage erheben. Voraussetzung dafür ist unter anderem, dass der Kläger „auf sein Recht verzichtet, in Bezug auf eine Maßnahme, die angeblich ei-

nen Verstoß gegen das Abkommen darstellt und die in seiner Klage angeführt wird, eine Klage oder ein Gerichtsverfahren nach internem oder internationalem Recht anzustrengen“ (Art. 8.22 Abs. 1 lit. g CETA).

Dem „Investitionsgericht“ sollen zunächst 15 „Gerichtsmitglieder“ angehören, die der Gemischte CETA-Ausschuss (Art. 26.1 CETA) ernennt. Fünf Mitglieder des Gerichts müssen Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaats sein, fünf Mitglieder Staatsangehörige Kanadas und fünf Mitglieder Staatsangehörige von Drittstaaten (Art. 8.27 Abs. 2 CETA). Gegen die Entscheidungen des „Investitionsgerichts“ kann ein Rechtsbehelf zu einem sog. „Berufungsgericht“ eingelegt werden (Art. 8.28 CETA). Auch dessen Mitglieder werden von dem Gemischten CETA-Ausschuss ernannt (Art. 8.28 Abs. 3 CETA). Der Gemischte CETA-Ausschuss ist ermächtigt, die Verfahrensordnung für das „Berufungsgericht“ zu beschließen (Art. 8.28 Abs. 7 CETA).

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

„Bei ernsthaften Bedenken in Bezug auf Auslegungsfragen, die sich auf Investitionen auswirken können, kann der Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen dem Gemischten CETA-Ausschuss nach Artikel 8.44 Absatz 3 Buchstabe a die Annahme von Auslegungen dieses Abkommens empfehlen. Eine vom Gemischten CETA-Ausschuss angenommene Auslegung ist für das nach diesem Abschnitt errichtete Gericht bindend. Der Gemischte CETA-

Ausschuss kann beschließen, dass eine Auslegung ab einem bestimmten Zeitpunkt bindende Wirkung hat.“

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

In Kapitel 21 ist die Regulierungszusammenarbeit geregelt. Die Regulierungskooperation ist breit angelegt und erstreckt sich auf alle denkbaren handelsbezogenen Regulierungen auf den Gebieten des Waren- und Dienstleistungsverkehrs. Die Zielvorgaben für die regulatorische Zusammenarbeit werden in Art. 21.2 Abs. 4 CETA in chronologischer Reihenfolge benannt. Sie umfasst die Ziele (lit. a) der Liberalisierung des Handels- und Warenverkehrs durch den Abbau vorhandener und die Verhinderung neuer Barrieren für den Handel und private Investitionen, um Handelsstreitigkeiten zu vermeiden, (lit. b) der Verbesserung des Wettbewerbsklimas und (lit. c) der Förderung von transparenten, effizienten und effektiven Regulierungsverfahren. Hinzu kommt nach Art. 21.3 lit. b i und lit. c i CETA das Ziel, „unnötige Regulierungsunterschiede“ zwischen den Vertragsparteien zu vermeiden und zu reduzieren.

Die regulatorische Kooperation ist als Frühwarnsystem ausgestaltet. Die Vertragsparteien sollen nach Art. 21.4 lit. b, c und f sowie Art. 21.7 CETA möglichst frühzeitig in den Prozess der Entscheidungsfindungen der jeweils anderen Vertragsparteien einbezogen werden und in regelmäßigen Abständen Informationen über Regulierungsvorhaben austauschen, um ihre jeweiligen Perspektiven auf Regulierungsvorhaben der anderen Parteien und ihre Bedenken dagegen vortragen zu können. Es sollen Informationen – auch nichtöffentlicher Art – über geplante und

begonnene Regulierungsvorhaben oder auch bereits bestehende Regulierungen aller staatlichen Ebenen, inklusive der Bundesgesetzgebung, geteilt werden. Die jeweils anderen Vertragsparteien können diese Informationen innerhalb einer ausreichenden Frist kommentieren. Informationen und Kommentare dienen dann als Grundlage für anschließende Beratungen und Folgenabschätzungen – und damit letztlich als Grundlage für eine mögliche Änderung ursprünglich nationalstaatlicher Regulierungsziele oder -mittel. Zur Effektuierung ihrer Regulierungszusammenarbeit können die Vertragsparteien auf privaten, zivilgesellschaftlichen, wissenschaftlichen oder Betroffenen Sachverständigen zurückgreifen und dürfen nach Art. 21.8 CETA Interessenvertreter der Wirtschaft, NGOs oder andere Sachverständige zu Beratungen hinzuziehen.

Die regulatorische Kooperation im CETA wird von mehreren Institutionen gesteuert. Es sind beteiligt der Gemischte CETA-Ausschuss, Sonderausschüsse, das Forum für die Zusammenarbeit in Regulierungsfragen („Forum“) und die „Bilateralen Dialoge und Kooperationen“ des Kapitels 29. Das Forum, das als Sonderausschuss eingerichtet wird, dient als Diskussionsforum der Vertragsparteien. Daneben unterstützt es die Parteien in ihren Bemühungen, die regulatorische Kooperation zu erweitern und zu vertiefen. Es ist zusammengesetzt aus Beamten oder Funktionären der Vertragsparteien. Den Vorsitz hat ein Vertreter der Regierung Kanadas im Rang eines „Deputy Minister“ und ein Vertreter der Europäischen Kommission im Rang eines Generaldirektors (Art. 21.6 Abs. 3 CETA).

In Kapitel 26 ist eine eigene institutionelle Vertragsstruktur vorgesehen. Der Gemischte CETA-Ausschuss ist das Hauptvertragsorgan. Er wird besetzt mit Vertretern aus Kanada und der EU. Vertreter der Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind nicht Mitglieder dieses Ausschusses (Art. 26.1 Abs. 1 CETA). Er entwickelt das Freihandelsabkommen fort. Generell kann der Gemischte CETA-Ausschuss Annexe und Protokolle des Vertrages ändern (Art. 30.2 Abs. 2 CETA). Diese allgemeinen Änderungsbefugnisse werden sektorspezifisch in den einzelnen Ver-

tragskapiteln konkretisiert. So kann der Gemischte CETA-Ausschuss Befreiungstatbestände bei Einfuhrzöllen beschließen, die die entsprechenden Annex-Regelungen verdrängen (Art. 2.3 Abs. 5 CETA). Er kann nach Art. 8.1 CETA das Investitionsschutzkapitel um bislang nicht erfasste Kategorien des geistigen Eigentums ergänzen und diese unter den Schutz des Vertrages stellen. Gleichzeitig kann der Ausschuss im Annex 20-A die geschützten Herkunftsbezeichnungen erweitern oder streichen. Nach Art. 8.10 Abs. 3 CETA und Art. 8.31 Abs. 3 CETA kann der Gemischte CETA-Ausschuss verbindliche Auslegungen der Schutzstandards und die sonstige authentische Interpretation des Investitionsschutzkapitels beschließen. Der Gemischte CETA-Ausschuss kann ferner Ergänzungen im Kapitel 23 „Handel und Arbeit“ vornehmen.

Die Sonderausschüsse, die nach Art. 26.2 CETA zur Verwaltung der verschiedenen Kapitel eingerichtet werden, stehen unter der Aufsicht des Gemischten CETA-Ausschusses und arbeiten ihm zu. Nach Art. 26.2 Abs. 1 CETA werden insgesamt neun Sonderausschüsse eingerichtet: (lit. a) der Ausschuss für Warenhandel, (lit. b) der Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen, (lit. c) der Gemischte Ausschuss für Zusammenarbeit im Zollbereich, (lit. d) der Gemischte Verwaltungsausschuss für SPS-Maßnahmen, (lit. e) der Ausschuss für das öffentliche Beschaffungswesen, (lit. f) der Ausschuss für Finanzdienstleistungen, (lit. g) der Ausschuss für Handel und nachhaltige Entwicklung, (lit. h) das Forum für die regulatorische Zusammenarbeit und (lit. i) der CETA-Ausschuss für geografische Angaben. Den Sonderausschüssen kommt grundsätzlich insgesamt eine vorentscheidende Rolle für die Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses zu. Zur Besetzung der Ausschüsse enthält Art. 26.2 CETA kaum genauere Angaben. Es wird lediglich in Abs. 4 festgelegt, dass der Vorsitz in den Ausschüssen von einem Vertreter Kanadas und der EU gemeinsam geführt wird. Die Besetzungsregeln finden sich ansonsten in den speziellen Vertragskapiteln, in denen die Ausschüsse eingesetzt werden.

### III. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

#### 1. Parteifähigkeit

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

#### 2. Beschwerdegegenstand

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen den Zustimmungsakt des deutschen Vertreters im Rat zu den Vorschlägen der Kommission vom 5. Juli 2016 über die Unterzeichnung, den Abschluss und die vorläufige Anwendung des CETA. Dabei mag dahinstehen, ob die Zustimmung des deutschen Vertreters durch aktive Stimmabgabe oder durch Stimmenthaltung bewirkt wird. In beiden Fällen würde der deutsche Vertreter im Rat bei einem einstimmigen Beschluss zustimmend mitwirken. Ein einstimmiger Beschluss würde nur dann verhindert, wenn der deutsche Vertreter im Rat aktiv eine ablehnende Stimme abgibt,

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

Die zustimmende Mitwirkung des deutschen Vertreters im Rat ist ein Akt deutscher öffentlicher Gewalt, der grundsätzlich mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden kann.

Die nach Maßgabe der Art. 216 ff. AEUV zu treffenden Beschlüsse, die der Rat in Wahrnehmung seiner Organzuständigkeit für die in Titel V des AEUV geregelten „Internationalen Übereinkünfte“ der Union verabschiedet, sind indes Unionsrechtsakte. Solche Rechtsakte bilden grundsätzlich keine tauglichen Beschwerdegegenstände im Verfahren der Verfassungsbeschwerde,

zuletzt BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juni 2016 – 2 BvR 322/13, Rn. 8; zuvor BVerfGE 129, 124 (175 f.); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 97.

Allerdings können solche Rechtsakte mittelbar Gegenstand der Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht sein, sofern sie die Grundrechtsberechtigten in Deutschland betreffen und aus der Integrationsverantwortung folgende Reaktionspflichten deutscher Verfassungsorgane auslösen,

BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juni 2016 – 2 BvR 322/13, Rn. 9; BVerfGE 134, 366 (394 ff., Rn. 44 ff.); 135, 317 (393 f., Rn. 146).

Die Beschwerdeführer wenden sich nicht unmittelbar gegen die (zukünftigen) Ratsbeschlüsse über die Unterzeichnung, den Abschluss und die vorläufige Anwendung des CETA. Sie sind der Auffassung, dass diese Ratsbeschlüsse aber mittelbar einen tauglichen Überprüfungsgegenstand bilden, weil nach ihrem – unten im einzelnen dargelegten – Vortrag die Nichtbefolgung der aus der Integrationsverantwortung fließenden Reaktionspflicht deutscher Verfassungsorgane zu einer Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts der Beschwerdeführer aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG führen wird.

Den Ratsbeschlüssen wird dabei nicht bloß eine vorbereitende Funktion zukommen. Dies gilt für den Beschluss über die Unterzeichnung des CETA (a), den Abschluss des CETA (Ratifikationsbeschluss) (b) und auch für den Beschluss über die vorläufige Anwendung des CETA (c).

### **a) *Zukünftiger Unterzeichnungsbeschluss***

Die Unterzeichnung eines völkerrechtlichen Vertrages bringt nicht bloß die Absicht des Unterzeichnerstaates zum Ausdruck, den Vertrag nach Möglichkeit alsbald zu ratifizieren. Als unmittelbare rechtliche Wirkung tritt nach Art. 18 lit. a der Wiener Vertragsrechtskonvention (BGBl. 1985 II, S. 926), dessen Inhalt auch völkergewohnheitsrechtlich Geltung beansprucht, das Verbot in Kraft, sich in der Zwischenphase zwischen der Unterzeichnung und der Ratifikation aller Handlungen zu enthalten, die Ziel und Zweck des Vertrages vereiteln würden. Diese Vorwirkung greift in die Grundrechtssphäre der Betroffenen durch. Mit dem Unterzeichnungsbeschluss sind die deutschen staatlichen Organe bereits in ihren politischen Handlungsoptionen darauf eingeengt, das Vertragsprogramm nicht zu konterkarieren. Die Unterlassenspflichten spiegeln dabei die positiven vertraglichen Handlungspflichten wider.

### **b) *Zukünftiger Ratifikationsbeschluss***

Der Ratifikationsbeschluss ist nach der derzeitigen Planung nur ein Element neben den Ratifikationsbeschlüssen in den 28 EU-Mitgliedstaaten, und insoweit ließe sich argumentieren, dass von dem Ratifikationsbeschluss des Rates allein noch keine Betroffenheit der Beschwerdeführer ausgelöst werden könne. Dabei wäre aber übersehen, dass der Ratifikationsbeschluss des Rates möglicherweise schon die letzte Entscheidung der europäischen Seite über den Abschluss des CETA sein wird. Denn in dem entsprechenden Vorschlag der Kommission wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass für den Fall, dass sich unter dem Eindruck des Singapur-Gutachtens des Europäischen Gerichtshofs die ursprüngliche Rechtsansicht der Kommission bestätigt, es handele sich bei CETA um ein „EU-only“-Abkommen, die „nötigen Schlüsse“ gezogen werden müssen,

COM(2016) 443 final, S. 4.

Dies kann nach Wortlaut und inhaltlichem Zusammenhang nur so verstanden werden, dass in diesem Fall die Ratifikationsprozesse in den Mitgliedstaaten abgebrochen werden und das CETA von der Union allein ratifiziert wird. In diesem Fall wird der Ratifikationsbeschluss die Beschwerdeführer unmittelbar betreffen.

Dass der Ratifikationsbeschluss vom Rat noch nicht gefasst wurde, es sich also um einen künftigen Überprüfungsgegenstand handelt, ist für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde unschädlich. Denn es ist anerkannt, dass vorbeugender Rechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht gewährt werden kann, wenn andernfalls nicht mehr korrigierbare Folgen eintreten,

BVerfGE 1, 396 (413); 74, 297 (318 ff.); 97, 157 (164); 108, 370 (385); 112, 363 (367); 123, 267 (329); 134, 366 (391 f., Rn. 34).

Wenn, was nach dem jetzigen Stand noch nicht abzusehen, aber andererseits sehr gut möglich ist, mit dem Ratsbeschluss im Oktober schon die letzte Entscheidung über den Abschluss des CETA getroffen wird, ist der Vertrag im Außenverhältnis zu Kanada wirksam und entfaltet im Innenverhältnis der Union nicht mehr einseitig zu ändernde Rechtsbindungen. Insofern ist es zulässig, mit dieser Verfassungsbeschwerde um vorbeugenden Rechtsschutz nachzusuchen.

### ***c) Zukünftiger Beschluss über die vorläufige Anwendung***

Erst recht gilt das Vorstehende für den Ratsbeschluss über die vorläufige Anwendung des CETA. Vorläufige Anwendung bedeutet zunächst einmal, dass das CETA in allen Hinsichten sofort seine völkerrechtlichen Bindungen entfaltet und als Teil des Unionsrechts Anwendungsvorrang gegenüber entgegenstehendem Recht der Mitgliedstaaten genießt. Der einzige Unterschied zum endgültigen Abschluss besteht darin, dass die vorläufige Anwendung von den Vertragsparteien einseitig beendet werden kann, sei es, weil die Ratifikation endgültig verweigert wird, sei es aus anderen Gründen,

so auch die Ausarbeitung der Unterabteilung Europa des Deutschen Bundestages „Fragen zu den Ratifikationserfordernissen und der vorläufigen Anwendung des Comprehensive Economic and Trade Agreements (CETA)“, PE 6 – 3000 – 31/16 vom 14. März 2016, S. 6.

Angesichts dessen ist es zulässig, den Ratsbeschluss über die vorläufige Anwendung des CETA, der nach dem jetzigen Informationstand am 18. Oktober 2016 – s.o. A. II. 1. b) – getroffen wird, schon jetzt im Wege des vorbeugenden Rechtsschutzes zum Überprüfungsgegenstand dieser Verfassungsbeschwerde zu machen. Ein weiteres Zuwarten würde die vertraglichen Bindungen und die Rechtswirkungen in der unionalen Rechtsordnung entstehen lassen, ohne dass dann noch die Möglichkeit einer Korrektur bestünde.

### **3. Beschwerdebefugnis**

Die Beschwerdeführer machen eine Verletzung ihres grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 20, 23 Abs. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG geltend.

Mit dem Maastricht-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht anerkannt, dass Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG nicht nur ein formales Wahlrecht zum Deutschen Bundestag vermittelt, sondern den dahinter stehenden grundlegenden Gehalt dieses Rechts gewährleistet,

BVerfGE 89, 155 (171 f.).

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

„Weil der wahlberechtigte Deutsche sein Recht auf Teilnahme an der demokratischen Legitimation der mit der Ausübung von Hoheitsgewalt betrauten Einrichtungen und Organe wesentlich durch die Wahl des Deutschen Bundes-

tages wahrnimmt, muss der Bundestag auch über die Mitgliedschaft Deutschlands in der Europäischen Union, ihren Fortbestand und ihre Entwicklung bestimmen. [...] Entscheidend ist, dass die Mitgliedschaft der Bundesrepublik Deutschland und die daraus sich ergebenden Rechte und Pflichten – insbesondere auch das rechtsverbindliche unmittelbare Tätigwerden der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Rechtsraum – für den Gesetzgeber voraussehbar im Vertrag umschrieben und durch ihn im Zustimmungsgesetz hinreichend bestimmbar normiert worden sind (vgl. BVerfGE 58, 1 (37); 68, 1 (98 f.)). Das bedeutet zugleich, dass spätere wesentliche Änderungen des im Unions-Vertrag angelegten Integrationsprogramms und seiner Handlungsermächtigungen nicht mehr vom Zustimmungsgesetz zu diesem Vertrag gedeckt sind (vgl. schon BVerfGE 58, 1 (37); BVerfGE 68, 1 (98 f.); Mosler in: Handbuch des Staatsrechts, Band VII [1992], § 175 Rdnr. 60). Würden etwa europäische Einrichtungen oder Organe den Unions-Vertrag in einer Weise handhaben oder fortbilden, die von dem Vertrag, wie er dem deutschen Zustimmungsgesetz zugrunde liegt, nicht mehr gedeckt wäre, so wären die daraus hervorgehenden Rechtsakte im deutschen Hoheitsbereich nicht verbindlich. Die deutschen Staatsorgane wären aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert, diese Rechtsakte in Deutschland anzuwenden. Dementsprechend prüft das Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen (vgl. BVerfGE 58, 1 (30 f.); 75, 223 (235, 242)).“

In den Folgejahren hat das Gericht diese grundlegende Rechtserkenntnis beibehalten und sie in einzelnen Ausprägungen immer schärfer konturiert.

BVerfGE 123, 267 (330 ff., 340 ff.); 129, 124 (167 ff.); 134, 366 (381 ff.); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 80 ff.

Zuletzt hat das Gericht im OMT-Vorlagebeschluss vom 14. Januar 2014 sowie im OMT-Urteil vom 21. Juni 2016 in dankenswerter Klarheit die eigenen Überprüfungsmaßstäbe und ihre Voraussetzungen beschrieben,

BVerfGE 134, 366 (381 ff.); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 81 ff.

Danach bezieht sich die Kontrollaufgabe des Gerichts darauf, ob Handlungen den nicht übertragbaren Kern der deutschen Verfassungsidentität berühren (Identitätskontrolle) oder auf hinreichend qualifizierten Kompetenzüberschreitungen beruhen (Ultra-vires-Kontrolle).

#### **a) *Identitätskontrolle***

Das Bundesverfassungsgericht überprüft im Rahmen der Identitätskontrolle, ob eine Maßnahme eines Organs der Europäischen Union Auswirkungen hat, die die durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungsidentität berühren. Dahinter steht die naheliegende Überlegung, dass eine solche Maßnahme schlechterdings nicht auf einer wirksamen primärrechtlichen Grundlage bestehen kann, weil der Bundesgesetzgeber selbst mit der Mehrheit des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG keine Hoheitsrechte übertragen darf, deren Inanspruchnahme die von Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungsidentität berühren würde,

BVerfGE 134, 366 (384); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 134, 138.

Dabei gilt, dass Art. 79 Abs. 3 GG eine „absolute Grenze“ errichtet: Berührt die Anwendung von Unionsrecht die in Art. 79 Abs. 3 GG verankerten Identitätsmerkmale, hilft eine Abwägung mit Unionsinteressen nicht weiter. Die Identitätsmerkmale des Art. 79 Abs. 3 GG sind abwägungsresistent,

BVerfGE 123, 267 (348); 134, 366 (385); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 153.

Das Bundesverfassungsgericht weist zu Recht darauf hin, dass die Achtung der „nationalen Identität“ in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV einerseits einen viel weiter reichenden Anwendungsbereich hat, andererseits aber der unional geforderte Schutz wegen seiner Abwägungsoffenheit kategorial hinter der von Art. 79 Abs. 3 GG geforderten Identitätskontrolle zurück bleibt,

BVerfGE 134, 366 (386 f.); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 140 ff.

Ebenfalls zu Recht weist das Gericht auf die mit der deutschen Identitätskontrolle vergleichbare Rechtslage in anderen EU-Mitgliedstaaten hin,

BVerfGE 134, 366 (387); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 142.

Die Identitätskontrolle des Bundesverfassungsgerichts steht nach alledem in fester Übung. Die Beschwerdeführer tragen vor, dass ihre Rechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG dadurch verletzt werden, dass die Bundesregierung mit ihrem zustimmenden Verhalten im Rat eine vertragliche Bindung eintreten lässt, die das politische Gestaltungsrecht des Deutschen Bundestages aushöhlt und die Verfassungsstruktur der Bunderepublik verändert. Im Einzelnen:

*aa) Einschränkung der Autonomie des Bundestages*

Der Bundestag ist das zentrale Gesetzgebungsorgan des Bundes. Dass die politische Willensbildung im Bundestag ihren Kulminationspunkt findet, von dem aus gesetzgeberische Staatsgewalt ausgeübt wird (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG), setzt voraus, dass der Bundestag als Organ in seiner internen Willensbildung unabhängig ist. Unabhängigkeit bedeutet dabei nicht nur Abwesenheit von physischem oder

psychischem Zwang sowie Weisungsunabhängigkeit und Freiheit von vertraglichen Bindungen. Für den einzelnen Abgeordneten und mithin für die Summe aller Abgeordneten sind diese Unabhängigkeitsgarantien in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG verankert,

dazu *Schreiber*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 38 (2013), Rn. 181 f.; *Achterberg/Schulte*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 6. Aufl. 2010, Art. 38, Rn. 39 ff.

Darüber hinaus muss sichergestellt sein, dass die Autonomie des Bundestages als Ganzes nicht in einer Weise eingeschränkt wird, die das verfassungsrechtliche Leitbild eines unabhängig agierenden Gesetzgebungsorgans zur Fiktion werden lässt. Dabei ist zunächst zu konstatieren, dass der Bundestag als Ganzes und jeder einzelne Abgeordnete sich in einem Geflecht von Kommunikations- und Informationsstrukturen bewegt, das es schwermacht, eine klare Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Beeinflussung zu ziehen. Andererseits aber liegt auf der Hand, dass es jenseits der in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG enthaltenen Garantien unabhängigkeitsbedrohende Strukturen geben mag, die wegen ihrer besonderen Qualität mit der Verfassung nicht mehr übereinstimmen.

Massive strukturelle Einschränkungen der gesetzgeberischen Autonomie sind mit dem Grundgesetz (Art. 38 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) nicht vereinbar. Für solche massiven strukturellen Einschränkungen ist zweierlei kennzeichnend: erstens, dass der Bundestag wegen von ihm nicht mehr steuerbarer außerparlamentarischer Sachzwänge nicht mehr in der Lage ist, seinen Gesetzgebungswillen frei in einer ganz bestimmten Weise zu artikulieren, ohne dass er, zweitens, zugleich das Verdikt von Rechtswidrigkeit auf sich zieht.

Sachzwängen, die sich bei der nachvollziehenden Umsetzung von EU-Richtlinien ergeben, führen zwar auch zu einer Einengung des gesetzgeberischen Gestaltungspotentials. Aber diese Einengungen haben eine antizipierte, rechtlich tragfähige Grundlage, die letztlich in der parlamentarisch verantworteten Einbindung in die

Europäische Union ihren Ursprung hat. Zugleich weisen die EU-Richtlinien eine eigene demokratische Legitimation auf, die über die Mitwirkung im Europäischen Parlament und im Rat hergestellt wird.

Im Unterschied zu diesen legitimen Eingrenzungen parlamentarischer Gestaltungsfreiheit handelt es sich bei den hier in Rede stehenden massiven strukturellen Einschränkungen um außerparlamentarische Einflussnahmen, die in ihrer Entstehung dem Einfluss des Gesetzgebers entzogen sind. Deren weiteres Merkmal ist, dass sie vom Bundestag ohne Verstoß gegen geltendes, nicht ohne weiteres änderbares Recht nicht missachtet werden können.

Die Beschwerdeführer tragen vor, dass die im CETA enthaltenen Bestimmungen solche die Autonomie des Deutschen Bundestages beschränkende, massiven und strukturellen Einschränkungen mit sich bringen. Diese Einschränkungen verändern die demokratische Verfassungsstruktur der Bundesrepublik. Im Einzelnen:

*(1) Fehlende deutsche Mitwirkung im Gemischten CETA-Ausschuss*

Es ist nicht vorgesehen, dass deutsche Repräsentanten der Legislative oder der Exekutive im Gemischten CETA-Ausschuss vertreten sind (Art. 26.1 Abs. 1 CETA: „Vertreter der Europäischen Union und Vertreter Kanadas“). In den Sonderausschüssen ist eine deutsche Beteiligung nicht sichergestellt, wenn von „Vertretern der Vertragsparteien“ die Rede ist (z.B. Art. 6.14 Abs. 2; 11.5 lit. a; 19.19 Abs. 1; 22.4 Abs. 1 CETA). Die Formulierung lässt zu, dass nur einzelne, aber nicht alle Mitgliedstaaten vertreten sind. Der Deutsche Bundestag hat keine rechtlich gesicherte Möglichkeit, auf die Arbeit in den CETA-Sonderausschüssen einzuwirken, eine Mitwirkung in dem übergeordneten Gemischten CETA-Ausschuss ist definitiv nicht vorgesehen.

(2) *Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses*

Die vom Gemischten CETA-Ausschuss verabschiedeten Beschlüsse (Art. 26.3 CETA) können das gesamte Themenfeld des CETA betreffen (Art. 26.3 Abs. 1 CETA). Ihre Rechtswirkungen sind in Art. 26.3 Abs. 2 Satz 1 CETA festgelegt:

„Die Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses sind für die Vertragsparteien – vorbehaltlich der Erfüllung etwaiger interner Anforderungen und des Abschlusses etwaiger interner Verfahren – bindend und von ihnen umzusetzen.“

Welche internen Anforderungen und interne Verfahren im Falle der Bundesrepublik Deutschland gemeint sein könnten, erschließt sich aus dem Vertragstext nicht. Aber auch das Grundgesetz ist insoweit nicht ergiebig. Es verlangt nur für politische und gesetzesinhaltliche völkerrechtliche „Verträge“ (Art. 59 Abs. 2 GG) in jedem einzelnen Fall die Zustimmung bzw. Mitwirkung der deutschen Gesetzgebungsorgane,

zum Vertragsbegriff BVerfGE 90, 286 (359).

Bei den Beschlüssen des Gemischten CETA-Ausschusses handelt es sich indes nicht um Verträge, sondern um einseitige Rechtsakte, für die ein deutsches Zustimmungsgesetz nicht statthaft wäre,

BVerfGE 68, 1, (84 ff.); 90, 286 (358).

Andererseits kommen Art. 24 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG als Grundlage fallweise zu erteilender Beschlusslegitimation nicht in Betracht. Diese Verfassungsbestimmungen betreffen die vorweggenommene gesetzesförmliche Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen oder auf die Europäische Union, nicht aber deren konkrete Ausübung in jedem einzelnen Fall.

Es ergibt sich somit, dass die Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses für die Vertragsparteien, also auch die Bundesrepublik Deutschland, verbindlich sind.

Sie sind, wie es in Art. 26.3 Abs. 2 Satz 1 CETA ausdrücklich heißt, „bindend“ und „umzusetzen“. Diese Verpflichtung wird schon wegen des Vorbehalts des Gesetzes im Wesentlichen den Gesetzgeber treffen. Er wird ohne vorherige Einflussmöglichkeit zur Umsetzung verpflichtet, und er würde bei verweigerter Umsetzung eine Vertragsverletzung der Bundesrepublik Deutschland verursachen, die möglicherweise nach Durchführung des im CETA vorgesehenen Streitschlichtungsverfahrens Entschädigungspflichten auslöst (Art. 29.14 Abs. 1 CETA).

In diesem Zusammenhang wiegt schwer, dass der Gemischte CETA-Ausschuss auch dazu berufen ist, über die Inhalte des CETA zu disponieren. Er kann punktuell das Abkommen und seine Anhänge ändern (Art. 4.7. Abs. 1 lit f, Art. 20.22 Abs. 1 i.V.m. Art. 26.1. Abs. 5 lit. c CETA), ohne dass dafür eine Rückbindung an das Europäische Parlament oder die Parlamente der Mitgliedstaaten vorgesehen wäre.

Durch diese vertraglichen Inhalte ist die Autonomie des Bundestages, die demokratische Struktur der Gesetzgebung und damit ein essentielles Element der in Art. 79 Abs. 3 GG garantierten, identitären Staatsstrukturen berührt.

### *(3) Einschränkungen im Zusammenhang mit dem „Investitionsgericht“*

Nicht nur auf den Gemischten CETA-Ausschuss, sondern auch auf das „Investitionsgericht“ werden durch das CETA in unzulässiger Weise Hoheitsrechte übertragen, weil der Spruchkörper in die Lage versetzt wird, letztverbindliche und weltweit vollstreckbare Urteile zu erlassen (Art. 8.41 Abs. 1 CETA). Die auf diese Weise erzeugte Parallelgerichtsbarkeit beeinträchtigt nicht nur das staatliche Justizmonopol und verlässt das unionale Kompetenzgefüge (dazu sogleich), sondern beschränkt auch die Autonomie des Bundestages, indem sie das Demokratieprinzip verletzt. Denn die durch den Bundestag wirksam vorgenommene Übertragung von Hoheitsrechten auf den Europäischen Gerichtshof, dem Teile davon nun zu Gunsten des „Investitionsgerichts“ wieder entzogen werden, geschah unter der Prämisse

des durch Art. 23 Abs. 1 GG vermittelten Integrationsauftrags. Dieser geht einher mit der Bedingung, dass eine Weiterübertragung von Hoheitsrechten außerhalb der Union nicht möglich ist, was der restriktive Wortlaut von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG („hierzu“ – nämlich nur zur Verwirklichung eines vereinten Europas) belegt. Wenn es aber – wie hier geschehen – möglich ist, dass Hoheitsrechte, die ursprünglich grundgesetzkonform durch den Bundestag auf die Union übertragen wurden, in der Folge in einer Weise „weiterveräußert“ werden, die dem Bundestag nicht gestattet wäre, wird dadurch zugleich dessen Autonomie beschränkt. Denn so wird auch der zulässige Rahmen von Hoheitsrechtsübertragungen durch den Bundestag sinnentleert.

Darüber hinaus wird die Autonomie des Bundestages auch durch die materielle Rechtsprechung des „Investitionsgerichts“ spürbar eingeschränkt. Dies ist vor allem der erheblichen Privilegierung der Klägerseite – nämlich ausschließlich kanadischer Investoren – geschuldet. Sie können (anders als die beklagte Bundesrepublik) stets auf zumindest einen Richter aus dem eigenen Lager vertrauen (Art. 8.27 Abs. 6 CETA), dürfen das im jeweiligen Fall anwendbare Verfahrensrecht bestimmen (Art. 8.23 Abs. 2 CETA) und sind dank unbestimmter, aber streitentscheidender Rechtsbegriffe (insbesondere „gerechte und billige Behandlung“, Art. 8.10 Abs. 1 CETA) i.V.m. immensen Zahlungsforderungen vor dem Hintergrund einer auch insoweit uneinheitlichen Rechtsprechung von Investor-Staat-Schiedsgerichten in der Lage, ein erhebliches Bedrohungspotential zu generieren. Obwohl das „Investitionsgericht“ nur Schadensersatz- und Entschädigungszahlungen zusprechen kann, können (und werden) diese doch teils derart unverhältnismäßig hoch ausfallen, dass sich der Gesetzgeber – zur Erzielung eines „billigeren“ Vergleichs – dazu genötigt sieht, bestehende Gesetze zu ändern oder von einer geplanten Änderung abzusehen,

so bereits geschehen im Schiedsverfahren „Vattenfall-I“ zum Kraftwerk Hamburg-Moorburg: *Krajewski*, Umweltschutz und internationales Investiti-

onsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), ZUR 2014, S. 396 ff. (398) m.w.N.

Überdies schränkt die zu kalkulierende Möglichkeit immenser außerplanmäßiger Zahlungspflichten auch den Haushaltsgesetzgeber in seiner Handlungsfreiheit spürbar ein.

*bb) Beeinträchtigung des staatlichen Justizmonopols*

Nach Art. 92 Abs. 1 GG ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut. „Sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt“ (Art. 92 Hs. 2 GG). Die Begründung einer nichtstaatlichen Gerichtsbarkeit findet im Grundgesetz keine ausdrückliche Grundlage. Sie ist mit den Worten des Bundesgerichtshofs „weder erlaubt noch verboten“,

BGHZ 65, 59 (61).

Für die private Schiedsgerichtsbarkeit spricht insoweit ihre vorverfassungsrechtliche Existenz, vor allem aber, dass sie Ausdruck grundrechtlich geschützter, privatautonomer Gestaltungsfreiheit ist,

*Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 92, Rn. 87 f.; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 92, Rn. 28; *Achterberg*, in: Dolzer/Vogel/Graßhof, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 92, Rn. 173 ff. und *Wassermann*, in: Wassermann, Alternativkommentar zum Grundgesetz, Art. 92, Rn. 51 ff.

Für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit enthält Art. 24 Abs. 3 GG eine explizite verfassungsrechtliche Grundlage. Art. 24 Abs. 3 GG spricht aber insoweit nur

von der Regelung „zwischenstaatlicher Streitigkeiten“. Darunter fallen die Streitigkeiten zwischen privaten Rechtssubjekten und Staaten nicht,

*Streinz*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 24, Rn. 87.

Ob daraus bereits im Umkehrschluss zu folgern ist, dass Investor-Staat-Streitigkeiten einer nichtstaatlichen Gerichtsbarkeit nicht überantwortet werden dürfen, mag hier einstweilen dahinstehen. Zunächst ist lediglich festzustellen, dass eine belastbare verfassungsrechtliche Grundlage für diese Form von nichtstaatlicher Gerichtsbarkeit nicht existiert.

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

ebenso *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 92, Rn. 89: „Wegen ihrer grundrechtlichen Basis kommt private Schiedsgerichtsbarkeit von vornherein nur im zivilrechtlichen Bereich zwischen Privatpersonen in Betracht. Private ‚Verwaltungsgerichtsbarkeit‘ scheidet dagegen aus, weil Private keine Rechts- und Entscheidungsmacht gegenüber der öffentlichen Verwaltung ausüben können [...]“. Ferner *Menger*, Berufsgerichte und Grundgesetz, JuS 1966, S. 66 ff.; *Häberle*, Berufsgerichte als „staatliche“ Gerichte, DÖV 1965, 369 (373); *Arndt*, Private Betriebs-„Justiz“, NJW 1965, S. 26 (27); *Lembcke*, Die Influenz von Justizgewährungsanspruch, Rechtsprechungsmonopol des Staates und rechtlichem Gehör auf außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren, NVwZ 2008, S. 42 (43).

Das Rechtsprechungsmonopol des Art. 92 GG aber ist zentrales Element sowohl des Rechtsstaatsprinzips als auch des Demokratieprinzips. Die rechtsstaatliche Dimension erschließt sich in der Rechtsbefriedungsfunktion, der Durchsetzungsfunktion im Hinblick auf die Grundrechte und das staatliche Gewaltmonopol sowie in der gewaltenteilenden Funktion,

BVerfGE 33, 23 (32); 54, 277 (292); 60, 253 (267 f.).

In allen diesen Ausprägungen ist das Rechtsprechungsmonopol des Art. 92 GG Teil des in Art. 79 Abs. 3 GG besonders geschützten und unveränderlichen Rechtsstaatsprinzips,

*Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 92, Rn. 11;  
*Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Abs. 3, Rn. 239.

Der demokratiebezogene Gehalt des Art. 79 Abs. 3 GG ist berührt, weil die nichtstaatliche Gerichtsbarkeit in personeller wie in sachlicher Hinsicht nicht von der selben Legitimation getragen ist wie die staatliche Gerichtsbarkeit.

Indem das staatliche Rechtsprechungsmonopol durchbrochen und Rechtsprechung in Kapitel 8 CETA einer nichtstaatlichen Gerichtsbarkeit parallel zur bestehenden staatlichen Gerichtsbarkeit anvertraut wird, ist die in Art. 79 Abs. 3 GG verankerte Verfassungsidentität doppelt berührt: die identitätsstiftende Rechtsstaatlichkeit ist ebenso betroffen wie der identitätsstiftende demokratische Gehalt des Art. 79 Abs. 3 GG.

#### **b) *Ultra-vires-Kontrolle***

Neben der Identitätskontrolle „stellt die Ultra-vires-Kontrolle einen besonderen, an das Zustimmungsgesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG anknüpfenden An-

wendungsfall des allgemeinen Schutzes der Verfassungsidentität durch das Bundesverfassungsgericht dar“,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 153.

Bereits in der Honeywell-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht die Voraussetzungen dieses spezifischen Kontrollinstruments beschrieben, BVerfGE 126, 286 (304):

„Eine Ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht kommt darüber hinaus nur in Betracht, wenn ersichtlich ist, dass Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen außerhalb der übertragenen Kompetenzen ergangen sind (vgl. BVerfGE 123, 267 [353, 400]). Ersichtlich ist ein Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur dann, wenn die europäischen Organe und Einrichtungen die Grenzen ihrer Kompetenzen in einer das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung spezifisch verletzenden Art überschritten haben (Art. 23 Abs. 1 GG), der Kompetenzverstoß mit anderen Worten hinreichend qualifiziert ist (vgl. zur Formulierung hinreichend qualifiziert als Tatbestandsmerkmal im unionsrechtlichen Haftungsrecht etwa EuGH, Urteil vom 10. Juli 2003, Rs. C-472/00 P – Fresh Marine, Slg. 2003, S. I-7541, Rn. 26 f.). Dies bedeutet, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die rechtsstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht fällt (vgl. Kokott, Deutschland im Rahmen der Europäischen Union – zum Vertrag von Maastricht, AÖR 1994, S. 207 [220]: ‚erhebliche Kompetenzüberschreitungen‘ und [233]: ‚drastische Ultra-vires-Akte‘; [...]).“

Die Beschwerdeführer machen exakt solche hinreichend qualifizierten Kompetenzverstöße geltend, indem sie vortragen, dass sie in ihren Rechten aus Art. 38

Abs. 1 Satz 1 GG dadurch verletzt werden, dass die Ratsbeschlüsse über die Unterzeichnung, den Abschluss und die vorläufige Anwendung des CETA außerhalb der Zuständigkeitsordnung der Europäischen Union ergehen (werden). Im Einzelnen:

*aa) Kompetenzwidrige Parallelgerichtsbarkeit*

Der Union fehlt die Zuständigkeit, parallel zur Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs ein „Investitionsgericht“ (verwirklicht über Art. 8.27 ff. CETA) einzusetzen, das den Grundsatz der Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV) verletzt. Der Europäische Gerichtshof hat in einer Reihe von Entscheidungen verbindlich klargestellt, dass die in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung es verbiete, durch internationale Abkommen Gerichte einzusetzen, die das Monopol des Gerichtshofs für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane in Frage stellen,

EuGH, Gutachten 1/91 vom 14.12.1991 – EWR 1; Gutachten 1/00 vom 18.04.2002 – GELR; Gutachten 1/09 vom 08. 03. 2011 – Patentgericht.

In Frage gestellt ist das Rechtsprechungsmonopol des Gerichtshofs durch das CETA-„Investitionsgericht“, weil dieser Spruchkörper zu der Feststellung befugt ist, dass ein bestimmter Sekundärrechtsakt gegen einzelne Investitionsschutzklauseln des CETA verstößt. Das „Investitionsgericht“ ist zwar nicht befugt, einen Sekundärrechtsakt für nichtig zu erklären, aber es kann ihn als haftungsauslösende, vertragswidrige „Tatsache“ (Art. 8.31 Abs. 2 CETA) würdigen. Dies führt zwangsläufig zu einer Kollision mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wenn dieser zuvor die Rechtmäßigkeit desselben Sekundärrechtsakts bestätigt hat,

vgl. *Herrmann*, The Role of the Court of the European Union in the Emerging EU Investment Policy, in: *The Journal of World Investment & Trade*, 15 (2014), S. 570 ff.; *Burgstaller*, Dispute Settlement in EU International Investment Agreements with Third States, in: *The Journal of World Investment &*

Trade, 15 (2014), S. 551 (569); *Hindelang*, Der primärrechtliche Rahmen einer EU-Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU-Abkommen, in: Bungenberg/Herrmann, Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 2011, S. 157 (177 f.).

Der Grundsatz der Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung ist in der Ausgestaltung des in wesentlichen Punkten einer Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit gleichkommenden „Investitionsgerichts“ durch das CETA evident verletzt.

Hinzu kommt, dass der Gemischte CETA-Ausschuss nach Art. 26.1 Abs. 5 lit. e CETA die Befugnis besitzt, „Auslegungen der Bestimmungen dieses Abkommens vor[zu]nehmen, die für die nach Kapitel acht Abschnitt F (Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und Staaten) und nach Kapitel neunundzwanzig (Streitbeilegung) errichteten Gerichte bindend sind“. Damit ist der Gemischte CETA-Ausschuss auch in die Lage versetzt, im Wege einer von ihm vorgenommenen authentischen Interpretation indirekt über die Vertragskonformität des gesamten Unionsrechts zu bestimmen. Hierin liegt eine weitere, zusätzliche Überschreitung der in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV verankerten ausschließlichen Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs für die Wahrung des Rechts der Europäischen Union.

#### *bb) Kompetenzwidrige institutionelle Erweiterungsbefugnisse*

Die Union besitzt keine Zuständigkeit, Ausschüsse zur Durchführung des CETA (Kapitel 26 CETA) im Vertragswege einzusetzen, die dann institutionelle Änderungen oder Ergänzungen vornehmen dürfen. Der Gemischte CETA-Ausschuss und die Sonderausschüsse haben – wie noch im Einzelnen darzulegen ist, s.u. IV. 2. a) – die Befugnis, Rechtsakte zur Ergänzung oder Änderung des institutionellen Rahmens des CETA zu erlassen. Dies verstößt gegen die Kompetenzsperre, die

Art. 218 Abs. 9 AEUV für institutionelle Fortentwicklungen von völkerrechtlichen Verträgen der Union aufstellt. Solche Fortentwicklungen sind nur im Wege von Vertragsänderungen möglich. Zweck der Kompetenzsperre ist es, einen nicht mehr kontrollierbaren institutionellen Wildwuchs zu vermeiden und die kompetenzgerechte Aufgabenwahrnehmung der im Primärrecht eingesetzten Organe und Einrichtungen sicher zu stellen.

In seinem Pringle-Urteil (EuGH, Urteil vom 27. November 2012, C 370/12 – Pringle, Rn. 158) hat der Europäische Gerichtshof – wenn auch in einem anderen rechtlichen Zusammenhang – den Telos des Art. 218 Abs. 9 AEUV der Sache nach bestätigt, wenn er ausführt, dass es den Mitgliedstaaten nur erlaubt ist, Organe der Union völkervertraglich mit neuen Aufgaben zu betrauen, „sofern diese Aufgaben die den Organen durch den EU-Vertrag und den AEU-Vertrag übertragenen Befugnisse nicht verfälschen (vgl. u. a. Gutachten 1/92 vom 10. April 1992, Slg. 1992, I-2821, Rn. 32 und 41, 1/00 vom 18. April 2002, Slg. 2002, I-3493, Rn. 20, und 1/09 vom 8. März 2011, Slg. 2011, I-1137, Rn. 75)“. Daraus lässt sich ableiten, dass die den CETA-Ausschüssen zugewiesenen institutionellen Weiterentwicklung- und Ergänzungsbefugnisse ersichtlich außerhalb des von Art. 218 Abs. 9 AEUV vorgegebenen Rahmens liegen.

### *cc) Kompetenzwidrige Aufgabe des Vorsorgeprinzips*

In Art. 191 Abs. 2 AEUV ist das seit der Einheitlichen Europäischen Akte von 1987 etablierte Vorsorgeprinzip verankert. Es verpflichtet die Umweltpolitik der Union zu einem hohen Schutzniveau, das „auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung, auf dem Grundsatz, Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen, sowie auf dem Verursacherprinzip“ beruht. Das Vorsorgeprinzip verlangt, dass zur Gewährleistung des verbindlich festgelegten hohen Schutzniveaus der Schutz von Gesundheit und Umwelt bereits ansetzen muss, bevor Gefahren sich konkretisieren oder sogar Schäden auftreten. Es handelt sich

insoweit nicht um einen politischen Programmsatz, sondern um ein verbindliches Rechtsprinzip,

EuGH Rs. C-284/95 – Safety Hi-Tech, Slg. 1998, I-4301 Rn. 36; Rs. C-341/95 – Bettati, Slg. 1998, I-4355 Rn. 34; *Kabl*, in: Streinz, EUV/AEUV Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 191 AEUV, Rn. 72 m.w.N.

Dieses Rechtsprinzip setzt der Tätigkeit der Union zugleich kompetenzielle Grenzen. Ihr ist es untersagt, internationale Übereinkünfte abzuschließen, die nach ihrer Wirkweise dem Vorsorgeprinzip nicht Rechnung tragen oder ihm sogar entgegengesetzt sind.

Im CETA ist das Vorsorgeprinzip weder als Rechtsbegriff noch der Sache nach aufgenommen. Zwar wird in den Kapitel über SPS- und TBT-Maßnahmen auf die bestehenden einschlägigen WTO-Abkommen (Agreement on Technical Barriers to Trade, Übereinkommen über technische Handelshemmnisse in Anhang 1A des WTO-Übereinkommens; Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen in Anhang 1A des WTO-Übereinkommens) verwiesen (Art. 5.4, Art. 4.2 CETA), deren Vertragsparteien die Union und ihre Mitgliedstaaten sind. Es ist aber keinesfalls sichergestellt, dass das Europäische Vorsorgeprinzip in den in Bezug genommenen WTO-Übereinkommen Beachtung findet,

*Stoll/Douma/de Sadeleer/Abel*, CETA, TTIP und das europäische Vorsorgeprinzip, Eine Untersuchung zu den Regelungen zu sanitären und phytosanitären Maßnahmen, technischen Handelshemmnissen und der regulatorischen Kooperation in dem CETA-Abkommen und nach den EU-Vorschlägen für TTIP, Mai 2016, S. 19 ff. ([https://www.foodwatch.org/uploads/media/2016-06-21-\\_Studie\\_Vorsorgeprinzip\\_TTIP\\_CETA.pdf](https://www.foodwatch.org/uploads/media/2016-06-21-_Studie_Vorsorgeprinzip_TTIP_CETA.pdf)).

Wie noch im Einzelnen darzulegen ist – s.u. IV. 3. – verstoßen die Vorschriften über SPS-Maßnahmen und über TBT-Maßnahmen gegen das unionale Vorsorgeprinzip; auch insoweit handelt es sich bei jedem zustimmenden Beschluss zum CETA um einen Ultra-vires-Rechtsakt. Die erkennbare und schwerwiegende Kompetenzwidrigkeit führt zu einer Verletzung des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG, weil das CETA als unionaler Rechtsakt mit der Preisgabe des Vorsorgeprinzips das vom Bundestag mitverantwortete Integrationsprogramm des AEUV verlässt.

*dd) Kompetenzwidrige vorläufige Anwendung*

Nach dem derzeitigen offiziellen Plan soll das CETA nach Zustimmung des Europäischen Parlaments durch einen Beschluss des Rates vorläufig angewandt werden. Rechtsgrundlage dafür ist Art. 218 Abs. 5 AEUV einerseits und Art. 30.7 Abs. 3 lit. a CETA andererseits. Es wird ferner davon ausgegangen, dass der Beschluss im Rat einstimmig gefasst wird, dass aber eine darüber hinausgehende Mitwirkung der Gesetzgebungsorgane in den Mitgliedstaaten nicht vorgesehen ist und deshalb unterbleiben wird. Der Deutsche Bundestag wird vor einem Beschluss über die vorläufige Anwendung nicht beteiligt.

Es ist indes kompetenzwidrig, das CETA ohne entsprechendes Zustimmungsgesetz vorläufig anzuwenden. Auch die vorläufige Anwendung begründet vertragliche Bindung. Sie ist Vertrag im Sinne des Art. 59 Abs. 2 GG. Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass die vorläufige Anwendung von jeder Vertragspartei nach allgemeinem völkerrechtlichen Verständnis und auch im speziellen Fall des CETA jederzeit durch einseitigen Rechtsakt beendet werden kann (Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA). Denn dies bedeutet nichts anderes, als dass es sich um einen Vertrag mit einer vereinbarten erleichterten Kündigungsmöglichkeit handelt.

Telos des Art. 59 Abs. 2 GG ist es, bei bestimmten Vertragstypen (politische und gesetzesinhaltliche Verträge) die Zustimmung bzw. Mitwirkung der Gesetzgebungsorgane des Bundes vorzusehen, um einerseits das Entstehen rechtlicher Bin-

dungen in den Außenbeziehungen parlamentarisch zu kontrollieren und andererseits den Vertragsinhalt innerstaatlich anwenden zu können (Vollzugsfunktion),

statt vieler näher *Streinz*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 59, Rn. 20 ff.

Diesem Telos entspricht es, auch die vorläufige Anwendung eines völkerrechtlichen Vertrages als Anwendungsfall des Art. 59 Abs. 2 GG zu qualifizieren.

Die Europäische Union ist aus Gründen der Rücksichtnahme auf die nationale Identität der Bundesrepublik, zu der auch „ihre grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“ (Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV) gehören, zu einer identitätsschonenden Wahrnehmung ihrer Kompetenzen verpflichtet. Dies bedeutet, dass sie vor dem Beschluss über die vorläufige Anwendung des CETA im Rat verpflichtet ist, der Bundesrepublik die Möglichkeit einzuräumen, ein Zustimmungsverfahren nach Art. 59 Abs. 2 GG durchzuführen.

Die Zuständigkeit nach Art. 218 Abs. 5 AEUV ist verletzt, wenn die Union im Außenverhältnis zu Kanada vertragliche Bindungen der Bundesrepublik Deutschland eintreten lässt, die in Deutschland nicht die erforderliche parlamentarische Zustimmung gefunden haben. Auch insoweit liegt ein hinreichend qualifizierter Kompetenzverstoß vor, der den in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG vorausgesetzten Verantwortungszusammenhang zwischen dem Deutschen Bundestag und der Europäischen Union durchbricht.

#### **IV. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde**

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, weil das CETA hinreichend qualifizierte Kompetenzüberschreitungen aufweist und Regelungsinhalte enthält, die die Verfassungsidentität des Grundgesetzes berühren. Dies gilt namentlich für die Unterwerfung der Bundesrepublik Deutschland unter das „Investitionsgericht“ (1.), die Einrichtung und Ausgestaltung des Gemischten CETA-Ausschusses (2.), die mit dem

CETA einhergehende Verletzung des europäischen Vorsorgeprinzips (3.) sowie die vorläufige Anwendung des CETA (4.).

## **1. Die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“**

Die Unterwerfung der Bundesrepublik Deutschland unter das durch Kapitel 8 Abschnitt F CETA errichtete „Investitionsgericht“ mit Berufungsinstanz (im Folgenden insgesamt als „Investitionsgericht“ bezeichnet) verletzt die in Art. 1 und Art. 20 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegte Verfassungsidentität und ist daher über die Identitätskontrolle rügefähig (a). Daneben verläuft die Mitwirkung der Europäischen Union an der Unterwerfung der Bundesrepublik Deutschland unter das „Investitionsgericht“ außerhalb des ihr übertragenen Integrationsprogramms und ist daher über die Ultra-vires-Kontrolle angreifbar (b). Aus diesen Gründen besteht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG – und dem damit zum Ausdruck kommenden „Recht auf Demokratie“ – ein Anspruch jedes wahlberechtigten Bürgers gegenüber den Verfassungsorganen der Bundesrepublik Deutschland auf Schutzgewährung gegen die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“, der sich auf ein negatives Abstimmungsverhalten des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union verdichtet (c).

### ***a) Verletzung der Verfassungsidentität durch Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“***

Mit der Identitätskontrolle des Bundesverfassungsgerichts wird gewährleistet, dass die in Art. 1 und Art. 20 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG garantierten Grundsätze auch bei der Anwendung des Unionsrechts in Deutschland zur Geltung kommen (aa). Die Unterwerfung der Bundesrepublik Deutschland unter das „Investitionsgericht“ verletzt von diesen Grundsätzen das Rechtsstaatsprinzip (bb) und das Demokratieprinzip (cc). Diese Verletzungen lassen sich auch nicht verfassungsimmanent rechtfertigen, insbesondere nicht über Art. 23, 24 oder 59 Abs. 2 GG (dd).

*aa) Identitätskontrolle*

Die Identitätskontrolle dient der Wahrung des unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes,

BVerfGE 123, 267, Rn. 240; s. ferner o. III. 3 a).

Dazu führt die gefestigte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus: „Soweit Maßnahmen von Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union Auswirkungen zeitigen, die die in den Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegte Verfassungsidentität berühren, gehen sie über die grundgesetzlichen Grenzen offener Staatlichkeit hinaus. Auf einer primärrechtlichen Ermächtigung kann eine derartige Maßnahme nicht beruhen, weil auch der mit der Mehrheit des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2 GG entscheidende Integrationsgesetzgeber der Europäischen Union keine Hoheitsrechte übertragen kann, mit deren Inanspruchnahme eine Berührung der von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsidentität einherginge (vgl. BVerfGE 113, 273 <296>; 123, 267 <348>; 134, 366 <384 Rn. 27>)“,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 137.

Damit sind auch mit dem CETA verbundene Rechtsakte, die zu einer Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ führen, einer Identitätskontrolle zugänglich. Immerhin ist der Vertragstext des CETA selbst unter maßgeblichem Einfluss der Europäischen Union verhandelt worden. Überdies kann das CETA ohne einhergehende Rechtsakte der Europäischen Union nicht in Kraft treten, Art. 218 AEUV.

An den von der Identitätskontrolle umfassten Grundsätzen muss sich daher auch das CETA – und insbesondere die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ – messen lassen. Dies sind einerseits die Wahrung des Menschenwürdekerns der Grundrechte,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 48,

sowie andererseits das Demokratie-, Rechts-, Sozial- und Bundesstaatsprinzip im Sinne des Art. 20 GG,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 138.

*bb) Verletzung des Rechtsstaatsprinzips*

Von den durch die Identitätskontrolle geschützten Prinzipien wird das Rechtsstaatsprinzip durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ verletzt.

Das Rechtsstaatsprinzip bietet die objektive Gewähr dafür, dass die Kernbereiche des Grundgesetzes unter dem unabdingbaren Schutz effektiver Staatsgewalt stehen (1). Als diesem Bereich zuzuordnende Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips werden durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ die Prinzipien von Rechtssicherheit und Normenklarheit (2), das Gebot der prozessualen Waffengleichheit (3), ein diskriminierungsfreier Zugang zum Gericht (4), das staatliche Justizmonopol (5) sowie die Gewährleistung des gesetzlichen Richters (6) verletzt.

*(1) Das Rechtsstaatsprinzip*

Das Rechtsstaatsprinzip wird im Grundgesetz zwar nur an wenigen Stellen explizit genannt (so in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 und 28 Abs. 1 Satz 1 GG). Gleichwohl ist es unbestrittener Bestandteil des änderungsfesten Verfassungskerns, weil die Verbürgungen vor allem von Art. 20 GG ohne das Rechtsstaatsprinzip gegenstandslos wären. Das Rechtsstaatsprinzip selbst ist daher von Art. 20 GG umfasst,

dazu statt vieler nur *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 20 Abschn. VII, Rn. 32 ff.

Die Dogmatik zum Rechtsstaatsprinzip ist vielschichtig; sie hier auch nur in Grundzügen nachzuzeichnen erwiese sich für den Verfahrensgegenstand als zu weitgehend. Es soll stattdessen lediglich daran erinnert werden, dass das Grundgesetz sowohl von einem formellen als auch einem materiellen Verständnis der Rechtsstaatlichkeit ausgeht, aus dem sich zahlreiche, gleichermaßen von Art. 20 GG umfasste Unterprinzipien ableiten lassen. Sie alle haben gemeinsam, dass sie den Staat auf zweierlei Weise verpflichten: einerseits hat er seine Herrschaft innerhalb der einzelnen Prinzipien Grenzen einzuschränken, andererseits hat er effektive Staatsgewalt für die betroffenen Bereiche zu gewährleisten,

*Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 20 Abschn. VII, Rn. 41; *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rn. 18 f.

Zu der genannten Gewährleistungspflicht gehört namentlich auch, die Voraussetzungen des Rechtsstaats zu wahren und nicht – auch nicht partiell – aus der Hand zu geben. Aus dieser Prämisse rührt das verfassungsrechtlich determinierte Unvermögen des Staates, sich bestimmter Hoheitsrechte ganz zu entledigen, weil er dann die Voraussetzungen des Rechtsstaates gerade nicht mehr garantieren könnte. Deshalb ist auch die in den Art. 23 und 24 GG angelegte Übertragung von Hoheitsrechten rechtstatsächlich nicht als Veräußerung im Sinne eines „transferre“, sondern als Betrauen oder Zuweisen im Sinne eines „conferre“ zu verstehen,

*Wollenschläger*, in: Dreier, GG-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 24, Rn. 47;

dadurch besteht im Mehrebenensystem offener Staatlichkeit erst die Möglichkeit des Staates, jeder Form rechtsstaatlicher Erosion effektiv entgegenzuwirken. Genau dies soll durch die Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle prozessual für den Wahlbürger über Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG ermöglicht werden.

Das Rechtsstaatsprinzip ist auch deshalb unabdingbarer Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung, weil es – insbesondere vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte – dem Einzelnen Sicherheit und Schutz vor staatlicher Willkür sowie die Verlässlichkeit der Rechtsordnung vermittelt. Die rechtsstaatswidrige Beeinträchtigung einer Person ist daher einer der typischen Anknüpfungspunkte für verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz. Dies scheint hier auf den ersten Blick nicht einschlägig zu sein. Denn im Zusammenhang mit dem „Investitionsgericht“ sind bei flüchtiger Betrachtung lediglich Grundrechtsträger erkennbar, die von dieser Institution zu profitieren scheinen – nämlich kanadische Investoren. Auf der anderen Seite steht stets der beklagte Staat, so potentiell auch die Bundesrepublik Deutschland. Diese kann sich selbst aber gerade nicht auf das doch durch sie zu gewährleistende Rechtsstaatsprinzip berufen. Allerdings steht sie gem. Art. 1 Abs. 3 GG gegenüber der Gesamtheit aller Grundrechtsträger in der Pflicht, die Mindestanforderungen des Rechtsstaatsprinzips für jedermann zu gewährleisten. Daher verhalten sich jedenfalls die objektiven Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips, die zugleich Bestandteil der unveränderlichen Verfassungsidentität sind, unabhängig von einer vordergründigen bloßen Bevorteilung einiger Grundrechtsträger. Gerade auch die Begünstigung einiger Weniger kann rechtsstaatswidrige Auswirkungen auf das Gemeinwesen als solches haben.

Für die hier maßgeblichen Aspekte des Rechtsstaatsprinzips bedeutet dies, dass schon die mangelnde Gewährleistung rechtsstaatlicher Voraussetzungen zu einem rügefähigen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip selbst führt. Dies ist für die hier relevanten Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips von fundamentaler Bedeutung. Denn soweit der Staat nicht mehr in der Lage ist, für die vom „Investitionsgericht“ betroffenen Bereiche die rechtsstaatlichen Voraussetzungen zu garantieren, ist das Rechtsstaatsprinzip in seinem Kern verletzt. Namentlich gilt dies für die Gewährung von (materieller) Rechtssicherheit und Normenklarheit sowie für (prozessuale, teils zusätzlich über Art. 92 und 101 GG abgesicherte) Rechtsprechungsstandards, nämlich das Gebot der prozessualen Waffengleichheit, der Gewährung diskriminie-

rungsfreien Zugangs zum Gericht, die Aufrechterhaltung des staatlichen Justizmonopols sowie die Gewährleistung des gesetzlichen Richters.

(2) *Rechtssicherheit und Normenklarheit*

Die staatlich zu gewährleistende Rechtssicherheit umfasst sämtliche Aspekte des Rechtsstaatsprinzips, die mit der Verlässlichkeit der Rechtsordnung einhergehen. Darunter fallen u.a. die Prinzipien von Normenklarheit, hinreichender Bestimmtheit und Vertrauensschutz. Relevant sind hier insbesondere die ersten beiden Aspekte. Sie fordern u.a., dass Rechtsakte inhaltlich hinreichend klar gefasst sind und ihr Inhalt im Falle unbestimmter Rechtsbegriffe – wenn schon nicht bestimmt – jedenfalls mit hinreichender Sicherheit bestimmbar ist. Dabei genügt es, eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der betroffenen Norm mit Hilfe juristischer Auslegungsmethoden zu gewinnen,

zum Ganzen *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 20 Abschn. VII, Rn. 50 ff.

Durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ erlangen zugleich auch die damit verbundenen materiell-rechtlichen Entscheidungsgrundlagen aus dem CETA Eingang in die deutsche Rechtsordnung. Das „Investitionsgericht“ ist gem. Art. 8.18 CETA dazu berufen, über Verletzungen der investitionsrechtlichen Bestimmungen des CETA, wie sie in Kapitel 8 Abschnitt C und D formuliert sind, verbindlich zu entscheiden.

Problematisch ist zunächst der unbestimmte Rechtsbegriff der „indirekten Enteignung“, wie er sich in Art 8.12 (und damit in Abschnitt D) CETA wiederfindet. Zur Klarstellung soll in Ansehung dessen Anhang 8-A CETA dienen, in dessen Nr. 1 lit. b die indirekte Enteignung derart umschrieben wird, dass dem Investor „in wesentlichem Maße grundlegende Eigentümerrechte an seiner Investition entzogen werden“. Tatsächlich ist damit keine Klarstellung verbunden, die zur Bestimmbar-

keit des Begriffs herangezogen werden könnte. Denn es bleibt auf unvorhersehbare Weise zunächst dem „Investitionsgericht“ überlassen, eine Definition zu finden. Eine solche ergäbe sich aber gerade nicht aus dem Vertragstext des CETA, sodass insoweit schon ein Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit zu verzeichnen ist.

Vor allem aber nimmt darüber hinaus der unter Abschnitt D aufgeführte Art. 8.10 Abs. 1 CETA eine zentrale Rolle ein, der ausländischen Investoren eine „gerechte und billige Behandlung“ zusichert. Diese unter dem investitionsrechtlich weit verbreiteten englischen Terminus „fair and equitable treatment“ bekannte Anspruch ist der typische Anknüpfungspunkt für investitionsrechtliche Schiedsverfahren,

vgl. etwa den anhängigen Fall *Vattenfall ./.* *Deutschland* anlässlich des Atomausstiegs, ICSID Case No. ARB/12/12, unter Berufung auf Art. 10 Abs. 1 Energiecharta-Vertrag (dort unter der ins Deutsche leicht anders übersetzten Bezeichnung „faire und gerechte Behandlung“).

Obwohl dieser anspruchsbegründende unbestimmte Rechtsbegriff eine inzwischen lange investitionsrechtliche Geschichte hat, existiert zu dessen Konkretisierung keine homogene (schiedsgerichtliche) Rechtsprechung. Es hat sich bis heute kein einheitlicher Standard herausgebildet, der eine „gerechte und billige Behandlung“ verlässlich bestimmbar erscheinen ließe. Es sind damit bis heute zahlreiche offene Rechtsfragen verbunden,

zum Ganzen *Schernbeck*, *Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen*, 2013.

Schon deshalb kann diesem Kernbegriff im investitionsrechtlichen Teil des CETA keine Normenklarheit attestiert werden.

Dem steht auch nicht Art. 8.10 Abs. 2 CETA entgegen. Darin wird zwar der Versuch unternommen, durch sechs Regelbeispiele eine gewisse Bestimmbarkeit zu suggerieren. Jedoch sind diese Beispiele zum einen teils selbst nicht hinreichend

bestimmt (lit. c: „offensichtliche Willkür“, lit. e: „missbräuchliche Behandlung“). Zum anderen enthält Art. 8.10 Abs. 2 lit. f i.V.m. Abs. 3 CETA eine Öffnungsklausel, die eine beliebige Ausweitung des ohnehin unbestimmten Inhalts der „gerechten und billigen Behandlung“ ermöglicht und den Begriff damit letztlich höchst dynamisch gestaltet. Dies geschieht wie folgt: Über Art. 8.10 Ziff. 3 CETA sind die Vertragsparteien verpflichtet, den Inhalt der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung regelmäßig zu überprüfen. Dann heißt es weiter:

„Der nach Artikel 26.2 (Sonderausschüsse) Absatz 1 Buchstabe b eingesetzte Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen kann diesbezügliche Empfehlungen erarbeiten und sie dem Gemischten CETA-Ausschuss zur Beschlussfassung vorlegen.“

Dieser Sonderausschuss ist sodann gem. Art. 8.44 Abs. 3 lit. d CETA dazu befugt,

„dem Gemischten CETA-Ausschuss nach Artikel 8.10 Absatz 3 die Festlegung etwaiger weiterer Bestandteile der Verpflichtung zur Gewährung einer gerechten und billigen Behandlung [zu] empfehlen“.

Darüber hinaus kann der Gemischte CETA-Ausschuss gem. Art. 26.1 Abs. 5 lit. e CETA im Rahmen des Investitionskapitels sogar von Amts wegen tätig werden. Dabei kann er

„Auslegungen der Bestimmungen dieses Abkommens vornehmen, die für die nach Kapitel acht Abschnitt F (Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und Staaten) [...] errichteten Gerichte bindend sind“.

Sodann findet Art. 26.3 CETA zur Beschlussfassung des Gemischten CETA-Ausschusses Anwendung:

„1. Zur Verwirklichung der Ziele dieses Abkommens ist der Gemischte CETA-Ausschuss befugt, in allen Angelegenheiten Beschlüsse zu fassen, sofern es in diesem Abkommen vorgesehen ist.“

2. Die Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses sind für die Vertragsparteien – vorbehaltlich der Erfüllung etwaiger interner Anforderungen und des Abschlusses etwaiger interner Verfahren – bindend und von ihnen umzusetzen. Der Gemischte CETA-Ausschuss kann auch geeignete Empfehlungen aussprechen.“

Damit kann ein über das CETA eingerichtetes Gremium, auf dessen Zusammensetzung die Bundesrepublik Deutschland keinen Einfluss hat – s. näher u. cc) (5) –, autonom über den Inhalt des Begriffs der „gerechten und billigen Behandlung“ befinden. Abgesehen von der – darüber hinaus zu konstatierenden, s.u. b) ff) – Kompetenzwidrigkeit dieses Vorgangs verstößt diese Konstruktion evident gegen die Prinzipien der Rechtsklarheit und hinreichender Bestimmtheit, weil weder zum Zeitpunkt des Abschlusses des CETA noch während dessen (vorläufiger) Anwendung vorhersehbar ist, welche staatlichen Verhaltensweisen zu einem – mitunter milliardenschweren – Entschädigungsanspruch gegenüber ausländischen Investoren führen können.

### (3) *Gebot der prozessualen Waffengleichheit*

Das Rechtsstaatsprinzip fordert ferner i.V.m. dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG eine jederzeit vorhandene prozessuale Waffengleichheit. Darunter ist zu verstehen, dass jedenfalls eine vergleichbare Kostensituation und eine vergleichbare Risikoverteilung zwischen Bürgern und Behörden herrschen muss,

vgl. BVerfGE 74, 88; zum Ganzen *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 183, Rn. 111.

Durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ wird hingegen eine Situation prozessualer Waffenungleichheit zu Lasten eines beklagten Staates erzeugt. Zwar ist das Gebot der prozessualen Waffengleichheit bislang nur zu Gunsten eines benachteiligten Grundrechtsträgers in Erscheinung getreten. Dies bedeutet je-

doch nicht, dass es darauf beschränkt wäre und sich der Staat mit einer Situation prozessualer Waffenungleichheit abfinden müsste – oder auch nur dürfte. Denn als Teil des Rechtsstaatsprinzips kommt auch mit dem Gebot prozessualer Waffenungleichheit die objektive Wertentscheidung des Grundgesetzgebers zum Ausdruck, dass keine Seite in einem Gerichtsverfahren privilegiert werden darf. Überdies wäre es gegenüber allen nicht unter den Anwendungsbereich des CETA fallenden Investoren – also weiteren Grundrechtsträgern – eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung, wenn in ihren Fällen gegenüber dem Staat die übliche prozessuale Waffenungleichheit bestünde.

Im Falle des CETA tritt die prozessuale Waffenungleichheit wie folgt in Erscheinung:

Gem. Art. 8.18 Abs. 1 und 8.23 Abs. 1 CETA liegt es allein in der Hand eines (in diesem Fall: kanadischen) Investors, ein Verfahren vor dem „Investitionsgericht“ einzuleiten, das nur scheinbar auf einer privatautonomen Entscheidung aller Streitparteien tätig wird. Denn über Art. 8.25 Abs. 1 CETA erklärt jeder potentiell beklagte Vertragsstaat unbedingt und unwiderruflich seine Zustimmung zur Beteiligung an jedem Verfahren. Soweit mehrere Beklagte in Betracht kommen, bestimmt sodann die Europäische Union den Beklagten gem. Art. 8.21 Abs. 3 CETA verbindlich. Diese Entscheidung ist gem. Abs. 6 und 7 unanfechtbar und bindet das „Investitionsgericht“. Bereits dieses Ausgeliefertsein des beklagten und durch die Union bestimmten Staates begründet eine manifeste Waffenungleichheit, weil selbst bei tatsächlich unzutreffender Zuordnung als richtiger Beklagter kein Rechtsmittel besteht und auch nicht die Unzulässigkeit der Klage geltend gemacht werden kann. Dagegen ist der Investor stets darin abgesichert, mindestens von einem verbindlich feststehenden Beklagten Schadensersatz verlangen zu können.

Nach Verfahrenseinleitung hat der klagende Investor gem. Art. 8.23 Abs. 2 CETA das exklusive Recht, die Verfahrensordnung zu bestimmen, indem er sich frei entscheiden kann, ob das ICSID-Übereinkommen und die ICSID-Schiedsordnung

(lit. a), die ICSID-Regeln über die Zusatzeinrichtung, sofern die Voraussetzungen für Verfahren nach lit. a nicht erfüllt sind (lit. b), die UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung (lit. c) oder sonstige von den Streitparteien einvernehmlich festgelegte Regeln (lit. d) zur Anwendung kommen sollen. Allein diese exklusive Wahlmöglichkeit des anwendbaren Verfahrensrechts bevorzugt den klagenden Investor erheblich gegenüber dem beklagten Staat, ohne dass ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung ersichtlich wäre. Daraus folgt bereits eine evidente Verletzung des Gebots prozessualer Waffengleichheit, weil sich der Investor einseitig auf das ihm konkret jeweils am erfolgversprechendste Verfahrensrecht festlegen kann. Übertrüge man diese Situation auf ein Verfahren vor einem deutschen Gericht, wäre sie vergleichbar mit einer (offenkundig absurden) Möglichkeit des Klägers im Verwaltungsprozess, zwischen der VwGO, der ZPO oder der StPO wählen zu können – je nach dem, welche Verfahrensordnung sich im konkreten Fall als am günstigsten erweist.

Damit sind die einseitigen Wahlmöglichkeiten für kanadische Investoren jedoch noch nicht erschöpft. Denn ungeachtet der Einrichtung des „Investitionsgerichts“ bleibt es den begünstigten Unternehmen weiterhin möglich, im Falle einer behaupteten Vertragsverletzung durch die Bundesrepublik Deutschland vor einem nationalen Gericht zu klagen. Dies ergibt sich zwanglos aus der weiterhin über Art. 19 Abs. 4 GG gewährten Garantie effektiven Rechtsschutzes. Daran ändert auch das CETA nichts. Es schafft aber zugleich die Alternative, ein Verfahren vor dem „Investitionsgericht“ einzuleiten, ohne dass sich die beklagte Bundesrepublik auf die Unzuständigkeit des Gerichts berufen könnte. Zwar bestimmt Art. 8.22 Abs. 1 CETA u.a., dass in diesem Fall der Investor „etwaige bereits nach internem oder internationalem Recht angestrengte Klagen oder Gerichtsverfahren in Bezug auf eine Maßnahme, die angeblich einen Verstoß gegen das Abkommen darstellt und die in seiner Klage angeführt wird, zurücknimmt beziehungsweise einstellt“ (lit. f) bzw. „auf sein Recht verzichtet, in Bezug auf eine Maßnahme, die angeblich einen Verstoß gegen das Abkommen darstellt und die in seiner Klage angeführt wird,

eine Klage oder ein Gerichtsverfahren nach internem oder internationalem Recht anzustrengen“ (lit. g). Damit sollen parallele Verfahren vor einem nationalen Gericht und dem „Investitionsgericht“ verhindert werden. Tatsächlich ermöglicht diese nur scheinbare Beschränkung aber genau dies: Ein Verfahren vor einem nationalen Gericht kann zunächst so weit vorangetrieben werden, bis sich eine Sachentscheidung abzeichnet. Nimmt dieses Verfahren einen für den Investor ungünstigen Verlauf, kommt ihm ausgerechnet Art. 8.22 Abs. 1 CETA zugute, weil er nach Klagerücknahme vor dem nationalen Gericht (verbunden mit einer entsprechenden Erklärung nach Art. 8.22 Abs. 1 CETA) weiterhin berechtigt ist, ein Verfahren vor dem „Investitionsgericht“ einzuleiten. Diese Möglichkeit verschafft dem Investor ein erhebliches Druckpotential, denn entweder kann er allein durch die unausgesprochene Drohung, den Rechtsweg hin zum „Investitionsgericht“ zu wechseln, dem beklagten Staat eine unter sachlichen Gesichtspunkten nicht erwägenswerte Vergleichsbereitschaft abnötigen. Oder er betrachtet das nationale Verfahren als ersten von zwei tauglichen Versuchen, sein Klageziel zu erreichen – jedoch nicht über zwei Instanzen, sondern über zwei Rechtswege. Beides erzeugt eine noch erheblichere prozessuale Waffenungleichheit zu Lasten der beklagten Bundesrepublik Deutschland. Dies Kumulierung ungerechtfertigter prozessrechtlicher Vorteile zu Gunsten von kanadischen Investoren verstößt jedenfalls in ihrer Summe evident gegen das Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG.

#### *(4) Ungleicher Zugang zum „Investitionsgericht“*

Das Rechtsstaatsprinzip ist i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG noch auf eine weitere Weise verletzt, nämlich in Ansehung des ungleichen Zugangs zum „Investitionsgericht“. Gem. Art. 8.23 Abs. 1 CETA ist ausschließlich ein „Investor einer Vertragspartei in eigenem Namen“ (lit. a) oder ein „Investor einer Vertragspartei im Namen eines gebietsansässigen Unternehmens, das direkt oder indirekt in seinem Eigentum oder unter seiner Kontrolle steht“ (lit. b) zur Klageerhebung vor dem „Investitionsge-

richt“ berechtigt. Als „Investor“ im Sinne des CETA gilt gem. der Legaldefinition in Art. 8.1 CETA jedoch nur „eine Vertragspartei, eine natürliche Person oder ein Unternehmen einer Vertragspartei – ausgenommen Zweigniederlassungen oder Repräsentanzen –, die oder das eine Investition im Gebiet der anderen Vertragspartei tätigen möchte, tätig oder getätigt hat“. Maßgeblich ist demnach – soweit es, wie es weit überwiegend zu erwarten sein wird, um Privatpersonen geht – die Einschränkung „im Gebiet der anderen Vertragspartei“. Aus der Perspektive der Bundesrepublik Deutschland bedeutet dies (soweit es um Streitigkeiten über eine Investition in Deutschland geht), dass sie ausschließlich von kanadischen Investoren vor dem „Investitionsgericht“ verklagt werden kann, während dieser Weg deutschen Staatsangehörigen – mögen sie auch im Übrigen als Investoren nach Maßgabe des CETA einzuordnen sein – verschlossen bleibt. Für kanadische Investoren schafft das CETA im Hinblick auf die Bundesrepublik Deutschland also das bereits erwähnte Wahlrecht zwischen nationaler Gerichtsbarkeit und dem „Investitionsgericht“, während deutsche Staatsangehörige auf den nationalen Rechtsweg beschränkt bleiben. Dieser Umstand lässt sich auch als investitionsrechtlich determinierte Inländerdiskriminierung bezeichnen,

vgl. zum Ganzen *Schiffbauer*, Investitionsschutz und Grundgesetz, KSzW 2016, S. 145 (151 f.).

Der allgemeine Gleichheitssatz des Grundgesetzes gebietet dagegen, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten, wird Art. 3 Abs. 1 GG verletzt,

st. Rspr., etwa BVerfGE 110, 142, Rn. 63.

Eine Verletzung kommt ebenfalls in Betracht, wenn eine Verschiedenbehandlung von Personengruppen lediglich mittelbar dadurch bewirkt wird, dass Sachverhalte ungleich behandelt werden, obwohl es dafür keinen rechtfertigenden Grund gibt,

st. Rspr., etwa BVerfGE 88, 87 (96).

Nach diesen Maßgaben verstößt der ungleiche Zugang zum „Investitionsgericht“ gegen das Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG, weil damit eine ungerechtfertigte Diskriminierung deutscher Staatsangehöriger erzeugt wird. Dies lässt sich entweder unmittelbar an der Staatsangehörigkeit bzw. Staatszugehörigkeit bemessen oder daran, dass der Sachverhalt des Zugangs zum „Investitionsgericht“ im CETA ungleich geregelt wird. Der Effekt ist jedenfalls stets der gleiche.

Für diese Ungleichbehandlung deutscher und kanadischer Investoren existiert auch kein sachlicher Grund.

„Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können (vgl. BVerfGE 117, 1 <30>; 122, 1 <23>; 126, 400 <416>). [...] Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>) oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern (vgl. BVerfGE 124, 199 <220>; 130, 240 <252 ff.>)“,

BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. Januar 2016 – 1 BvR 1687/14, Rn. 10.

Ein an diese Prinzipien angelehnter besonders strenger Prüfungsmaßstab (im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG) ist auch für die mit dem CETA einhergehende Inländerdiskriminierung angezeigt, weil sich Differenzierungen aufgrund der Staatsange-

hörigkeit Ungleichbehandlungen wegen Heimat und Herkunft deutlich annähern und daher eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung erfordern,

*Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, GG (74. EL Dezember 2015), Art. 3 Abs. 3, Rn. 58; vgl. zu solch strengeren verfassungsrechtlichen Anforderungen auch BVerfGE 130, 240, Rn. 46.

Ziel des Investitionsschutzkapitels des CETA ist es, einerseits ein günstiges Investitionsklima für eigene Staatsangehörige auf dem Gebiet der anderen Vertragspartei zu schaffen und andererseits die einheimische Wirtschaft durch attraktive Investitionsbedingungen im Inland zu fördern (vgl. dazu die Präambel zum CETA: „dass die Bestimmungen dieses Abkommens Investitionen sowie Investoren in Bezug auf ihre Investitionen schützen und eine beiderseitig vorteilhafte Wirtschaftstätigkeit fördern sollen“). Dazu gehört auch, Investoren bevorzugt zu behandeln und dabei ein möglichst effektives Rechtsschutzsystem vorzuhalten.

Das „Investitionsgericht“ ist grundsätzlich dazu geeignet, dieses Ziel zu fördern. Angesichts des in Kanada und den Staaten der Europäischen Union herrschenden Rechtsschutzniveaus ist jedoch bereits zweifelhaft, ob eine derartige Paralleljustiz überhaupt erforderlich ist. Nicht erforderlich ist es jedenfalls, den Zugang zum „Investitionsgericht“ ungleich, nämlich anhand der Staatsangehörigkeit bzw. Staatszugehörigkeit auszugestalten; denn dadurch wird weder das Investitionsklima in Kanada noch jenes in der Europäischen Union positiv beeinflusst. Es gibt keinen Sachgrund für diese Inländerdiskriminierung. Selbst wenn sich ein solcher konstruieren ließe, fiel die anschließende Interessenabwägung angesichts der hier in Rede stehenden Inländerdiskriminierung wegen ihrer Nähe zu Art. 3 Abs. 3 GG stets zu Lasten des ungleichen Zugangs zum „Investitionsgericht“ aus, weil die damit verbundenen Nachteile in Deutschland investierender Deutscher einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht standhalten.

(5) *Verletzung des staatlichen Justizmonopols und des allgemeinen Justizgewähranspruchs*

Aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 92 GG folgt „ein allgemeiner Justizgewährungsanspruch. Dieser fordert eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstands sowie eine verbindliche Entscheidung durch ein staatliches Gericht (BVerfGE 54, 277 <291>; 80, 103 <107>; 84, 366 <369>; 85, 337 <345>)“,

st. Rspr., so etwa BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 18. September 1998 – 2 BvR 1476/94, Rn. 27.

Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist gem. Art. 92 GG „die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut. Ihre Ausübung ist den Gerichten des Bundes und der Länder vorbehalten. Der Gesetzgeber, auch der Landesgesetzgeber, darf deshalb eine Angelegenheit, die Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 erster Halbsatz GG ist, nicht anderen Stellen als Gerichten zuweisen (vgl. Heyde in: Benda/Maihofer/Vogel <Hrsg.>, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, § 33 Rn. 12; Bettermann in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2. Aufl., 1996, § 73 Rn. 4)“,

BVerfGE 103, 111, Rn. 110.

Darin kommt das durch Art. 92 GG gewährleistete staatliche Justizmonopol zum Ausdruck. Denn zum einen können nämlich Richter i.S.d. Grundgesetzes nur Amtsträger (und keine Privatpersonen) sein, zum anderen wird neben Gerichten des Bundes und der Länder – also des Staates – etwas Drittes nicht zugelassen. Dieser Kerngehalt von Art. 92 GG ist Ausfluss des Gewaltenteilungs- und Trennungsgrundsatzes, wie er in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG formuliert wird und daher – auch als vom Rechtsstaatsprinzip mit umfasster Grundsatz – Bestandteil der unveränderlichen Verfassungsidentität ist,

vgl. zum Ganzen ausführlich *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 92, Rn. 12 ff.

Vor diesem Hintergrund verletzt die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ das staatliche Justizmonopol und den allgemeinen Justizgewähranspruch. Es verstößt zugleich auch aus diesem Grund gegen das Rechtsstaatsprinzip. Denn das „Investitionsgericht“ übt zwar Rechtsprechung im Sinne des GG aus (a). Es entspricht jedoch nicht den Anforderungen an ein Gericht nach Maßgabe des Art. 92 GG (b). Zugleich höhlen die für das „Investitionsgericht“ maßgeblichen Bestimmungen des CETA die staatliche Gerichtsbarkeit aus (c).

(a) Nach früh etablierter und seitdem ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört „zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen der Rechtsprechung auf jeden Fall das Element der Entscheidung [...], der Feststellung und des Ausspruchs dessen, was Rechtens ist“,

BVerfGE 7, 183 (188 f.).

Davon ausgehend wird der Begriff der rechtsprechenden Gewalt weiter ausdifferenziert. Er wird „maßgeblich von der konkreten sachlichen Tätigkeit her, somit materiell bestimmt. Um Rechtsprechung in einem materiellen Sinn handelt es sich, wenn bestimmte hoheitsrechtliche Befugnisse bereits durch die Verfassung Richtern zugewiesen sind oder es sich von der Sache her um einen traditionellen Kernbereich der Rechtsprechung handelt (vgl. BVerfGE 22, 49 <76 f.>). Daneben ist rechtsprechende Gewalt im Sinne des Art. 92 GG auch dann gegeben, wenn der Gesetzgeber für einen Sachbereich, der nicht schon materiell dem Rechtsprechungsbegriff unterfällt, eine Ausgestaltung wählt, die bei funktioneller Betrachtung nur der rechtsprechenden Gewalt zukommen kann. In funktioneller Hinsicht handelt es sich – ungeachtet des jeweiligen sachlichen Gegenstandes – um Rechtsprechung, wenn der Gesetzgeber ein gerichtsförmiges Verfahren hoheitlicher Streitbeilegung vorsieht und den dort zu treffenden Entscheidungen eine Rechtswirkung verleiht, die nur unabhängige Gerichte herbeiführen können. Zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen der Rechtsprechung in diesem Sinne gehört das Element der Entscheidung, der letztverbindlichen, der Rechtskraft fähigen Feststellung und des

Ausspruchs dessen, was im konkreten Fall rechtens ist (vgl. BVerfGE 7, 183 <188 f.>; 31, 43 <46>; 60, 253 <269 f.>). Nach Art. 92 GG ist es Aufgabe der Gerichte, Rechtssachen mit verbindlicher Wirkung zu entscheiden, und zwar in Verfahren, in denen durch Gesetz die erforderlichen prozessualen Sicherungen gewährleistet sind und der verfassungsrechtlich geschützte Anspruch auf rechtliches Gehör besteht (vgl. BVerfGE 4, 358 <363>). Kennzeichen rechtsprechender Tätigkeit ist daher typischerweise die letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall im Rahmen besonders geregelter Verfahren“,

BVerfGE 103, 111, Rn. 112.

Den Entscheidungen des „Investitionsgerichts“ als Ganzem (also ggf. unter Berücksichtigung der gem. Art. 8.28 CETA errichteten Berufungsinstanz) kommt exakt eine solche Letztverbindlichkeit mit Rechtskraftwirkung zu. Diese tritt nicht nur dadurch ein, dass jeder Urteilsspruch gem. Art. 8.41 Abs. 1 CETA bindend und durch kein weiteres Gericht – weder ein nationales noch den Europäischen Gerichtshof – überprüfbar ist. Sondern auch und vor allem unterstreicht die weltweite Vollstreckbarkeit der „investitionsgerichtlichen“ Urteile deren Letztverbindlichkeit. In den beiden vorherrschenden, durch den Investor frei wählbaren Verfahrensordnungen von UNCITRAL und ICSID wird die Rolle, die nationale Vollstreckungsgerichte bei der Vollstreckung von Schiedssprüchen – im Falle des CETA „Urteilsprüche“ genannt – spielen, unterschiedlich geregelt. UNCITRAL sieht die Möglichkeit der innerstaatlichen Überprüfung eines Schiedsspruchs durch ein nationales Gericht auf seine Vereinbarkeit mit dem *ordre public* im Rahmen des Aufhebungsverfahrens nach Art. 34 i.V.m. Art. 6 UNCITRAL und im Rahmen der Vollstreckbarerklärung nach § 1061 ZPO i.V.m. Art. 36 UNCITRAL vor. Diese Kontrolle durch nationale Gerichte gibt es bei einem Verfahren nach ICSID indes nicht. Gem. Art. 53 ICSID gilt das Ausschließlichkeitsprinzip. Ein Schiedsspruch muss nach Art. 54 ICSID ohne weitere Kontrolle durch die nationalen Gerichte anerkannt werden,

*Tietje*, Internationaler Investitionsschutz, in: Ehlers, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 4, Rn. 10 ff.; *Kreindler*, Rechtsschutz für ausländische Direktinvestitionen im Energiesektor, in: Genzow, Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz, 2010, S. 433 (439 f.); *Wolff*, Grundzüge des Schiedsverfahrensrechts, JuS 2008, S. 108 ff.

Diesen Befund scheint Art. 8.41 Abs. 4 CETA zunächst zu kaschieren, indem statuiert wird: „Die Vollstreckung des Urteilspruchs unterliegt den am Vollstreckungsort geltenden Rechtsvorschriften für die Vollstreckung von Urteilen oder Schiedssprüchen.“ Doch stellt Art. 8.41 Abs. 6 CETA klar, dass Urteile, die auf Klagen ergehen, die nach ICSID eingereicht wurden, als Schiedssprüche im Sinne des ICSID-Übereinkommens gelten. ICSID-Schiedssprüche werden nach Abschnitt 6 Art. 54 des ICSID-Übereinkommens von der nationalen Rechtsordnung so behandelt, als handele es sich bei ihnen um rechtskräftige Urteile der innerstaatlichen Gerichte. Daher ist jedenfalls bei Urteilen nach den ICSID-Regelungen (für die sich ein Kläger aus diesem Grunde wohl bevorzugt entscheiden wird) auch nur die geringste Überprüfbarkeit durch ein staatliches Gericht sogar auf Vollstreckungsebene ausgeschlossen.

(b) Das „Investitionsgericht“ entspricht jedoch nicht den Anforderungen an ein Gericht i.S.v. Art. 92 GG. Von der Bestimmung sind von vornherein nur staatliche Gerichte umfasst. Denn nichtstaatliche Gerichte sind nach Art. 92 ff. GG weder erlaubt noch verboten,

statt vieler *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 92, Rn. 28; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 92, Rn. 87.

Damit fallen etwa zur Beilegung zivilrechtlicher Streitigkeiten angerufene und nach §§ 1025 ff. ZPO zulässige Schiedsgerichte nicht unter den Anwendungsbereich des staatlichen Justizmonopols. Gleiches gilt für interne Vereins- und Verbandsspruchkörper. Diese neben dem staatlichen Rechtsschutzsystem etablierten Streitbeile-

gungsmechanismen beruhen auf der Privatautonomie ihrer Parteien und genießen daher jedenfalls über Art. 2 Abs. 1 GG Grundrechtsschutz,

*Hillgruber, a.a.O.*

Genau darin liegen aber einerseits Grund und andererseits Grenze dieser Spruchkörper im verfassungsrechtlichen Gefüge. Denn die privatautonomen Spruchkörper schließen die staatliche Gerichtsbarkeit nicht aus, sondern koexistieren mit ihr. Daher ist auch ein privater Schiedsspruch u.a. am Maßstab des *ordre public* auch der staatlichen Gerichtsbarkeit nicht vorenthalten, vgl. etwa § 1059 ZPO.

Ob es sich bei dem „Investitionsgericht“ um ein privates Gericht handelt oder nicht, kann dahinstehen. Denn falls man es für ein privates Gericht halten mag, läge unter jedem denkbaren Gesichtspunkt ein Verstoß gegen das staatliche Justizmonopol und den allgemeinen Justizgewähranspruch vor, weil dann im Falle von Investorenklagen staatliche Gerichte von vornherein niemals zum Zuge kämen. Ein solcher Umstand verstieße offenkundig gegen Art. 92 GG – s. näher sogleich unter (c). Darüber hinaus verstieße eine derartige „private Verwaltungsgerichtsbarkeit“ schon *per se* gegen Art. 92 GG,

*Hillgruber, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 92, Rn. 89, wiedergegeben o. unter III. 3. a) aa).*

Berücksichtigt man aber, dass das „Investitionsgericht“ gerade nicht auf einer privatautonomen Vereinbarung zweier zivilrechtlicher Parteien, sondern auf einem subordinationsrechtliches Verfahren beruht, kann man es auch für ein nicht-privates oder auch-staatliches Gericht halten. Denn der (stets beklagte) Staat ist – einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren ähnlich – immer beteiligt. Dabei hat er – wenn auch geringen, s.u. (6) – Einfluss auf die Besetzung des „Investitionsgerichts“ gem. Art. 8.27 CETA. Zudem unterwirft er sich völkervertraglich – also wiederum durch dem Staat vorbehaltenes Handeln – diesem „Investitionsgericht“. Als (auch-)staatliches Gericht müsste das „Investitionsgericht“ unmittelbar den An-

forderungen von Art. 92 GG entsprechen. Dies gelingt aber nicht, weil seine Rechtsprechung weder durch das Bundesverfassungsgericht, noch durch die im GG vorgesehenen Bundesgerichte, noch durch die Gerichte der Länder ausgeübt wird und daher der *numerus clausus* von Art. 92 Hs. 2 GG nicht beachtet wird. Auch kann auf keine andere grundgesetzliche Ermächtigung zur Implementierung weiterer Gerichte als Ergänzung zu Art. 92 GG zurückgegriffen werden. Insbesondere die dafür denkbaren Art. 23 und 24 GG sind dafür gerade nicht geeignet – s. näher u. dd).

(c) Obwohl das „Investitionsgericht“ nicht den Anforderungen von Art. 92 GG genügt bzw. schon nicht vom Anwendungsbereich des Art. 92 GG umfasst ist, richtet es zugleich exklusiv über investitionsrechtliche Streitigkeiten mit Fähigkeit zur Rechtskraft und Vollstreckbarkeit. Dies ergibt sich zum einen aus Art. 8.22 Abs. 1 lit. f und g CETA, wodurch die Exklusivität des Rechtswegs nach Disposition des Klägers unter Ausschluss staatlicher Gerichte gesichert wird. Zum anderen ist einmal mehr auf die vorbehaltlose Vollstreckbarkeit der Urteilssprüche jedenfalls nach der (wiederum durch den Kläger frei wählbaren) ICSID-Verfahrensordnung zu verweisen – s.o. unter (a). Diese beiden Merkmale des „Investitionsgerichts“ sorgen zugleich dafür, dass staatlichen Gerichten (auch dem Bundesverfassungsgericht!) jede Möglichkeit genommen wird, entsprechende Urteilssprüche – sei es auch nur anhand von Evidenz- oder *ordre-public*-Kriterien – zu überprüfen. Dies führt folglich zu einer verfassungswidrigen Aushöhlung der staatlichen Gerichtsbarkeit,

dazu nur *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 92, Rn. 88.

Da gem. Art. 92 GG die Letztentscheidungskompetenz staatlichen Gerichten obliegt, führt dies zu einem evidenten Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip i.V.m. dem staatlichen Justizmonopol und dem allgemeinen Justizgewähranspruch.

(6) *Entzug des gesetzlichen Richters*

Aus ähnlichen und weiteren Gründen wird durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ schließlich der gesetzliche Richter entzogen. Auch dies begründet einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip als schlechthin objektives Verfassungsrecht, hier i.V.m. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 und 92 GG,

st. Rspr., so etwa BVerfGE 27, 355 (362); 40, 356 (360); dazu ferner nur *Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 101, Rn. 2; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 101, Rn. 1.

Über dessen Ausprägung als objektives Verfassungsrecht hinaus kann sich auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG außerdem jeder berufen, „der in einem gerichtlichen Verfahren Partei ist. [...] Das gilt auch für den Staat, wenn er Partei in einem Gerichtsverfahren ist“,

st. Rspr. seit BVerfGE 6, 45 (49); dazu näher etwa *Dreier*, in: Dreier, GG-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 19 Abs. 3, Rn. 42; *Rüfner* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 196, Rn. 130.

Mit anderen Worten kann sich ausnahmsweise – und zwar nur im Falle von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG – auch die Bundesrepublik Deutschland auf ein Grundrecht bzw. grundrechtsgleiches Recht berufen, soweit sie als Beteiligte an einem Gerichtsverfahren – etwa als Beklagte vor dem „Investitionsgericht“ – betroffen ist. Der Entzug des gesetzlichen Richters wirkt sich daher durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ doppelt schädlich aus: zum einen durch die Verletzung des Rechtsstaatsprinzips als objektives Verfassungsrecht, zum anderen aber auch durch die damit verbundene signifikante Verkürzung prozessualer Rechte des Staates als Beklagter in Investitionsschutzverfahren nach dem CETA.

Das Recht auf den gesetzlichen Richter kennt zwei Dimensionen: das verfahrensmäßige Recht auf den gesetzlich bestimmten Richter und das materielle Recht auf den den Anforderungen des (Grund-)Gesetzes entsprechenden Richter,

st. Rspr. seit BVerfGE 10, 200 (213); weitere Nachweise bei *Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 101, Rn. 2; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 101, Rn. 17.

Durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ werden beide Aspekte verletzt. In materieller Hinsicht ist das „Investitionsgericht“ kein dem GG entsprechendes Gericht, wodurch zugleich jedenfalls dem Staat der gesetzliche Richter entzogen wird (a). Ebenso erfüllen dessen Kammerbesetzungen nicht die Mindestanforderungen des GG, weil sie keine Gewähr für Neutralität und Distanz bieten (b). Verfahrensmäßig wird die eindeutige Bestimmung des gesetzlichen Richters unmöglich gemacht, indem klagende Investoren Investitionsstreitigkeiten exklusiv auf das „Investitionsgericht“ auslagern können (c). Des Weiteren fehlt es an einer vorhersehbaren Bestimmung der einzelnen Richter innerhalb des „Investitionsgerichts“ (d) sowie an einer den Umständen des Einzelfalls genügenden Vorlagepflicht vor den Europäischen Gerichtshof (e).

(a) Dass das „Investitionsgericht“ nicht den Anforderungen des Grundgesetzes entspricht, wurde bereits oben unter (5) erörtert. Die in diesem Zusammenhang festgestellte Verletzung des Rechtsstaatsprinzips auch i.V.m. Art. 92 GG strahlt überdies auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ab. Denn durch die Verlagerung staatlicher Rechtsprechungsbefugnis ausschließlich auf Spruchkörper, die keine „Gerichte“ im Sinne des Grundgesetzes sind, wird es zugleich jedenfalls dem beklagten Staat unmöglich gemacht, den ihm gesetzlich zugewiesenen staatlichen Richter mit der Angelegenheit zu befassen. Damit wird ihm als Betroffener materiell der gesetzliche Richter – extern als Gericht verstanden – entzogen.

(b) Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet daneben den materiellen Anspruch, dass intern in einer Rechtssache stets ein Richter entscheidet, „der unabhängig und

unparteilich ist und die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet (vgl. BVerfGE 10, 200 <213 f.>; 21, 139 <145 f.>; 30, 149 <153>; 40, 268 <271>; 82, 286 <298>; 89, 28 <36>“),

jüngst und weiterhin BVerfGK 20, 164, Rn. 12.

Über das jeweilige Lager der Richter bestimmt Art. 8.27 Abs. 2 CETA, dass das „Investitionsgericht“ zunächst aus 15 Richtern besteht. Davon müssen „[f]ünf Mitglieder [...] Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Union sein, fünf Mitglieder Staatsangehörige Kanadas und fünf Mitglieder Staatsangehörige von Drittstaaten.“ Daraus ergibt sich gem. Art. 8.27 Abs. 6 CETA die Zusammensetzung einer Kammer für ein konkretes Verfahren, die drei Richter vorweist, „und zwar ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats der Europäischen Union, ein Staatsangehöriger Kanadas und ein Staatsangehöriger eines Drittlands.“ Speziell für Klagen kanadischer Investoren gegen die Bundesrepublik Deutschland bedeutet dies eine regelmäßig ungleiche Nähe zu mindestens einem Richter. Denn während sich der Kläger auf einen eigenen Staatsangehörigen im Richteramt verlassen kann, ist dies für den beklagten deutschen Staat keinesfalls sicher. Bei bloß fünf Richtern aus den EU-Mitgliedstaaten – noch sind es 28 – wäre es reiner Zufall, wenn auch ein deutscher Richter überhaupt dem „Investitionsgericht“ angehörte. Damit hat das heterogen besetzte Kollegialorgan eine weitaus höhere Distanz zur beklagten Bundesrepublik als zu dem kanadischen Kläger; zumindest ein Richter ist stattdessen regelmäßig der Klägersphäre zuzurechnen. Damit kann eine Kammer des „Investitionsgerichts“ bei Klagen gegen Deutschland nicht Gewähr für Neutralität und Distanz bieten.

(c) In verfahrensrechtlicher Ausprägung unterfällt dem gesetzlichen Richter auch das sachlich, örtlich und instanzial zuständige Gericht, das gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG durch den Gesetzgeber eindeutig festgelegt werden muss,

st. Rspr., so etwa BVerfGE 95, 322 (328); BVerfGK 3, 192, Rn. 7.

Durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ und dessen zu Grunde liegende Regeln wird die vormals eindeutige Festlegung des zuständigen Gerichts durch den deutschen Gesetzgeber untergraben. Denn nunmehr haben klagende Investoren die exklusive Wahl darüber, welcher Spruchkörper letztverbindlich über die an ihn herangetragene Rechtssache zu entscheiden hat (vgl. wiederum Art. 8.22 Abs. 1 lit. f und g CETA). Damit ist gerade nicht eindeutig und verlässlich vorhersehbar, ob einerseits ein deutsches oder andererseits das „Investitionsgericht“ für eine Investitionsschutzklage auf Grundlage des CETA zuständig sein soll. Infolgedessen können die nach außen gerichteten Anforderungen des Grundgesetzes an das sachlich und örtlich zuständige Gericht nicht erfüllt werden.

(d) Innerhalb eines Gerichts erfordert Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ein Regelungssystem, das die Vorausbestimmung des Richters bis hin zu dem konkret zuständigen Richter nach abstrakt-generellen und hinreichend bestimmten Kriterien (i.d.R. durch im Voraus festzulegende Geschäftsverteilungspläne) ermöglicht,

st. Rspr., so etwa BVerfGE 95, 322 (329); 97, 1 (10).

Über eine eingereichte Investorenschutzklage entscheidet am „Investitionsgericht“ eine „Kammer“ aus drei Richtern. Dieser Spruchkörper wird allerdings gem. Art. 8.27 Abs. 7 CETA erst nach Einreichung der Klage vom Präsidenten des „Investitionsgerichts“ benannt. Nach dem expliziten Wortlaut dieser Norm „wird ein Rotationsverfahren zugrunde gelegt und sichergestellt, dass die Zusammensetzung der Kammern nach dem Zufallsprinzip erfolgt und nicht vorhersehbar ist und dass für alle Mitglieder des Gerichts dieselbe Wahrscheinlichkeit besteht, in eine Kammer berufen zu werden.“ Ein Geschäftsverteilungsplan oder eine andere abstrakt-generelle Regelung, nach der die Richter bereits vor Einleitung eines Verfahrens feststünden, sollen gerade ausgeschlossen werden. Die Streitparteien können zudem vereinbaren, dass nur ein Schiedsrichter entscheidet, der dann nach dem Zufallsprinzip ernannt wird (Art. 8.27 Abs. 9 CETA). Ein System wie dieses, welches

die Vorausbestimmung des Richters sogar offen ausgesprochen zu verhindern sucht, ist mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG evident unvereinbar.

(e) Eine prozessuale Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist außerdem zu bejahen, wenn für ein letztinstanzlich entscheidendes Gericht entgegen Art. 267 Abs. 3 AEUV keine Vorlagepflicht gegenüber dem Europäischen Gerichtshof statuiert ist oder eine solche ignoriert wird, obwohl ein potentieller Konflikt mit europäischem Unionsrecht im Raum steht,

*Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 101, Rn. 19; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 101, Rn. 35.

Eine derartige Vorlagepflicht ist indes im CETA, sobald sich ein Investor für den Rechtsweg über das „Investitionsgericht“ entscheidet, nicht angelegt, obwohl ein Konflikt mit EU-Recht oftmals in Erwägung zu ziehen ist,

*Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages*, Unionsrechtliche Zulässigkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren in Freihandelsabkommen der Europäischen Union, Ausarbeitung PE6-3000-25/15 vom 24.3.2015, S. 29 ff (<https://www.bundestag.de/blob/405232/bbfc8baddada4255025531d7ecbd1dae/pe-6-025-15-pdf-data.pdf>).

Im Gegenteil schließt Art. 8.31 Abs. 2 CETA die Anwendung „internen Rechts“ (also auch des Unionsrechts) explizit aus und degradiert es „soweit angezeigt“ zu einer reinen Tatsachenfrage. Dies ist umso erstaunlicher, als dem CETA die Vorlage von Rechtsfragen nicht fremd ist, wie Art. 8.31 Abs. 3 beweist. Danach kann „der Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen dem Gemischten CETA-Ausschuss nach Artikel 8.44 Absatz 3 lit. a die Annahme von Auslegungen dieses Abkommens empfehlen. Eine vom Gemischten CETA-Ausschuss angenommene Auslegung ist für das nach diesem Abschnitt errichtete Gericht bindend.“ In ihrer Gesamtschau konterkarieren diese Regelungen die im Zweifel für ein letztinstanzliches Gericht zwingende Vorlage einer Sache beim Europäischen Gerichtshof und

verletzten daher nicht nur europäisches Unionsrecht – dazu näher u. b) ff) –, sondern auch evident Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

*cc) Verletzung des Demokratieprinzips*

Darüber hinaus wird ferner das Demokratieprinzip durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ verletzt. Das Demokratieprinzip schützt u.a. vor einer Erosion der Gestaltungsmacht des Deutschen Bundestages und einem damit verbundenen Substanzverlust des über Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verbürgten Wahlrechts (1). Die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ führt jedoch gerade zu einem solchen Substanzverlust, nämlich durch unzulässige (Weiter-)Übertragungen von Hoheitsrechten im Allgemeinen (2) und Besonderen (3), unzulässige Beeinträchtigung des Gesetzgebers (4) sowie fehlende demokratische Rückkopplung der Richter des „Investitionsgerichts“ (5).

*(1) Das Demokratieprinzip*

Das in Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG verankerte Demokratieprinzip „verbietet nicht nur eine substantielle Erosion der Gestaltungsmacht des Deutschen Bundestages, sondern gewährleistet in seiner Konkretisierung im Grundsatz der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) zudem, dass auch das in Deutschland zur Anwendung gelangende Unionsrecht über ein hinreichendes Maß an demokratischer Legitimation verfügt; es schützt insoweit vor offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen durch Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union“,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 115.

„Es vermittelt dem Bürger in Verbindung mit Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG nicht nur Schutz vor einer substantiellen Erosion der Gestaltungsmacht des Deutschen Bun-

destages, sondern auch vor offensichtlich und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen durch Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 121.

Im Zusammenhang mit der Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ steht ein Demokratieverlust in Form einer substantiellen Erosion der Gestaltungsmacht des Bundestages in Rede. Dies äußert sich darin, dass unter dem CETA nicht gewährleistet ist, was das Demokratieprinzip im Rahmen der Verfassungsidentität fordert, nämlich „dass dem Deutschen Bundestag bei einer Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 Abs. 1 GG eigene Aufgaben und Befugnisse von substantiellem politischem Gewicht verbleiben (vgl. BVerfGE 89, 155 <182>; 123, 267 <330, 356>) und dass er in der Lage bleibt, seine haushaltspolitische Gesamtverantwortung wahrzunehmen“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 138.

Konkret geht es hier um einen Substanzverlust des durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verbürgten Wahlrechts, indem durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ und die damit verbundenen zwingenden Regelungen des CETA für diesen Bereich wesentliche Politikbereiche vom Bundestag als demokratisch legitimes Organ der Volksvertretung entkoppelt werden. Derartige Vorgänge betreffen den unveränderlichen Kern des Grundgesetzes, der durch Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG geschützt ist. Dem entgegenstehende Folgen der Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ verletzen daher die Verfassungsidentität.

## (2) *Unzulässige (Weiter-)Übertragung von Hoheitsrechten allgemein*

Das Demokratieprinzip wird verletzt, wenn jenseits der im Grundgesetz dafür angelegten Voraussetzungen – insbesondere ohne demokratische Rückkopplung über den dafür zuständigen Gesetzgeber – deutsche Hoheitsrechte auf zwischenstaatli-

che Einrichtungen übertragen werden. Denn dadurch wird das Parlament außerstande gesetzt, im Rahmen der dann entzogenen Hoheitsrechte weiterhin Entscheidungen zu treffen, ohne dass es dafür eine verfassungsrechtliche Grundlage gäbe. Insoweit wird als Konsequenz das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag entleert. Eben dies geschieht auch durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“, weil diesem zwar Hoheitsrechte übertragen werden (a), eine solche Übertragung jedoch unter dem Vorbehalt eines Bundesgesetzes steht, welches im Rahmen von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vorliegt und auch nicht von dessen Regelungsumfang gedeckt wäre (b). Über Art. 24 Abs. 1 GG schließlich darf ein solches Gesetz wegen der Sperrwirkung von Art. 23 GG nicht erlassen werden (c).

(a) Über Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 24 Abs. 1 GG wird der Bund ermächtigt, Hoheitsrechte auf die Europäische Union und weitere zwischenstaatliche Einrichtungen zu übertragen. Nimmt er diese Befugnis wahr, schafft er im Ergebnis die Voraussetzungen dafür, dass überstaatliche Rechtsakte Durchgriffswirkung auf den nationalen Herrschaftsbereich entfalten,

statt vieler *Streinz*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 23, Rn. 56.

Zwischenstaatliche Einrichtungen sind zwischen Staaten durch völkerrechtlichen Vertrag gegründete Organe,

*Streinz*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 24, Rn. 19,

weshalb auch das „Investitionsgericht“ zu dem Kreis potentieller Hoheitsrechtsempfänger zählt. Überdies ist das „Investitionsgericht“ gem. Art. 8.41 Abs. 1 CETA befugt, letztverbindliche und auch in Deutschland vollstreckbare Urteile zu erlassen; damit entfalten seine Entscheidungen Durchgriffswirkung auf die deutsche Rechtsordnung, etwa im Vollstreckungsverfahren auf die ZPO. Infolgedessen werden durch die Anwendung des CETA in Deutschland auf das „Investitionsgericht“ Hoheitsrechte insoweit übertragen, als sich der dafür relevante Teil der deutschen Rechtsordnung zukünftig zurücknimmt und stattdessen die „investitionsge-

richtlichen“ Entscheidungen verbindlich sowie ohne weiteren Zwischenakt anerkennt und umsetzt.

(b) Gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 oder Art. 24 Abs. 1 GG ist für die wirksame Übertragung stets ein Bundesgesetz erforderlich. Daran fehlt es – bezogen auf die Einrichtung des „Investitionsgerichts“ – insbesondere in Ansehung des EU-Primärrechts, weil das Zustimmungsgesetz zum Lissabon-Vertrag eine solche Hoheitsrechtsübertragung – in diesem Fall im Rahmen von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG – nicht vorsieht und diese weder im EUV noch im AEUV überhaupt angelegt ist. Auch kommt einer Weiterübertragung von Hoheitsrechten, die zunächst wirksam der EU zugewiesen wurden, von Seiten der EU auf das „Investitionsgericht“ nicht in Betracht. Denn die EU kann sich nicht auf eine dafür erforderliche „Kompetenz-Kompetenz“ berufen, weil dies nicht vom Integrationsprogramm gedeckt – und damit ein Akt *ultra vires*, dazu u. b) – wäre,

dazu nur BVerfGE 123, 267, insb. Rn. 233.

Als Gesetz zur Hoheitsrechtsübertragung kommt aber ein deutsches Zustimmungsgesetz zum CETA in Betracht. Ein solches wäre wegen des eindeutigen unionsrechtlichen Bezuges auch ein Integrationsgesetz i.S.v. Art. 23 GG. Jedoch sind dabei die darin vorgegebenen Integrationsgrenzen strikt einzuhalten, insbesondere was die Übertragung von Hoheitsrechten betrifft. Gem. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG muss die Hoheitsrechtsübertragung durch Integrationsgesetz „hierzu“ dienen, also „zur Verwirklichung eines vereinten Europas“ (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG). Das „Investitionsgericht“ dient aber gerade nicht der Verwirklichung eines vereinten Europas, sondern der Sicherung drittstaatlicher (nämlich kanadischer) Investorenansprüche; es ragt also sehr weit über die Grenzen Europas hinaus und dient der Verdichtung internationaler (und nicht rein unionaler) Handelskooperation, deren Wahrnehmung in der durch das CETA vorgenommenen Ausgestaltung deutlich nicht mehr im (ausschließlichen) Kompetenzbereich der Union liegt. Gleichwohl ein Zustimmungsgesetz zum CETA über Art. 23 GG laufen kann und muss, weil

die EU als Vertragspartei nicht wegzudenken ist, gelten für den Teilaspekt der Übertragung von Hoheitsrechten auf Einrichtungen jenseits der Unionsebene – wie das „Investitionsgericht“ – dem restriktiven Wortlaut von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG nach strengere Maßstäbe. Daher kann eine solche nicht über diese Norm verwirklicht werden. Dies bekräftigt auch das Bundesverfassungsgericht, indem es konstatiert: „Art. 23 Abs. 1 GG unterstreicht ebenso wie Art. 24 Abs. 1 GG, dass die Bundesrepublik Deutschland an der Entwicklung einer als Staatenverbund konzipierten Europäischen Union mitwirkt, auf die Hoheitsrechte übertragen werden“,

BVerfGE 123, 267, insb. Rn. 229.

Demnach gestattet Art. 23 Abs. 1 GG eine Hoheitsrechtsübertragung ausschließlich auf die Union – und keine andere zwischenstaatliche Einrichtung wie das „Investitionsgericht“.

(c) Denkbar wäre es hingegen, ein Zustimmungsgesetz zugleich (nur) für den Aspekt der Hoheitsrechtsübertragung über Art. 24 Abs. 1 GG zu verabschieden. Insofern wäre nicht von einer Weiterübertragung von Hoheitsrechten zu sprechen, sondern von einer originären Übertragung – ohne „Umweg“ über die Europäische Union – auf das „Investitionsgericht“. Allerdings ist eine Hoheitsrechtsübertragung über Art. 24 Abs. 1 GG stets nur subsidiär gegenüber Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG möglich,

statt vieler *Streinz*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 23, Rn. 9.

Da im Falle der Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ jedoch eine Angelegenheit der Europäischen Union i.S.v. Art. 23 Abs. 1 GG (wenn auch nicht als Qualifikation hierzu die Verwirklichung eines vereinten Europas) betroffen ist, gilt Art. 23 GG vorrangig und sperrt daher die Anwendung von Art. 24 GG. Denn ohne vertragliche Mitwirkung der EU könnten weder das „Investitionsgericht“ noch das CETA als Ganzes verwirklicht werden. Im CETA kommt nämlich der EU im Vergleich zu ihren Mitgliedstaaten eine hervorgehobene Rolle zu, die eine

weitere Entwicklungsstufe der Union im Hinblick auf ihre auswärtigen Beziehungen und der Schaffung weiterer gemeinsamer Märkte bedeutet. Die EU-Mitgliedstaaten werden schon nicht ausdrücklich als Vertragspartner genannt, sondern nur in einem Klammerzusatz der Präambel zum CETA erwähnt. Zudem wird im Streitbeilegungsverfahren die EU als einzig befugte Stelle genannt, die Rolle der Mitgliedstaaten im Investitionsgerichtsverfahren zu bestimmen, Art. 8.21 Abs. 3 CETA. Allein dies bedeutet eine erneute Übertragung weiterer Hoheitsrechte auf die EU. Zugleich beweist dies aber, dass das CETA nur mit neuen Befugnissen der EU funktionsfähig ist, es also der Entwicklung der EU (nicht aber der Vereinigung Europas, vgl. Art. 23 Abs. 1 GG) entscheidend dient. Dann aber ist eine in diesem Gefüge vollzogene Übertragung auf andere Einrichtungen wie das „Investitionsgericht“ über Art. 24 Abs. 1 GG unzulässig.

Zur Verdeutlichung und Abgrenzung soll kurz auf einen nicht durch Spezialnorm verdrängten Anwendungsfall von Art. 24 Abs. 1 GG verwiesen werden, nämlich das Zustimmungsgesetz zum Energiecharta-Vertrag und der in diesem Rahmen vorgesehenen Schiedsgerichtsbarkeit. Denn darin werden für einen einzigen Sektor (Energie) völkerrechtliche Regelungen erlassen, die auch ohne eine Beteiligung der EU allein durch die Mitgliedstaaten hätten realisiert werden können. Insbesondere nimmt der Vertragstext keinen besonderen Bezug auf die EU (bzw. im Wortlaut von 1994: die EG), er ist daher kein Spezifikum für die Entwicklung der Union.

(3) *Unzulässige (Weiter-)Übertragung von Hoheitsrechten hinsichtlich der Letztentscheidungskompetenz*

Selbst wenn man die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ für sich genommen entgegen der hier dargelegten Gründe noch als zulässige Übertragung von Hoheitsrechten einordnen wollte, ist die Grenze der verfassungsgemäßen Übertragung von Hoheitsrechten spätestens im Hinblick auf die Letztentscheidungskompetenz des „Investitionsgerichts“ überschritten. Denn es ist Bestandteil des durch

Art. 23 GG abgesicherten Integrationsprogramms, dass dem Europäischen Gerichtshof die Letztentscheidungskompetenz über unionrechtlich determinierte Sachverhalte zustehen soll. Insoweit erkennt auch das Bundesverfassungsgericht diese herausgehobene Stellung des Europäischen Gerichtshofs – aber auch nur des Europäischen Gerichtshofs – im unionsrechtlichen Kontext an: „Im Rahmen des Kooperationsverhältnisses zwischen Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof [...] obliegt letzterem daher die Entscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der Maßnahme“,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 157.

Verfassungsrechtlicher Grund für dieses Kooperationsverhältnis ist die über Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG wirksam erfolgte Übertragung von Hoheitsrechten im Bereich der Rechtsprechung für Angelegenheiten der Europäischen Union. Wird dem Europäischen Gerichtshof nun aber durch Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ und die damit verbundenen Rechtsfolgen die Letztentscheidungskompetenz über das CETA betreffende Sachverhalte entzogen und diese dem „Investitionsgericht“ zugeschrieben, handelt es sich insoweit um eine Weiterübertragung von Hoheitsrechten weg von der Union und hin auf das „Investitionsgericht“. Dies ist nicht nur ein (im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle – u. b) ee) – rügefähiger) Verstoß gegen Unionsrecht, sondern zugleich auch eine Verletzung des grundgesetzlichen Demokratieprinzips i.V.m. Art. 23 GG. Denn die Übertragung von Hoheitsrechten auf den Europäischen Gerichtshof geschah unter der Prämisse des Integrationsauftrags und unter der Bedingung, dass eine Weiterübertragung außerhalb der Union nicht möglich ist, wie einmal mehr der Wortlaut von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG („hierzu“) belegt. Dies folgt außerdem aus dem verfassungsimmanenten Grundsatz, dass das demokratische Prinzip unveräußerlich ist. Wenn Deutschland einer Einrichtung die Möglichkeit eröffnet, Rechtsakte mit Durchgriffswirkung zu erlassen, geschieht dies stets unter der Voraussetzung, dass hinreichend effektive

demokratische Kontrollbefugnisse verbleiben. Auf Ebene der Europäischen Union geschieht dies zumindest durch die mitgliedstaatliche Rückkopplung ihrer Organe. Eine Weiterübertragung von Hoheitsrechten auf das „Investitionsgericht“ kappt dieses ohnehin dünne Band der Rückkopplung jedoch unwiederbringlich, wenn – wie hier – eine Überprüfbarkeit der dort ergehenden Entscheidungen (etwa durch den Europäischen Gerichtshof) ausgeschlossen ist. Dies gilt umso mehr, wenn auch die Richter des „Investitionsgerichts“ selbst nicht demokratisch legitimierbar sind – s. ferner u. (5).

#### *(4) Unzulässige Beeinträchtigung des Gesetzgebers*

Die mit dem CETA durch die Ausgestaltung des „Investitionsgerichts“ einhergehende erhebliche Privilegierung kanadischer Investoren gegenüber den Organen der Bundesrepublik Deutschland wird sich mit hoher Wahrscheinlichkeit auch auf die nationale Politik – und insbesondere Gesetzgebung – auswirken. Die bloße Drohung eines Investors, von dem tendenziell zu seinen Gunsten besetzten – s.o. bb) (6) (b) – „Investitionsgericht“ (selbst für einen Staat wie Deutschland) empfindliche Entschädigungssumme einzuklagen, falls ein gesetzliches Vorhaben nicht nach dessen Vorstellungen modifiziert oder aufgehoben wird, kann auf die Gesetzgebung in den CETA-Vertragsstaaten spürbar einschüchternd wirken. Dies gilt umso mehr, als die im CETA verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe – s.o. bb) (2) – einen Verfahrensausgang noch unberechenbarer machen. Der deutsche Gesetzgeber wird sich angesichts eines ungewissen Verfahrensausgangs jedenfalls in einigen Fällen dazu gedrängt fühlen, geplante Vorhaben „erkalten“ zu lassen, was auch als „chilling effect“ oder „regulatory chill“ bezeichnet wird,

dazu näher mit einigen Beispielen *Stoll/Holterbus/Gött*, Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) – Regulatorische Zusammenarbeit und Investitionsschutz und ihre Bedeutung für den Umweltschutz, Rechtsgutachten im Auftrag des Sachverständigenrats für Umweltfragen, Au-

gust 2015, S. 75 ([http://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/03\\_Materialien/2012\\_2016/2016\\_03\\_MzU\\_47\\_TTIP.pdf](http://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/03_Materialien/2012_2016/2016_03_MzU_47_TTIP.pdf)).

Im Zusammenhang mit dem Energiecharta-Vertrag ließ sich ein derartiger Effekt schon im sog. „Vattenfall-I-Verfahren“ über Umweltauflagen beim Bau des Kraftwerks Hamburg-Moorburg beobachten,

dazu näher *Krajewski*, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), ZUR 2014, S. 396 ff. (398) m.w.N.

Angesichts dieser sich konkretisierenden Gefahr ist gerade in richtungsweisenden gesetzgeberischen Entscheidungen damit zu rechnen, dass zentrale politische Entscheidungen nicht mehr selbstständig getroffen werden können, sondern unter dem Damoklesschwert einer Investorenklage ungewissen Ausgangs stehen. Insofern ist die demokratische Selbstregierung des Volkes dauerhaft und spürbar eingeschränkt.

Aus den gleichen Gründen wird der Haushaltsgesetzgeber unbotmäßig in seiner Handlungsfreiheit eingeschränkt. Denn wenn zu befürchten steht, dass erhebliche Entschädigungszahlungen durch das „Investitionsgericht“ anhand unklarer Kriterien auferlegt werden können, sind derartige Einbußen zwangsläufig auch im Haushaltsplan zu berücksichtigen. Dies aber trifft die Verfassungsidentität ebenso:

„Eine notwendige Bedingung für die Sicherung politischer Freiräume im Sinne des Identitätskerns der Verfassung (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 79 Abs. 3 GG) besteht darin, dass der Haushaltsgesetzgeber seine Entscheidungen über Einnahmen und Ausgaben frei von Fremdbestimmung seitens der Organe und anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union trifft und dauerhaft „Herr seiner Entschlüsse“ bleibt (vgl. BVerfGE 129, 124 <179 f.>; 132, 195 <240 Rn. 109>; 135, 317 <401 Rn. 164>)“, BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 214.

Das „Investitionsgericht“ ist dazu in der Lage, eine solche Art von Fremdbestimmung zu erzeugen und dem Haushaltsgesetzgeber die Herrschaft über seine Entschlüsse zumindest teilweise zu entziehen.

(5) *Keine garantierte demokratische Rückkopplung der Richter*

Die Richter des „Investitionsgerichts“ üben auf Grundlage der dem „Investitionsgericht“ übertragenen Hoheitsrechte selbst Hoheitsgewalt aus, weil nur sie als Kollegium zum Erlass bindender Entscheidungen befugt sind. Daraus folgt – selbst wenn man die Übertragung von Hoheitsrechten hier für verfassungsgemäß hielte – die Notwendigkeit, dass die Richter selbst demokratisch legitimiert sind. Mit anderen Worten muss die Ernennung jeden Richters über eine demokratische Legitimationskette auf den Willen des Volkes zurückzuführen sein,

zum Ganzen differenzierend *Tschentscher, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt*, 2006.

Dies geschieht im Falle des „Investitionsgerichts“ nicht, sodass auch deshalb ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip vorliegt. Denn dessen Richter werden sämtlich von dem Gemischten CETA-Ausschuss ernannt, Art. 8.27 Abs. 2 CETA. Die Zusammensetzung dieses Ausschusses ist jedoch nur vage festgeschrieben. Art. 26.1 Abs. 1 CETA besagt lediglich: „Die Vertragsparteien setzen den Gemischten CETA-Ausschuss ein, der sich aus Vertretern der Europäischen Union und Vertretern Kanadas zusammensetzt. Der Vorsitz im Gemischten CETA-Ausschuss wird gemeinsam vom kanadischen Minister for International Trade und von dem für Handel zuständigen Mitglied der Europäischen Kommission oder ihren jeweiligen Vertretern geführt.“ Damit ist weder festgelegt, wie viele Mitglieder der Gemischte CETA-Ausschuss hat, noch wie sich dessen Mitglieder aus der Europäischen Union zusammensetzen, noch wie diese ausgewählt werden. Wenn aber dieser Ausschuss das exklusive Recht hat, die Richter des „Investitionsgerichts“ zu bestimmen, muss eine lückenlose demokratische Legitimationskette bis hin zum

deutschen Bundestag zumindest bei einem Vertreter möglich sein. Dies lässt der Vertragstext jedoch offen. Es ist also möglich, dass sich unter den Ausschussmitgliedern der Europäischen Union kein Deutscher befindet. Selbst wenn es aber einen deutschen Vertreter gäbe, wäre weiterhin unklar, in welchem Verhältnis dieser zum Parlament stünde. Diese Umstände genügen schon dem Grunde nach nicht den Anforderungen an die demokratische Legitimation der Richter des „Investitionsgerichts“.

Doch selbst wenn man dem Grunde nach noch eine geringe Legitimation annehmen wollte, wäre deren demokratischer Restgehalt so gering, dass gleichfalls das Demokratieprinzip verletzt würde. Aus dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes, vor allem in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts als Politikermöglichkeitprinzip, und den Anforderungen an die Legitimation der Dritten Gewalt, die aus diesem Prinzip gezogen werden können, ergibt sich nämlich der allgemeine Grundsatz, dass Richter, die über Regulierungsmaßnahmen des parlamentarischen Gesetzgebers urteilen, in besonders hohem Maße personell demokratisch legitimiert sein müssen.

Auch wenn das „Investitionsgericht“ Maßnahmen des nationalen Gesetzgebers grundsätzlich nicht kassieren darf, sitzen seine Richter über politische Maßnahmen der unmittelbar demokratisch legitimierten nationalen Parlamente und deren Kompetenz, die Entscheidungen im Gemeinwesen zu treffen, zu Gericht und schränken den Gestaltungsspielraum des Parlaments zumindest mittelbar über völkerrechtlich verbindliche Schadensersatz- und Entschädigungspflichten von unvorhersehbarer Höhe ein. Wenn man entgegen der hier dargelegten Argumente den damit verbundenen „chilling effect“ schon nicht selbst als Verstoß gegen das Demokratieprinzip werten möchte, so wirkt sich dieser Umstand spätestens auf die demokratische Legitimation der Richter des „Investitionsgerichts“ aus.

Für diese Tätigkeit der Schiedsgerichte ist die personelle demokratische Legitimation der Schiedsrichter daher unter keinem Gesichtspunkt ausreichend.

*dd) Keine Rechtfertigung über Art. 23, 24 oder 59 Abs. 2 GG*

Die durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ erzeugten Verletzungen von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip berührten indes nicht die Identität des Grundgesetzes, wenn sie sich durch verfassungsimmanente Normen rechtfertigen ließen. Eine solche Rechtfertigung gelingt jedoch nicht. Da es sich im Zusammenhang mit dem CETA als gemischtes Abkommen teils um eine Angelegenheit der Europäischen Union, teils um völkervertragsrechtliche Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland handelt, können dafür von vornherein nur Art. 23, 24 oder 59 Abs. 2 GG in Betracht gezogen werden. Allgemeine ungeschriebene Verfassungsprinzipien wie „offene Staatlichkeit“ und „Völkerrechtsfreundlichkeit“ sind dagegen unbeachtlich, wenn es – wie hier – um den Kernbereich des Grundgesetzes geht. Doch können letztlich auch weder Art. 23 GG (1), noch Art. 24 GG (2), noch Art. 59 Abs. 2 GG (3) hier zur Rechtfertigung herangezogen werden. Überdies verbietet sich auch eine Parallele zu den verfassungsrechtlich unproblematischen internationalen Gerichten (insbesondere dem Europäischen Gerichtshof, dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Internationalen Gerichtshof), deren Rechtsprechung sich die Bundesrepublik Deutschland wirksam unterworfen hat (4).

*(1) Art. 23 GG*

Art. 23 GG ist Ausdruck der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und schafft die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen zur Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an einem vereinten Europa. Darunter fällt gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG auch die Übertragung von Hoheitsrechten, im Ergebnis also das Ermöglichen von Durchgriffswirkung überstaatlicher Rechtsakte auf den nationalen Herrschaftsbereich,

statt vieler *Streinz*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 23, Rn. 56.

Dazu zählt auch die Unterwerfung unter ein internationales Gericht, wie dies der Europäische Gerichtshof ist – dazu näher sogleich unter (4) (a). Allerdings fällt unter die in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG formulierte Zielbestimmung „Verwirklichung eines vereinten Europas“ unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Subsidiarität, dass nicht beliebig viele – zumal strukturell unterschiedlich zusammengesetzte – internationale Gerichte mit deutschen Hoheitsrechten ausgestattet werden. Dies führte nämlich im Gegenteil zu einem heterogenen (und nicht vereinten) Europa. Überdies wird schon im Grundgesetz selbst – in Art. 23 Abs. 1a – der Europäische Gerichtshof als das (einzige) europäische Gericht vorausgesetzt. Für eine Paralleljustiz unter dem Dach der Europäischen Union bleibt daher kein Raum. Dies korrespondiert auch mit dem über Art. 23 GG in seinen Grenzen abgesteckten *acquis communautaire*, der auch selbst das Justizmonopol des Europäischen Gerichtshofs voraussetzt,

dazu nur EuGH, Gutachten 1/09 v. 8.3.2011 (Europäisches Patentgericht); Gutachten 2/13 v. 18.12.2014 (Beitritt der EU zur EMRK).

Das „Investitionsgericht“ in der durch das CETA vorgesehenen Ausgestaltung sprengt die durch Art. 23 GG definierten Verhältnisse dagegen deutlich. Es lässt sich nicht als Teil des europäischen Integrationsprogramms deuten, sondern wird im Gegenteil als investitionsrechtliche Konkurrenz zu nationalen Gerichten und zum Europäischen Gerichtshof etabliert. So wird gerade keine Verwirklichung eines vereinten Europas gefördert, sondern der Fragmentierung eines bislang homogenen Gefüges Vorschub geleistet.

Schließlich kann eine Übertragung von Hoheitsrechten niemals so weit reichen, dass dadurch die Verfassungsidentität belastet würde,

s. nur BVerfGE 73, 339 (375 f.),

wie dies durch die dargelegten Verletzungen von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip geschieht. Dem steht Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG stets

entgegen. Damit ist es ausgeschlossen, die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ über Art. 23 GG zu rechtfertigen.

(2) *Art. 24 GG*

Soweit sich das „Investitionsgericht“ außerhalb des unionsrechtlich determinierten Anwendungsbereichs bewegt, kann subsidiär auf Art. 24 GG zurückgegriffen werden. Demnach ist es möglich, Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen zu übertragen (Abs. 1) und einer allgemeinen, umfassenden, obligatorischen, internationalen Schiedsgerichtsbarkeit beizutreten (Abs. 3). Letztere Variante passt jedoch tatbestandlich nicht auf das „Investitionsgericht“. Denn umfasst sind ausschließlich zwischenstaatliche Streitigkeiten und nicht – wie hier – Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und dem Staat. Es ließe sich sogar der Umkehrschluss ziehen, dass weitere internationale Schiedsgerichte, die nicht der Beilegung zwischenstaatlicher Streitigkeiten dienen, daher unzulässig sind.

Unabhängig davon besteht grundsätzlich die Möglichkeit, gem. Art. 24 Abs. 1 GG Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen zu übertragen. Das „Investitionsgericht“ käme als solche Einrichtung in Betracht, wenn man es nicht schon als lediglich privates Schiedsgericht ansehen möchte. Auch lässt sich angesichts der Durchgriffswirkung der Urteile des „Investitionsgerichts“ von einer Hoheitsrechtsübertragung sprechen. Jedoch ist wegen der Spezialität von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG hier der Weg über Art. 24 Abs. 1 GG versperrt – s.o. cc) (2). Im Übrigen kann eine Übertragung von Hoheitsrechten nie in einer die Verfassungsidentität verletzenden Weise vollzogen werden – s. bereits o. (2). Dem steht auch hier Art. 79 Abs. 3 GG stets entgegen.

(3) *Art. 59 Abs. 2 GG*

Der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages allein kann niemals als Argument dafür dienen, Verletzungen des Grundgesetzes zu rechtfertigen. Dies ergibt sich zwanglos aus dem Rangverhältnis zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht als einfaches Gesetzesrecht in Gestalt des Zustimmungsgesetzes gem. Art. 59 Abs. 2 GG. Dies bekräftigte jüngst das Bundesverfassungsgericht sogar für die Konstellation des *Treaty override*, also des Überkommens auch völkervertraglicher Verpflichtungen durch späteres einfaches Gesetzesrecht,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 – 2 BvL 1/12.

Daher kann Art. 59 Abs. 2 GG erst recht nicht zur Rechtfertigung der hier in Rede stehenden Grundgesetzverletzungen herangezogen werden.

(4) *Internationale Gerichte*

Der Europäische Gerichtshof (EuGH), der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und der Internationale Gerichtshof (IGH) haben gemeinsam, dass sich die Bundesrepublik Deutschland ihrer Gerichtsbarkeit durch völkerrechtlichen Vertrag unterworfen hat. Insoweit mag man eine Parallele zum „Investitionsgericht“ des CETA erkennen. Doch während die Unterwerfung unter EuGH (a), EGMR (b) und IGH (c) verfassungsrechtlich unproblematisch ist, gilt dies wegen einiger struktureller Unterschiede gerade nicht für das „Investitionsgericht“.

(a) Der EuGH ist – wenn auch in einem anderen Zusammenhang – explizit in Art. 23 GG genannt, dort nämlich in Abs. 1a. Damit kommt zum Ausdruck, dass das Grundgesetz selbst seine Existenz voraussetzt und die durch Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG formulierten Bedingungen für die Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union insoweit als gegeben betrachtet werden. Die Unterwerfung unter den EuGH betrifft deshalb auch nicht

die deutsche Verfassungsidentität und ist wegen des wirksamen Zustimmungsgesetzes zum Lissabon-Vertrag,

dazu nur BVerfGE 123, 267, insb. Rn. 337 f.,

auch kein der Ultra-vires-Kontrolle unterfallender Akt. Als Organ der EU wurden ihm vielmehr wirksam Hoheitsrechte im Einklang mit Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG übertragen. Schon darin unterscheidet er sich signifikant von dem „Investitionsgericht“. Nicht zuletzt deshalb ist der EuGH auch als gesetzlicher Richter i.S.v. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG anerkannt,

dazu nur BVerfGE 126, 286, Rn. 88; näher *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 101, Rn. 14.

Doch sind auch die dem EuGH zugewiesenen Streitgegenstände von fundamental anderer Natur. Entweder handelt es sich nämlich um unionsinterne Streitigkeiten zwischen Organen untereinander bzw. Organen und Mitgliedstaaten (vgl. etwa Art. 259, 263 AEUV) oder um Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV. Letztere können mit Blick auf die Verfahrensparteien – klagende Privatperson, beklagter Staat – durchaus mit Verfahren des „Investitionsgerichts“ vergleichbar sein. Jedoch sind Vorabentscheidungsverfahren in die nationalen Rechtswege eingeflochten und führen gerade keine letztverbindlichen Entscheidungen herbei, wohingegen das „Investitionsgericht“ den nationalen Rechtsweg ausschließt und verbindlich und vollstreckbar urteilt. Eine solch weitreichende, vom nationalen Gerichtssystem völlig entkoppelte Autonomie kommt dem EuGH nicht zu. Auch daher ist der EuGH im Gegensatz zum „Investitionsgericht“ verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

(b) Der EGMR ist ein auf völkervertraglicher Basis, Art. 59 Abs. 2 GG, anerkanntes Organ der EMRK, welches der Konkretisierung und Befolgung der in der Konvention niedergelegten Menschenrechte zu dienen bestimmt ist,

vgl. zum EGMR insgesamt nur *Nußberger*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 209.

Ähnlich wie beim Vorabentscheidungsverfahren des EuGH sind die Parteilgestaltungen der Verfahren des EGMR mit jenen des „Investitionsgerichts“ vergleichbar. Beim EGMR geht sogar bei Individualbeschwerden gem. Art. 34 EMRK – ebenso wie beim „Investitionsgericht“ – die Initiative zur Klage regelmäßig von einer Privatperson wegen einer behaupteten Rechtsverletzung durch den Staat aus. Darin erschöpft sich aber bereits die Vergleichbarkeit zwischen diesen beiden Gerichten. Denn eine Individualbeschwerde vor dem EGMR ist nur nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs zulässig, Art. 35 Abs. 1 EMRK. Damit besteht eine notwendige Verbindung zum nationalen Rechtsweg; er ist *conditio sine qua non* für eine Individualbeschwerde und respektiert das nationale Recht, wohingegen das „Investitionsgericht“ es ignoriert (Art. 8.31 Abs. 2 CETA). Dieser fundamentale Unterschied revidiert bereits jede Vergleichbarkeit zwischen EGMR und „Investitionsgericht“, weil ersterer gerade keinen rechtsstaatswidrigen Sonderweg einschlägt und daher verfassungsrechtlich unbedenklich ist.

Überdies haben die Mitgliedstaaten der EMRK die Entscheidungen des EGMR zwar zu befolgen und sich daran zu orientieren,

BVerfGE 111, 307, Rn. 38 f.,

doch entfalten die Urteile des EGMR darüber hinaus keine unmittelbare Durchgriffswirkung in die deutsche Rechtsordnung, denn: „In der Sachfrage erlässt der Gerichtshof ein Feststellungsurteil; mit der Entscheidung steht fest, dass die betroffene Vertragspartei – bezogen auf den konkreten Streitgegenstand – die Konvention gewahrt oder sich zu ihr in Widerspruch gesetzt hat; eine kassatorische Entscheidung, die die angegriffene Maßnahme der Vertragspartei unmittelbar aufheben würde, ergeht hingegen nicht“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 40.

Im Vergleich dazu kann beim „Investitionsgericht“ schon angesichts der weltweiten Vollstreckbarkeit seiner Entscheidungen von bloßen Feststellungsurteilen keine Rede sein. Anders als beim EGMR sind hier eine Durchgriffswirkung wie auch eine deutlich stärker ausgeprägte Beeinträchtigung der deutschen Rechtsordnung zu verzeichnen. Das „Investitionsgericht“ lässt sich auch aus diesem Grund mit dem EGMR keinesfalls strukturell vergleichen.

(c) Der IGH schließlich ist als reines zwischenstaatliches Gericht schon im Ausgangspunkt nicht mit dem „Investitionsgericht“ vergleichbar. Privatpersonen sind schon nicht klageberechtigt, Art. 34 Abs. 1 IGH-Statut. Zudem entfalten seine Entscheidung keine Durchgriffswirkung in die nationale Rechtsordnung, sondern bleiben rein völkerrechtlicher Natur.

**b) *Mitwirkung der Europäischen Union an der Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ als Ultra-vires-Akt***

Mit der Ultra-vires-Kontrolle überprüft das Bundesverfassungsgericht, ob Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union die Grenzen des demokratisch legitimierten Integrationsprogramms nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG offensichtlich und in strukturell bedeutsamer Weise überschreiten und dadurch gegen den Grundsatz der Volkssouveränität verstoßen (aa). Die Mitwirkungsakte der Europäischen Union, die zur Unterwerfung der Bundesrepublik Deutschland unter das „Investitionsgericht“ beitragen (bb), erfolgen nach diesen Maßstäben ultra vires im Hinblick auf eine fehlende Vertragsschlusskompetenz (cc) sowie eine kompetenzwidrige Weiterübertragung von Hoheitsrechten (dd), Parallelgerichtsbarkeit (ee) und Auslegungshoheit des Gemischten CETA-Ausschusses (ff). Die damit verbundenen Kompetenzüberschreitungen sind auch offensichtlich und strukturell bedeutsam (gg).

aa) *Ultra-vires-Kontrolle*

Das Bundesverfassungsgericht überprüft in ständiger Rechtsprechung „Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union, deren Rechtmäßigkeitsmaßstab das Unionsrecht ist (vgl. Ingold, AöR 140 <2015>, S. 1 <11 f.>; Schwerdtfeger, EuR 2015, S. 290 <303>) [...] im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle (nur) daraufhin [...], ob sie vom Integrationsprogramm (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG) gedeckt sind und insoweit am Anwendungsvorrang des Unionsrechts teilhaben“,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 146.

Kompetenzüberschreitungen von Stellen der Europäischen Union sind dann rügefähig, wenn sie hinreichend qualifiziert, d.h. „offensichtlich“ und „für die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten von struktureller Bedeutung“ sind,

BVerfG, a.a.O., Rn. 147.

Dabei stellte das Bundesverfassungsgericht jüngst klar: „Da hinreichend qualifizierte Kompetenzüberschreitungen zugleich die Identität der Verfassung berühren [...], stellt die Ultra-vires-Kontrolle einen besonderen, an das Zustimmungsgesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG anknüpfenden Anwendungsfall des allgemeinen Schutzes der Verfassungsidentität durch das Bundesverfassungsgericht dar (vgl. Schneider, AöR 139 <2014>, S. 196 <245 f.>; Morlok, in: Dreier, a.a.O., Art. 38 Rn. 61). Auch wenn sich beide Kontrollvorbehalte auf Art. 79 Abs. 3 GG zurückführen lassen, liegt ihnen ein jeweils unterschiedlicher Prüfungsansatz zugrunde. So überprüft das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle, ob das Handeln der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union von den im Zustimmungsgesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG enthalte-

nen Vorgaben des Integrationsprogramms gedeckt ist oder die Maßnahme aus dem vom parlamentarischen Gesetzgeber vorgegebenen Rahmen ausbricht“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 153.

Anders als bei der Identitätskontrolle ist damit nicht der über Art. 79 Abs. 3 GG gesicherte Verfassungskern Prüfungsmaßstab, sondern der Bereich deutscher Hoheitsrechte, der im Rahmen des über Art. 23 GG gesicherten Integrationsprogramms wirksam auf die Europäische Union übertragen wurde. Dieser spiegelt sich im Zustimmungsgesetz zum Lissabon-Vertrag sowie dem damit transformierten EU-Primärrecht wider. Verfassungswidrig ist die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ daher insoweit, wie sie auf ein Handeln von Stellen der Europäischen Union zurückzuführen ist, das evident außerhalb deren sachlichen Zuständigkeitsbereichs liegt.

*bb) Relevantes Handeln der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union*

Im Zusammenhang mit der Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ ist auf diejenigen Handlungen von Stellen der Europäischen Union abzustellen, die zur Verbindlichkeit des CETA für die Bundesrepublik Deutschland führen. Dies sind namentlich sämtliche damit im Zusammenhang stehende Beschlüsse des Rates der Europäischen Union, sei es zur Vertragsunterzeichnung und zum Vertragsschluss selbst oder sei es zur vorläufigen Anwendung – vgl. insbesondere Art. 218 Abs. 5 und 6 AEUV.

*cc) Fehlende Vertragsabschlusskompetenz*

Die Tatsache, dass das CETA – wenn überhaupt – nur als gemischtes Abkommen abgeschlossen werden darf, ist auch auf die Regelungen zum „Investitionsgericht“ zurückzuführen. Denn dadurch, dass das „Investitionsgericht“ in das Investitions-

schutzkapitel (Kapitel 8) des CETA eingebettet ist, ist seine Zuständigkeit streng an den dem CETA zu Grunde liegenden Investitionsbegriff gekoppelt. In Art. 8.1 CETA wird dieser wie folgt definiert:

„Vermögenswerte jeder Art, die direkt oder indirekt im Eigentum oder unter der Kontrolle eines Investors stehen und die Merkmale einer Investition aufweisen; hierzu gehören eine gewisse Dauer und andere Merkmale wie die Bindung von Kapital oder anderen Ressourcen, die Erwartung von Wertzuwachs oder Gewinn oder die Übernahme von Risiken.“

Im Anschluss folgen zahlreiche Regelbeispiele. Klar wird damit jedenfalls, dass nicht nur ausländische Direktinvestitionen, sondern auch etwa Portfolioinvestitionen Verfahrensgegenstand vor dem „Investitionsgericht“ sein können. Für solch umfassenden Investitionsschutz besteht jedoch keine Kompetenz der Europäischen Union zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge im Rahmen der gemeinsamen Handelspolitik, Art. 207 AEUV, weil diese nur ausländische Direktinvestitionen umfasst,

dazu umfassend und m.w.N. *Mayer*, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, 28. August 2014, S. 10 ff. ([www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen](http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen)).

Überdies folgt eine Vertragsschlusskompetenz der Europäischen Union für den gesamten Investitionsschutz auch nicht aus anderen Primärrechtsquellen, namentlich Art. 3 Abs. 2 AEUV i.V.m. einer Binnenkompetenz,

*Mayer*, a.a.O., S. 12.

Daher ist jedenfalls für den Bereich des „Investitionsgerichts“ eine Ratifikation des CETA in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union erforderlich. Basiert die völkerrechtliche Verbindlichkeit des CETA – und damit auch die Unterwerfung

der Bundesrepublik Deutschland unter das „Investitionsgericht“ – allein auf einem Beschluss des Rates der Europäischen Union, bewegte sich ein solcher klar jenseits des über das Zustimmungsgesetz zum Lissabon-Vertrag erteilten Integrationsauftrags – also *ultra vires*.

*dd) Kompetenzwidrige Weiterübertragung von Hoheitsrechten*

Doch selbst wenn das CETA als gemischtes Abkommen abgeschlossen werden sollte, bedeuteten der oder die mit der Anwendbarkeit des Abkommens verbundenen Ratsbeschlüsse insoweit einen *Ultra-vires*-Akt, als sie damit kompetenzwidrig Hoheitsrechte auf das „Investitionsgericht“ weiterübertragen. Denn eine solche Weiterübertragung verstößt nicht nur aus Sicht des unveränderlichen Verfassungskerns gegen das Grundgesetz – s.o. a) cc) (2) und (3) –, sondern ist zugleich auch nicht aus Sicht des Unionsrechts von dem der EU zugewiesenen Integrationsprogramm umfasst. Denn wie oben näher unter a) cc) (2) (b) dargelegt verfügt die Union nicht über die „Kompetenz-Kompetenz“, ohne eigene primärrechtliche Grundlage ihr von den Mitgliedstaaten zugedachte Hoheitsrechte auf andere zwischenstaatliche Einrichtungen weiterzuübertragen.

*ee) Kompetenzwidrige Parallelgerichtsbarkeit*

Wie bereits oben unter a) dd) (1) dargelegt taugt Art. 23 GG nicht zur verfassungsimmanenten Rechtfertigung dafür, dass die Bundesrepublik Deutschland dem „Investitionsgericht“ unterworfen wird. Im Anschluss daran lässt sich mit Blick auf die *Ultra-vires*-Kontrolle vertiefend festhalten, dass die mit dem „Investitionsgericht“ herbeigeführte Parallelgerichtsbarkeit dem Integrationsprogramm sogar zuwiderläuft. Daher ergeht jeder diesen Umstand fördernde Ratsbeschluss *ultra vires*.

Denn der Union fehlt bereits die Zuständigkeit, parallel zur Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs ein weiteres, dem Unionsgefüge nicht zugehöriges Ge-

richt einzusetzen, welches die Letztentscheidungskompetenz des Europäischen Gerichtshofs über unionsrechtlich determinierte Sachverhalte unterläuft. Genau solch ein Gericht ist aber das „Investitionsgericht“. Dessen Wirken widerspricht dem Grundsatz der Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung, wie er sich aus Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV ergibt. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist es unionsrechtswidrig, durch internationale Abkommen Gerichte einzusetzen, die das Monopol des Europäischen Gerichtshofs für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane in Frage stellen,

EuGH, Gutachten 1/91 v. 14.12.1991 (EWR 1); Gutachten 1/00 v. 18.4.2002 (GELR); Gutachten 1/09 v. 8.3.2011 (Europäisches Patentgericht); Gutachten 2/13 v. 18.12.2014 (Beitritt der EU zur EMRK).

Das insoweit bestehende Justizmonopol des Europäischen Gerichtshofs wird jedoch durch das „Investitionsgericht“ nicht nur in Frage gestellt, sondern für dessen Zuständigkeitsbereich sogar außer Kraft gesetzt. Das „Investitionsgericht“ wird regelmäßig darüber mitzuentcheiden haben, ob ein bestimmter Sekundärrechtsakt gegen einzelne Investitionsschutzklauseln des CETA verstößt. Dazu hat es die ausdrückliche und (nach alleiniger Wahl des Investors) ausschließliche Kompetenz, Art. 8.22 Abs. 1 lit. f und g CETA. Das „Investitionsgericht“ ist zwar nicht befugt, einen Sekundärrechtsakt für nichtig zu erklären, sondern kann nur Schadensersatz zusprechen, Art. 8.39 CETA. Es kann jedoch jeden Unionsrechtsakt als haftungsauslösende, vertragswidrige „Tatsache“ würdigen, Art. 8.31 Abs. 2 CETA. Dies führt zwangsläufig zu einer Kollision mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wenn dieser zuvor die Rechtmäßigkeit desselben Sekundärrechtsakts bestätigt hat,

vgl. *Herrmann*, The Role of the Court of the European Union in the Emerging EU Investment Policy, *The Journal of World Investment & Trade* 15 (2014), S. 570 ff.; *Burgstaller*, Dispute Settlement in EU International Investment Ag-

reements with Third States, *The Journal of World Investment & Trade* 15 (2014), S. 551 (569); *Hindelang*, Der primärrechtliche Rahmen einer EU-Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU-Abkommen, in: Bungenberg/Herrmann, Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 2011, S. 157 (177 f.).

Der Grundsatz der Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung ist in der Ausgestaltung des „Investitionsgerichts“ und den ihm zu Grunde liegenden Regelungen durch CETA evident verletzt.

*ff) Kompetenzwidrige Auslegungshoheit des Gemischten CETA-Ausschusses*

Wie bereits oben unter a) bb) (2) näher ausgeführt hat der Gemischte CETA-Ausschuss über Art. 26.1 Abs. 5 lit. e und Art. 26.3 CETA die Befugnis, „Auslegungen der Bestimmungen dieses Abkommens vor(zu)nehmen, die für die nach Kapitel acht Abschnitt F (Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und Staaten) und nach Kapitel neunundzwanzig (Streitbeilegung) errichteten Gerichte bindend sind“, wobei die „Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses [...] für die Vertragsparteien – vorbehaltlich der Erfüllung etwaiger interner Anforderungen und des Abschlusses etwaiger interner Verfahren – bindend und von ihnen umzusetzen“ sind. Damit wird der Gemischte CETA-Ausschuss dem „Investitionsgericht“ sogar formell übergeordnet und kann auf diese Weise die ohnehin zu konstatierende Kompetenzwidrigkeit der Letztentscheidungsbefugnis des „Investitionsgerichts“ noch vertiefen. Der Gemischte CETA-Ausschuss wird nämlich in die Lage versetzt, zumindest indirekt auch über unionsrechtlich determinierte Sachverhalte eine endgültige und verbindliche Entscheidung herbeizuführen. Dies läuft auf die Befugnis hinaus, im Ergebnis über die Vertragskonformität des gesamten Unionsrechts befinden zu können. Damit wird nicht nur die ohnehin verletzte ausschließliche Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs nach Art. 19

Abs. 1 Satz 2 EUV konterkariert, sondern auch das Integrationsprogramm als solches in Frage gestellt. Daher ist jeder Ratsbeschluss, der diesen Zustand herbeiführt, evident ultra vires.

*gg) Offensichtliche und strukturell bedeutsame Verletzungen*

Ein Ultra-vires-Akt ist offensichtlich, „wenn sich die Kompetenz – bei Anwendung allgemeiner methodischer Standards [...] – unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt begründen lässt (vgl. BVerfGE 126, 286 <308>; siehe auch Pötters/Traut, EuR 2011, S. 580 <587>; Wendel, ZaöRV 2014, S. 615 <631 f.>; Klement, JZ 2015, S. 754 <756 f.>)“,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 149.

Eine strukturell bedeutsame Verletzung zu Lasten mitgliedstaatlicher Kompetenzen folgt daraus, „wenn die Kompetenzüberschreitung ein für das Demokratieprinzip und die Volkssouveränität erhebliches Gewicht besitzt. Das ist etwa der Fall, wenn sie geeignet ist, die kompetenziellen Grundlagen der Europäischen Union zu verschieben (vgl. Wischmeyer, AöR 140 <2015>, S. 415 <456 f.>) und so das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zu unterlaufen. Davon ist auszugehen, wenn die Inanspruchnahme der Kompetenz durch das Organ, die Einrichtung oder sonstige Stelle der Europäischen Union eine Vertragsänderung nach Art. 48 EUV oder die Inanspruchnahme einer Evolutivklausel erforderte (vgl. EuGH, Gutachten 2/94 vom 28. März 1996, EMRK-Beitritt, Slg. 1996, I- 1759, Rn. 30), für Deutschland also ein Tätigwerden des Gesetzgebers, sei es nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG, sei es nach Maßgabe des Integrationsverantwortungsgesetzes (vgl. schon dazu Art. 235 EWGV a.F.; BVerfGE 89, 155 <210>; Gött, EuR 2014, S. 514 <525>)“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 151.

Nach diesen Maßgaben führt jeder die Anwendung des CETA fördernde Ratsbeschluss zu einer offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Verletzung. Dass sich eine Unionskompetenz im Zusammenhang mit den soeben beschriebenen Anknüpfungspunkten unter keinen Gesichtspunkten erkennen lässt, wurde dort bereits erörtert. Überdies können sämtliche der beschriebenen Folgen allenfalls dann rechtmäßig eintreten, wenn der Gesetzgeber entsprechend tätig wird. So wäre es zu dem unter cc) beschriebenen Komplex möglich, der Europäischen Union die Vertragsschlusskompetenz für den gesamten Bereich des Investitionsschutzrechts zuzuschreiben – allerdings nur über ein Gesetz nach Maßgabe von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG. Entsprechendes gilt auch für die unter dd) bis ff) erörterten Gesichtspunkte, wenn dadurch zugleich das EU-Primärrecht signifikant angepasst würde. Dass zugleich allerdings dadurch die Verletzung des unveränderlichen Grundgesetzkerns nicht ausgeräumt würde – vgl. o. zu a) bb) –, ist für die Ultra-vires-Kontrolle nicht von Bedeutung. Im Gegenteil lässt sich aus diesem Umstand erst recht schließen, dass es sich um offensichtliche und strukturell bedeutsame Verletzungen handelt.

**c) *Rechtsfolge: Anspruch auf negatives Abstimmungsverhalten des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union***

Aus dem Befund, dass sich aus der Bindungswirkung eines völkerrechtlichen Vertrages – hier des CETA – verschiedene Verletzungen der Verfassungsidentität sowie des Integrationsprogramms ergeben, verpflichtet die maßgeblichen Verfassungsorgane zum Einschreiten gegen die Bindungswirkung. Grundsätzlich vermittelt die subjektiv-rechtliche Seite der festgestellten Verletzungen – das „Recht auf Demokratie“ – lediglich einen Anspruch auf Schutz gegen die genannten Verletzungen (aa). Dieser verdichtet sich in diesem Fall aber auf eine konkrete Pflicht der Bundesregierung, aktiv gegen das Eintreten der Bindungswirkung des CETA für die Bundesrepublik Deutschland einzuschreiten, die einzig durch ein negatives Ab-

stimmungsverhalten des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union erfüllt werden kann (bb).

*aa) Anspruch auf Schutz gegen die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“*

Das im jüngsten OMT-Urteil des Bundesverfassungsgerichts erstmals so bezeichnete und aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG abgeleitete „Recht auf Demokratie“ (teils auch „Anspruch auf Demokratie“),

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a.,  
Rn. 133, 147, 166, 185,

führt im konkreten Fall zu einem Anspruch auf Schutz gegen die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“. Denn die Verfassungsorgane „haben über die Einhaltung des Integrationsprogramms zu wachen und bei Identitätsverletzungen ebenso wie bei offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen außerhalb des gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG integrationsfesten Bereichs aktiv auf seine Befolgung und die Beachtung seiner Grenzen hinzuwirken (BVerfGE 134, 366 <395 Rn. 49>; Gött, EuR 2014, S. 514 <522 ff.>; Wollenschläger, a.a.O., Art. 23 Rn. 175). In Ansehung solcher Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union haben sie sich daher aktiv mit der Frage auseinanderzusetzen, wie die Identität gewahrt oder die Kompetenzordnung wiederhergestellt werden kann, und eine positive Entscheidung darüber herbeizuführen, welche Wege dafür beschritten werden sollen (BVerfGE 134, 366 <397 Rn. 53>“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 167.

Als Konsequenz aus den über die Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle rügefähigen Grundgesetzverletzungen ergibt sich somit eine Handlungspflicht. Es stellt sich daher nicht mehr die Frage, ob die betroffenen Verfassungsorgane – d.h. wie hier im Falle des auswärtigen Handelns: die Bundesregierung – zum Einschreiten ver-

pflichtet sind. Sie sind es ohne Vorbehalt. Jedoch dürfen sie „grundsätzlich in eigener Verantwortung entscheiden, wie sie die ihnen obliegenden Schutzpflichten erfüllen (zu Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG BVerfGE 96, 56 <64>; zu Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG BVerfGE 66, 39 <61>; 77, 170 <214>; 79, 174 <202>; 85, 191 <212>; zu Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG BVerfGE 125, 39 <78>; zu Art. 12 Abs. 1 GG BVerfGE 92, 26 <47>). Dabei kommt ihnen ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (BVerfGE 125, 39 <78>)“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 169.

Dabei ist jedoch wiederum die Zielrichtung des Handelns vorgegeben: „Für die – der Sicherung von Demokratie und Volkssouveränität dienende – Integrationsverantwortung bedeutet dies, dass die Verfassungsorgane im Falle offensichtlicher und strukturell bedeutsamer Kompetenzüberschreitungen und sonstiger Verletzungen der Verfassungsidentität durch Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union aktiv auf die Einhaltung des Integrationsprogramms hinzuwirken haben“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 170.

#### *bb) Konkrete Pflicht zur Verhinderung der Bindungswirkung des CETA*

Diese allgemeine Hinwirkungspflicht kann jedoch zu einer konkreten Pflicht gerichtet auf ein bestimmtes Verhalten erstarken, wenn der mit dem „Recht auf Demokratie“ verbundene Anspruch auf Verhinderung bzw. Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes nur auf eine denklogisch mögliche Art erfüllt werden kann,

so auch ausdrücklich BVerfG, a.a.O., Rn. 172.

Dies ergibt sich schon daraus, dass die Verfassungsorgane verpflichtet sind, „im Rahmen ihrer Kompetenzen mit rechtlichen oder politischen Mitteln auf die Auf-

hebung der vom Integrationsprogramm nicht gedeckten Maßnahmen hinzuwirken sowie – solange die Maßnahmen fortwirken – geeignete Vorkehrungen dafür zu treffen, dass die innerstaatlichen Auswirkungen der Maßnahmen so weit wie möglich begrenzt bleiben (vgl. BVerfGE 134, 366 <395 f. Rn. 49>). Insoweit sind geeignete Möglichkeiten zu ergreifen, um die Wahrung des Integrationsprogramms sicherzustellen (vgl. BVerfGE 123, 267 <353, 364 f., 389 f., 391 f., 413 f., 419 f.>; 134, 366 <395 f. Rn. 49, 397 Rn. 53>)“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 170.

Denn wenn es nur eine Möglichkeit gibt, die formulierten Anspruchsziele effektiv sicherzustellen, muss diese auch ergriffen werden. Die in Frage kommenden Maßnahmen hat das Bundesverfassungsgericht bereits im OMT-Urteil in Aussicht gestellt: „Dazu zählen mit Blick auf die Bundesregierung insbesondere eine Klage vor dem Gerichtshof der Europäischen Union (Art. 263 Abs. 1 AEUV), die Beanstandung der fraglichen Maßnahme gegenüber den handelnden und den sie kontrollierenden Stellen, das Stimmverhalten in den Entscheidungsgremien der Europäischen Union einschließlich der Ausübung von Vetorechten und der Berufung auf den Luxemburger Kompromiss (vgl. Streinz, Die Luxemburger Vereinbarung, 1984), Vorstöße zu Vertragsänderungen (vgl. Art. 48 Abs. 2, 50 EUV) sowie Weisungen an nachgeordnete Stellen, die in Rede stehende Maßnahme nicht anzuwenden“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 171.

Für die in Rede stehende Verhinderung der Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ bedeutet dies: *Conditio sine qua non* ist die durch das CETA vermittelte Bindungswirkung für die Bundesrepublik Deutschland. Daher muss jede Art der Bindungswirkung – sei es durch vorläufige Anwendung, sei es durch endgültigen Vertragsschluss – effektiv verhindert werden. Dazu imstande ist allein die Bundesregierung, weil sie einen Vertreter in den Rat der Europäischen Union (Art. 16 EUV) – dem entscheidenden beschlussfassenden Organ, Art. 218 AEUV – entsendet. Die-

ser Vertreter kann durch eine ablehnende Stimmabgabe in jeder Phase der Beschlussfassung über das CETA verhindern, dass die einen verfassungswidrigen Zustand erzeugende Bindungswirkung eintritt, weil die Beschlüsse über das CETA nur einstimmig ergehen können,

zum Ganzen *Schiffbauer*, Mehrheitserfordernisse für Abstimmungen im Rat über TTIP, CETA & Co., EuZW 2016, S. 252.

Folglich ist die negative Stimmabgabe des deutschen Ratsvertreters die einzige Möglichkeit, die Bindungswirkung des CETA effektiv zu verhindern. Deshalb verdichtet sich der „Anspruch auf Demokratie“ auf dieses Handeln.

## **2. Der Gemischte CETA-Ausschusses**

Der Gemischte CETA-Ausschuss bietet ebenfalls Anlass zu verfassungsrechtlich begründeten Rügen auf Grundlage der Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle. Zum einen verletzt die Ausübung von Hoheitsgewalt durch den Gemischten CETA-Ausschuss die Identität des Grundgesetzes (a), zum anderen beruht dessen offene institutionelle Struktur auf einem Ultra-vires-Akt (b). Dies führt gleichermaßen zu den soeben unter 1. c) dargelegten Rechtsfolgen.

### ***a) Ausübung von Hoheitsgewalt als Verletzung der Verfassungsidentität***

Das Grundgesetz lässt die Übertragung von Hoheitsrechten nur unter bestimmten Voraussetzungen zu. Es geht – neben dem übergeordneten Ziel der Verwirklichung eines vereinten Europas gem. Art. 23 Abs. 1 GG – um das Anliegen, Deutschland in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einzugliedern (Art. 24 Abs. 2 GG), Deutschlands Eingliederung in zwischenstaatliche Einrichtungen zu ermöglichen (Art. 24 Abs. 1 GG, Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG), die Unterwerfung unter eine obligatorische internationale Gerichtsbarkeit vorzubereiten (Art. 24 Abs. 3 GG). In allen diesen Konstellationen geht es um die Ausübung von Hoheitsrechten, und

darunter sind Maßnahmen zu verstehen, die in den staatlichen Herrschaftsbereich durchgreifen,

*Streinz*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 24, Rn. 13; näher und weitere Nachweise bereits o. 1. a) cc) (2).

In anderen Konstellationen lässt das Grundgesetz eine Übertragung von Hoheitsrechten nicht zu. Wohl aber ist zulässig, dass Vertragsorgane verbindliche Beschlüsse ohne Durchgriffswirkung an die Bundesrepublik Deutschland als Vertragspartei adressieren dürfen (wie dies beispielsweise im System der WTO oder des IWF der Fall ist). Die Grundlage für diese Form einer Unterwerfung unter externe Willensmacht liegt formal gesehen in dem jeweiligen Zustimmungsgesetz (Art. 59 Abs. 2 GG). Inhaltlich aber ist Voraussetzung, dass die Bundesrepublik als Vertragspartei in ausreichendem Maße auf die interne Willensbildung in den Vertragsorganen Einfluss nehmen kann. Ein Zustimmungsgesetz, das sich künftigen bindenden Beschlüssen von Vertragsorganen unterwirft, ohne dass die Möglichkeit besteht, auf die Vertragsorgane einzuwirken oder in ihnen mitzuwirken, würde gegen das in Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG verankerte Demokratieprinzip verstoßen. Es liefe auf eine demokratisch nicht rückgekoppelte Entäußerung von parlamentarischer Gestaltungsmacht hinaus, die unter der Geltung des Grundgesetzes nicht zulässig wäre. Dementsprechend ist auch kein völkerrechtlicher Vertrag bekannt, auf dessen Grundlage Vertragsorgane Umsetzungsverpflichtungen für die Bundesrepublik begründen könnten, ohne dass diese die Möglichkeit besäße, auf die Zusammensetzung der Vertragsorgane Einfluss zu nehmen oder in ihnen mitzuwirken.

Der Treaty-Override-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts sollte in diesem Zusammenhang nicht dahin missverstanden werden, dass die verfassungsrechtlichen Bindungen, denen jedes Zustimmungsgesetz i.S.d. Art. 59 Abs. 2 GG unterliegt, gelockert wären, weil es der Gesetzgeber jederzeit in der Hand habe, durch einen Aufhebungsakt zu einem verfassungsgemäßen Zustand zurückzukehren. Das Ge-

richt hat in der Entscheidung zu Recht die Reichweite des Demokratieprinzips hervorgehoben, das es dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich erlaubt, ein Zustimmungsgesetz auch dann aufzuheben, wenn dadurch im Außenverhältnis eine Völkerrechtsverletzung herbeigeführt wird,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 – 2 BvL 1/12, Rn. 49 ff., 60 ff.

Dies bedeutet aber nicht, dass Zustimmungsgesetze nicht denselben verfassungsrechtlichen Vorgaben unterliegen wie andere Gesetze auch.

Vor diesem Hintergrund führen die Rechtsakte, die dem CETA Bindungswirkung für die Bundesrepublik Deutschland verleihen – sei es ein Zustimmungsgesetz, sei es ein Beschluss des Ministerrats – zu einer signifikanten Verletzung des Demokratieprinzips und damit der Identität des Grundgesetzes. Denn obwohl das CETA dem Gemischten CETA-Ausschuss weitreichende organisatorische Entscheidungsbefugnisse zuweist (aa), fasst er seine Beschlüsse ohne Beteiligung von Organen der Vertragsstaaten (bb) und ist dafür nicht demokratisch legitimiert (cc).

#### *aa) Organisatorische und inhaltliche Entscheidungsbefugnisse*

Die generellen organisatorischen Befugnisse des Gemischten CETA-Ausschusses führt Art. 26.1 CETA auf. Nach dessen Abs. 3 ist der Ausschuss insgesamt zuständig für die Anwendung und Durchführung des Vertrages. Er beaufsichtigt die Sonderausschüsse, er kann (seine) Befugnisse auf die Sonderausschüsse übertragen (Art. 26.1 Abs. 5 lit. a CETA), er kann deren Zuständigkeiten ändern, Sonderausschüsse auflösen und neue einrichten (Art. 26.1 Abs. 5 lit. g und h CETA).

Der Gemischte CETA-Ausschuss wird an mehreren Stellen des Abkommens dazu ermächtigt, Verfahrensvorschriften zu erlassen und organisatorische Veränderungen des Vertrags vorzunehmen. Im TBT-Kapitel kann der Ausschuss z.B. zur Unterstützung der Vertragsparteien Ad-hoc-Arbeitsgruppen einrichten (Art. 4.7 Abs. 2

CETA). Im Kapitel 25 CETA – „Bilateraler Dialog und Zusammenarbeit“ – kann der Ausschuss Dialoge über regulatorische Maßnahmen der Vertragsparteien initiieren, die dann auch verpflichtend stattfinden müssen (Art. 25.1 Abs. 2 CETA).

Der Gemischte CETA-Ausschuss ist als maßgebliches Beschlussorgan in die Organisation und Prozessrechtsordnung des „Investitionsgerichts“ eingebunden. Er nominiert Richter aus und kann deren Zahl erhöhen oder senken (Art. 8.27 Abs. 2 CETA). Er bestimmt den Präsidenten und den Vizepräsidenten des „Investitionsgerichts“ (Art. 8.27 Abs. 8 CETA). Er regelt die Höhe der regelmäßigen Bezahlung der Richter und deren Modalitäten (Art. 8.27 Abs. 12 u. 15 CETA). Das Gleiche gilt für die Berufungsinstanz (Art. 8.28 Abs. 3 CETA). Der Ausschuss soll der Berufungsinstanz eine Verfahrensordnung geben (Art. 8.28 Abs. 7) und wird generell ermächtigt, alle Maßnahmen zu ergreifen, die er für notwendig hält, um das Funktionieren der Berufungsinstanz sicherzustellen (Art. 8.28 Abs. 7 lit. g CETA). Der Ausschuss beschließt über die Abberufung von Richtern (Art. 8.30 CETA). Er kann nach seinem Gutdünken die Gerichtskosten für Kläger reduzieren und damit zu einer Erhöhung der Fallzahlen, die in die Investitionsgerichtsbarkeit kommen, beitragen (Art. 8.39 CETA).

Der Gemischte CETA-Ausschuss hat zahlreiche inhaltliche Befugnisse und kann den Vertrag in mehreren Punkten verändern. Generell kann er Anhänge und Protokolle des CETA ändern (Art. 30.2 Abs. 2 CETA). Diese allgemeinen Änderungsbefugnisse werden sektorspezifisch in den einzelnen Vertragskapiteln konkretisiert. So kann er Befreiungstatbestände bei Einfuhrzöllen beschließen, die die entsprechenden Annex-Regelungen verdrängen (Art. 2.3 Abs. 5 CETA). Er kann nach Art. 8.1 CETA das Investitionsschutzkapitel um bislang nicht erfasste Kategorien des geistigen Eigentums ergänzen und diese unter den Schutz des Vertrages stellen. Gleichzeitig kann der Ausschuss im Annex 20-A die geschützten Herkunftsbezeichnungen erweitern oder streichen. Nach Art. 8.10 Abs. 3 und Art. 8.31 Abs. 3 CETA kann der Gemischte CETA-Ausschuss über verbindliche Auslegungen der

Schutzstandards und die sonstige authentische Interpretation des Investitionsschutzkapitels beschließen. Er kann ferner Ergänzungen im Kapitel 23 „Handel und Arbeit“ vornehmen.

Die Fülle und das inhaltliche Gewicht dieser Beschlusszuständigkeiten machen es grundsätzlich erforderlich, an die demokratische Legitimation des Gemischten CETA-Ausschusses hohe Anforderungen zu stellen.

*bb) Beschlussfassung des Gemischten CETA-Ausschusses*

Völkerrechtlich verbindliche Entscheidungen der Vertragsgremien – egal ob inhaltlich oder organisatorisch, insbesondere des Gemischten CETA-Ausschusses – werden in der Regel im gegenseitigen Einvernehmen der Gremienvertreter getroffen (Art. 26.3 Abs. 3 CETA). Für die Änderung von Protokollen und Annexen durch den Gemischten CETA-Ausschuss ist dabei ein nationales Legitimierungsverfahren nicht zwingend vorgeschrieben (Art. 30.2 Abs. 2 S. 1 u. 2 CETA). Hier „können“ die Parteien in Übereinstimmung mit ihren nationalen Verfahren die Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses genehmigen, müssen dies aber offensichtlich nicht. Systematisch spricht für diese mit dem Wortlaut übereinstimmende Auslegung, dass an anderen Stellen des Vertrages die Fälle ausdrücklich geregelt sind, die eine bindende Entscheidung eines Ausschusses an die wirksame interne Zustimmung der Vertragsparteien zwingend koppelt (z.B. Art. 11.3 Abs. 6 CETA),

*Stoll/Holterbus/Gött, Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) – Regulatorische Zusammenarbeit und Investitionsschutz und ihre Bedeutung für den Umweltschutz, Rechtsgutachten im Auftrag des Sachverständigenrats für Umweltfragen, August 2015, S. 15 f. ([http://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/03\\_Materialien/2012\\_2016/2016\\_03\\_MzU\\_47\\_TTIP.pdf](http://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/03_Materialien/2012_2016/2016_03_MzU_47_TTIP.pdf));*

*dies., Die geplante Regulierungszusammenarbeit zwischen der EU und Kanada*

sowie den USA nach den Entwürfen von CETA und TTIP, Rechtsgutachten im Auftrag der Arbeiterkammer Wien, Juni 2015, S. 8 ff ([www.fair-handeln-statt-ttip.eu/kontext/controllers/document.php/58.2/.../1d12d3.pdf](http://www.fair-handeln-statt-ttip.eu/kontext/controllers/document.php/58.2/.../1d12d3.pdf)).

Einige Vertragsbestimmungen enthalten eine Entscheidungsbefugnis des Gemischten CETA-Ausschusses, ohne dass in den speziellen Kapiteln auf ein nationales Verfahren oder die Zustimmung der Vertragsstaaten hingewiesen wird, z.B. Art. 20.22 CETA und die Herkunftsbezeichnungen in Annex 20-A CETA. Inwieweit hier im Rahmen einer „Lückenfüllung“ auf die generellen Normen des Kapitels 26 und der Schlussbestimmungen in Kapitel 30 zurückgegriffen werden kann, ist unklar. Dies dürfte aber eher ausgeschlossen sein, weil andere Vertragsnormen über die Entscheidungsbefugnisse des Gemischten CETA-Ausschusses auf das Kapitel über die Schlussbestimmungen und das Beteiligungsverfahren der Vertragsparteien direkt Bezug nehmen, vgl. Art. 23.11 Abs. 5 CETA. Zum Teil adressieren sie das Erfordernis der Genehmigung durch die Vertragsparteien in der speziellen Norm selbst. (z.B. Art. 11.3 Abs. 6 CETA für den MRA-Ausschuss).

### *cc) Fehlende demokratische Legitimation*

Dass deutsche Vertreter in dem höchsten Vertragsorgan des CETA – dem Gemischten CETA-Ausschuss – nicht vertreten sind, und dass dieser Ausschuss gleichwohl mit weitreichenden Beschlusszuständigkeiten ausgestattet ist, ist vor dem Hintergrund der geschilderten verfassungsrechtlichen Zusammenhänge nicht tragfähig. Mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes stimmt es nicht überein, dass dieser Ausschuss ohne personelle demokratische Legitimation und ohne sachliche demokratische Legitimation verbindliche Beschlüsse fassen darf, die von der Bundesrepublik umzusetzen sind (Art. 26.3 Abs. 2 Satz 1 CETA).

Die fehlende personelle demokratische Legitimation wird durch das Beschlussverfahren im Rat, der die Standpunkte der Kommission für den Gemeinsamen CETA-Ausschuss festlegt, nicht ausgeglichen. Der Rat beschließt grundsätzlich mit qualifi-

zierter Mehrheit. Standpunkte können gegen den Willen des deutschen Vertreters im Rat beschlossen werden. Das Demokratiedefizit wird potenziert, wenn der Gemischte CETA-Ausschuss in Sachbereichen Entscheidungen trifft, die – wie die Tätigkeit des Ausschusses im Investitionsschutzkapitel – dem Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten zuzuordnen sind.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss die Ausübung von Hoheitsgewalt durch Organe der EU doppelgleisig legitimiert sein. Zum einen durch die Rückkoppelung der nationalen Regierungsvertreter im Ministerrat und sodann durch das Europäische Parlament, über das die nationalen Wahlbürger Teilhabemöglichkeiten auf europäischer Ebene haben. Insbesondere dann, wenn Mehrheitsentscheidungen des Rates aus Art. 218 AEUV das Legitimationsniveau von Maßnahmen der europäischen öffentlichen Gewalt in der Perspektive des Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG für die Bundesrepublik absenken, müssen diese Maßnahmen durch andere Legitimationsstränge auf unionaler Ebene gestützt werden. Inwieweit die gebrochene nationalstaatliche Legitimation durch Legitimierungsmechanismen personeller Art auf der europäischen Ebene kompensiert wird, hängt aber von der Ausgestaltung der dortigen Organe, der Verfahren und der Regelungsdichte der einschlägigen Normen ab,

BVerfGE 89, 155 (182); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 131.

Den Mehrbedarf an demokratischer Eigenlegitimation befriedigt grundsätzlich die umfassendere Beteiligung des Europäischen Parlaments an der Setzung von unionalen Rechtsakten. Nach Art. 218 Abs. 6 AEUV ist der Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch die EU von der Zustimmung des Europäischen Parlaments abhängig. Einer jeweils weiteren Zustimmung des Europäischen Parlaments zu einzelnen vertragsändernden Maßnahmen bedarf es aber nicht. Art. 218 Abs. 10 AEUV sieht für diese Fälle lediglich eine Informationspflicht vor. Der Rat allein beschließt die Standpunkte,

*Weiß*, Verfassungsanforderungen und Integrationsverantwortung bei beschließenden Vertragsorganen in Freihandelsabkommen, EuZW 2016, S. 286 (288).

Die demokratische Legitimation unionalen Handelns zur Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge ist damit *per se* defizitär, da das Europäische Parlament durch das Primärrecht nicht in die Entscheidungsfindung eingebunden ist.

In seiner Entscheidung zum ESM-Vertrag hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich betont, dass der erforderliche Legitimationszusammenhang in die innerstaatliche Demokratie erst dann hergestellt ist, wenn Beschlüsse von Gremien eines völkerrechtlichen Vertrages nicht gegen die Stimme des deutschen Vertreters getroffen werden können,

BVerfGE 135, 317, Rn. 191.

Dies ist im Gemischten CETA-Ausschuss nicht gewährleistet. Ein Mitgliedstaat kann europäischen Rechtsakten unterworfen werden, die seine demokratischen Repräsentanten ausdrücklich abgelehnt haben. Hier ist der Strang der staatlich vermittelten Legitimationskette durchbrochen.

Völkerrechtliche Bindungen der Bundesrepublik Deutschland müssen demokratisch verantwortet werden. Das Volk muss wissen, wen es für politische Entscheidungen verantwortlich machen kann, um von seinem Wahlrecht vernünftig Gebrauch machen zu können. In seiner Rechtsprechung zu der Frage, welche Staatsorgane an völkerrechtlich verbindlichen Vertragsentwicklungen wie beteiligt sein müssen, damit dieser Verantwortungszusammenhang hergestellt ist, geht das Bundesverfassungsgericht von dem Normalfall aus, dass ein Mitglied der Bundesregierung oder zumindest ein weisungsgebundener Repräsentant als Vertreter der Bundesrepublik Deutschland in dem entscheidenden Gremium der supranationalen bzw. internationalen Organisation oder zwischenstaatlichen Einrichtung vertreten ist und an den bindenden Entscheidungen direkt mitwirkt, um das – wegen der fehlenden weiteren Einbindung des Parlaments – sachlich-inhaltlich abfallende Le-

gitimationsniveau völkerrechtlich verbindlicher Entscheidungen auszugleichen. Denn auf diese Weise wird dann die Regierung in dem Gremium in die Lage versetzt, Verantwortung gegenüber dem Parlament und dem Volk zu übernehmen,

BVerfGE 9, 268 (281 f.); 93, 37 (67); 130, 76 (124); 135, 317, Rn. 191: Der notwendige Legitimationszusammenhang wird dadurch hergestellt, dass Beschlüsse der Organe des Stabilitätsmechanismus nicht gegen die Stimme des deutschen Vertreters beschlossen werden können.

In seiner Entscheidung zum NATO-Vertrag spricht das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich davon, dass die punktuelle Zustimmung des Parlaments zum Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages, der auf Integration angelegt ist, die Regierung ermächtigt, in den Organen des Vertrages an der völkerrechtlich verbindlichen Fortentwicklung des Vertrages mitzuwirken, ohne dass es jeweils einer förmlichen Vertragsänderung unter parlamentarischer Beteiligung bedürfte,

BVerfGE 104, 151, Rn. 177 ff.

Gleiches gilt für den europäischen Stabilitätsmechanismus,

BVerfGE 135, 317, Rn. 183, 191.

Da die Bundesregierung allerdings nicht in den entscheidenden Vertragsorganen des CETA vertreten ist, versagt dieser Kontrollmechanismus.

Das Bundesverfassungsgericht trägt die defizitäre sachlich-inhaltliche Steuerung außenpolitischer Entscheidungen der Bundesregierung durch das Parlament u.a. auch deswegen mit, weil dem Bundestag über sein verfassungsrechtliches Verhältnis zur Bundesregierung andere Steuerungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Der Deutsche Bundestag steht einer durch rechtserhebliches Handeln der Exekutivvertreter zu besorgenden schleichenden Inhaltsveränderung eines völkerrechtlichen Vertrages deshalb nicht schutzlos gegenüber, weil die Bundesregierung von seinem Vertrauen abhängig ist. Das nationale Parlament hat ein Arsenal an Kon-

trollrechten, wie z.B. die Anfragen an die Regierung oder die Möglichkeit eines Organstreits. Letztlich können diese Kontrollrechte auf der höchsten Eskalationsstufe in ein Misstrauensvotum gegen den Bundeskanzler münden. Diese rechtlichen Druckmittel reichen dem Bundesverfassungsgericht zufolge im Bereich des auswärtigen Handelns aus, um ein Ausbrechen der Exekutive aus den nur anfänglich verschriftlichten Vorgaben des Parlaments wirkungsvoll zu unterbinden,

BVerfGE 104, 151, Rn. 149 f.

Diese Mechanismen versagen jedoch beim CETA vollständig. Die Kontrollinstrumente des Parlaments erstrecken sich zwar auf den Vertreter der Bundesregierung im Ministerrat. Doch kann der Rat gegen den Vertreter der Bundesrepublik Deutschland seine Standpunkte festlegen. An den völkerrechtlich auch für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen Entscheidungen der Vertragsgremien wirkt unter Umständen, nämlich im Fall der Überstimmung des deutschen Ratsvertreters, ein dem Parlament verantwortlicher Amtsträger nicht einmal mittelbar mit. Wird der deutsche Vertreter im Ministerrat überstimmt und fällen die Vertragsorgane damit eine Entscheidung, der ein deutscher Vertreter inhaltlich nicht zugestimmt hat, kann für die bindenden Entscheidungen der Vertragsgremien kein Verantwortungszusammenhang mehr hergestellt werden, der parlamentarisch – oder vom Wahlvolk – sanktioniert werden könnte – weder über den Bundestag noch über das Europäische Parlament. Nationale Verfassungsorgane sind damit nicht in der Lage, im Gemischten CETA-Ausschuss oder im Ministerrat die Sachverantwortung gegenüber dem Parlament und dem Volk zu übernehmen,

vgl. BVerfGE 93, 37 (66 f.); 107, 59 (87 f.).

Hinzu kommt in erschwerender Weise Folgendes: Das CETA ist ein gemischtes Abkommen, da es Sachbereiche umfasst, auf denen eine ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten besteht. Die Europäische Union und ihre Organe haben in diesen Sachbereichen keine Entscheidungsbefugnisse. Die Bundesrepublik Deutschland wird, mangels anderslautender Vertragsregeln, auch auf diesen Gebie-

ten ausschließlich von der Kommission vertreten. Das entspricht dem geschlossenen Auftreten der EU nach außen,

EuGH, Urteil vom 20. April 2010 – C-246/07, Rn. 73 m.w.N.

Gerade im Investitionsschutzkapitel und bei den Regelungen zum „Investitionsgericht“ bestehen ausschließliche Kompetenzen der Mitgliedstaaten. Die Einrichtung von Rechtsprechungsgewalt gehört grundsätzlich nicht in den Kompetenzbereich der EU. Die Zuständigkeit für die Rechtspflege gehört zu den Sachbereichen, die im föderalen Verband der EU grundsätzlich den Mitgliedstaaten zugeordnet ist,

BVerfGE 123, 267, Rn. 368.

Konkret ist im Zusammenhang mit dem CETA-Investitionsschutz durch Rechtsprechung zum einen das Problem der Portfolioinvestitionen zu nennen. Portfolioinvestitionen fallen nicht unter die EU-Kompetenz für die Handelspolitik oder den Begriff der Direktinvestitionen aus Art. 207 Abs. 1 AEUV, Art. 64 Abs. 2 AEUV,

s. bereits die Nachweise o. 1. b) cc).

Zudem enthält Kapitel 8 CETA Regelungen, die die Eigentumsordnung und die schiedsgerichtliche Rügefähigkeit staatlicher Regulierungsmaßnahmen betreffen, die in die ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten fallen.

Nach Art. 345 AEUV lassen die unionsrechtlichen Verträge die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten unberührt. Die Europäische Union hat damit keine (ausschließliche) Kompetenz, enteignungsrechtliche Investitionsstandards zu regeln und den enteignungsrechtlichen Rechtsschutz der Mitgliedstaaten auszuhebeln. Art. 206 AEUV erfasst lediglich eine Liberalisierung von Direktinvestitionen. Die EU kann sich nicht auf *implied powers* zur Regelung von Streitbeilegungsmechanismen zwischen Investoren und Mitgliedstaaten auf dem Gebiet ihrer Eigentumsordnungen berufen. Investor-Staat-Schiedsverfahren – und mit nichts anderem be-

fasst sich bei Lichte betrachtet auch das „Investitionsgericht“ – sind zwar ein üblicher, aber kein notwendiger Bestandteil von Freihandelsabkommen,

*Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU (58. EL 2016), Art. 345 AEUV, Rn. 25; BT PE 6-3000-35/16 v. 24.3.2016, Unterabteilung Europa, Investor-Staat-Streitigkeiten bei einer vorläufigen Anwendung des CETA, S. 8 f.

Agieren in entscheidenden Vertragsorganen auf Kompetenzfeldern der Mitgliedstaaten ausschließlich Vertreter der EU und Kanadas, maßen sich die Ausschüsse auf diesen Politikfeldern Befugnisse an, die über die Kompetenzen der EU hinausgehen,

EuGH, Urteil vom 27. November 2012 – C-370/12 (Pringle), Rn. 158.

Die Mitgliedstaaten sind zwar im Rat vertreten, der die Standpunkte nach Art. 218 Abs. 9 AEUV festlegt. Der Legitimationszusammenhang ist aber gleichwohl – siehe oben – durchbrochen, da der Rat mit qualifizierter Mehrheit beschließt und die Bundesrepublik Deutschland in Sachbereichen, die ihrer Kompetenz unterliegen, mit Bindungswirkung überstimmt werden kann. Das aber ist genau die Art von „Fremdbestimmung“ der Wahlbürger, die das Bundesverfassungsgericht mit der Identitätskontrolle verhindern will,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 122 ff.

Dass Vertragsorgane ohne einen deutschen Vertreter in Sachbereichen entscheiden, die einer ausschließlichen mitgliedstaatlichen Kompetenz unterliegen, verstößt eklatant gegen das Demokratiegebot des Grundgesetzes und damit gegen die deutsche Verfassungsidentität.

## ***b) Offene institutionelle Struktur auf Grundlage eines Ultra-vires-Aktes***

In Art. 26.1 Abs. 5 lit. a, g und h CETA ist vorgesehen, dass der Gemischte CETA-Ausschuss einseitig die Aufgaben der ihm nachgeordneten Sonderausschüsse abändern kann, dass er ihnen neue Aufgaben übertragen kann, dass er eigene Aufgaben an sie delegieren kann, dass er neue Sonderausschüsse einrichten kann und dass er Sonderausschüsse auflösen kann. Eine Zustimmung oder Genehmigung des Europäischen Parlaments ist für diese Maßnahmen an keiner Stelle des CETA vorgesehen. Diese institutionellen Kreationsbefugnisse sind mit der Kompetenzordnung des unionalen Primärrechts nicht vereinbar; auch insoweit beruht das CETA auf einem Ultra-vires-Akt.

Die Kompetenzgrundlage des Art. 217 AEUV trägt diese Befugnisse erkennbar nicht, denn der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist auf Assoziierungsabkommen bezogen. Auch Art. 218 Abs. 6 UAbs. 2 lit. a iii AEUV bietet keine geeignete Kompetenzgrundlage, weil dort nur die Schaffung eines besonderen institutionellen Rahmens in Zusammenarbeitsverfahren der Zustimmung des Europäischen Parlaments bedarf.

Nach Art. 218 Abs. 9 AEUV legt der Rat die Standpunkte der Union in einem durch Übereinkunft errichteten Gremium fest, sofern es rechtswirksame Akte zu erlassen hat. Damit erkennt diese Vorschrift an, dass Vertragsorgane zu „rechtswirksamen Akten“ befugt sein können. Allerdings enthält Art. 219 Abs. 9 AEUV eine bedeutsame Einschränkung insofern, als „Rechtsakte zur Ergänzung oder Änderung des institutionellen Rahmens der betreffenden Übereinkunft“ ausdrücklich ausgenommen sind.

Die Bedeutung dieser Ausnahme ist bislang in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht geklärt. Die Interpretation steht vor der Schwierigkeit, festzustellen, ob sich die „Ergänzungen“ auf den institutionellen Rahmen oder auf die „betreffenden Übereinkünfte“ beziehen. In beiden Interpretationen steht aber

ohne weiteres fest, dass rechtswirksame „Änderungen“ des institutionellen Rahmens ohne parlamentarische Mitwirkung ausgeschlossen sind,

*Weiß*, Verfassungsanforderungen und Integrationsverantwortung bei beschließenden Vertragsorganen in Freihandelsabkommen, EuZW 2016, S. 288; *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 218 AEUV, Rn. 31.

Dass das CETA dem Gemischten CETA-Ausschuss gleichwohl diese Kreative befugnisse ohne Rückbindung an das Europäische Parlament einräumt, ist ein deutlich sichtbarer und schwerwiegender Verstoß gegen die unionale Kompetenzordnung. Die Beschwerdeführer sind in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG betroffen, weil das CETA sich nicht mehr im Rahmen des gesetzlich verantworteten Integrationsprogramms bewegt. Mit dem Vertrag wird eine nicht mehr vorhersehbare institutionelle Entwicklung in Gang gesetzt, die vom Bundestag weder verantwortet worden ist noch verantwortet werden kann.

Hinzu kommt Folgendes: Nach Art. 26.2 Abs. 4 CETA können die Sonderausschüsse selbst Beschlüsse fassen, wenn das CETA dies vorsieht. Ein Beispiel ist etwa die Entscheidungszuständigkeit des Ausschusses für Finanzdienstleistungen nach Art. 13.21 Abs. 3 und Art. 13.21 Abs. 4 CETA i.V.m. Anhang 13-B CETA über die Anwendbarkeit von Ausnahmen. Für die Verbindlichkeit der Beschlüsse der Sonderausschüsse ist in Art. 26.24 CETA kein Ratifikations- oder Zustimmungsvorbehalt im Sinne einer nachfolgenden Annahme durch die Parteien vorausgesetzt. Nur bei einigen wenigen konkreten Beschlussfassungszuständigkeiten wird die Verbindlichkeitsvoraussetzung einer eigenen Annahme eines Beschlusses in nationalen Verfahren ausdrücklich vermerkt (so bezüglich der Änderung der Anhänge zu Kapitel 5, die gemäß Art. 5.14 Abs. 2 lit. d CETA vom Gemeinsamen Verwaltungsausschuss für SPS-Maßnahmen beschlossen werden; oder in Art. 11.3 Abs. 6 CETA, der ein Zustimmungserfordernis jeder Partei statuiert). Somit bestätigen diese Einzelregelungen den Umkehrschluss, dass die allgemeine Regel des

Art. 26.2 Abs. 4 CETA für die Verbindlichkeit von Beschlüssen von Sonderausschüssen gerade keine nachfolgende Annahme durch die Parteien impliziert, sondern regelt, dass die Entscheidungen grundsätzlich mit der Beschlussfassung im Ausschuss für die Parteien verbindlich werden.

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 Abs. 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 Abs. 4 CETA. Ein weiteres Beispiel sind Art. 8.44 Abs. 2 und Art. 8.44 Abs. 3. lit. 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 Abs. 2 und Art. 8.44 Abs. 3 CETA). 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.

### 3. Das europäische Vorsorgeprinzip

Das Vorsorgeprinzip ist ein verbindliches Rechtsprinzip der Unionsrechtsordnung, Art. 191 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV. Es beruht auf der Überzeugung, dass ein hohes Schutzniveau für Gesundheit und Umwelt nur erreicht werden kann, wenn Maßnahmen schon beim bloßen Gefahrenverdacht ergriffen werden müssen, bevor Gefahren sich konkretisieren oder Schäden auftreten,

*Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, S. 18 f.

Dieses Rechtsprinzip enthält ein Bündel von Unterlassens- und Handlungspflichten für die Unionsorgane und für die Mitgliedstaaten,

*Kahl*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2013, Art. 191, Rn. 73, 76 ff.; EuGH Rs. C-355/90 – Kommission/Spanien, Slg. 1993, I-4221, Rn. 15; Rs. C-378/01 – Kommission/Italien, Slg. 2003, I-2857, Rn. 14; Rs. C-98/03 – Kommission/Deutschland, Slg. 2006, I-53, Rn. 55.

Ganz unabhängig vom konkreten Inhalt dieser Unterlassens- und Handlungspflichten steht fest, dass das Vorsorgeprinzip als Rechtsprinzip nicht zur Disposition der Unionsorgane steht. Die Unionsorgane sind nicht befugt, dieses Rechtsprinzip in ihrem Handeln gleichsam „auszublenden“ oder Bereichsausnahmen vom Vorsorgeprinzip zu etablieren. Dies gilt auch dann, wenn der Rat internationale Verträge mit Drittstaaten abschließt.

Im CETA ist das Vorsorgeprinzip nicht aufgenommen. Dass das WTO-SPS-Übereinkommen und das TBT-WTO-Übereinkommen im CETA ausdrücklich genannt werden (Art. 5.4, Art. 4.2 CETA) und ihre Geltung bekräftigt wird, kann diesen Mangel nicht ausgleichen. Im Gegenteil, die Inkorporierung dieser WTO-Abkommen entkräftet das europäische Vorsorgeprinzip.

Das WTO-Übereinkommen über pflanzenschutzrechtliche und gesundheitspolizeiliche Maßnahmen (WTO-SPS-Übereinkommen) enthält Regelungen über die Zu-

lässigkeit von Regulierungen im Bereich von Lebensmitteln und Agrarprodukten. Es soll verhindern, dass die mit der WTO durchgesetzte Öffnung und Nichtdiskriminierung der Agrarmärkte von den WTO Mitgliedstaaten unter Berufung auf Art. XX GATT 1947 durch protektionistische Maßnahmen der Staaten unterlaufen werden kann,

*Charnovitz*, in: Wolfrum/Stoll/Seibert-Fohr, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. III Technical Barriers and SPS Measures, 2007, Preamble SPS Rn. 1 ff.

Das Abkommen weist zu Gunsten der Staaten eine Vorschrift auf (Art. 5 Abs. 7), derzufolge sie ausnahmsweise vorläufige Schutzmaßnahmen auf einer unvollständigen wissenschaftlichen Grundlage ergreifen dürfen. Sie haben dann aber die wissenschaftliche Grundlage alsbald nachzuliefern. Dieser Mechanismus bleibt, wie das WTO-Streitschlichtungsverfahren über europäische Importverbote für hormonbelastetes Rindfleisch aus den USA zeigt, hinter dem europäischen Vorsorgeprinzip deutlich zurück.

Die Europäische Union hatte, gestützt auf das Vorsorgeprinzip des Art. 191 Abs. 2 AEUV, Importverbote für Rindfleisch verhängt, das mit Unterstützung durch hormonelle Wachstumshilfen erzeugt wurde. Nach Überzeugung des WTO Panels und des WTO Appellate Body waren diese Maßnahmen aber nicht durch das WTO-SPS-Übereinkommen gedeckt, weil der Europäischen Union nicht der Nachweis gelungen sei, dass das Importverbot auf einer wissenschaftlichen Risikoprüfung beruhe. Mit dem Verweis auf das europäische Vorsorgeprinzip drang die Europäische Union nicht durch,

WTO Panel Report, EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/R/USA, Rn. 8.124, 8.134, 8.137 sowie 8.157-8.159; WTO AB Report, EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, Rn. 253 lit. 1; dazu *Stoll/Douma/de Sadeleer/Abel*, CETA, TTIP und das europäische Vorsor-

geprinzip, Eine Untersuchung zu den Regelungen zu sanitären und phytosanitären Maßnahmen, technischen Handelshemmnissen und der regulatorischen Kooperation in dem CETA-Abkommen und nach den EU-Vorschlägen für TTIP, Mai 2016, S. 16.

Später wurde übrigens der wissenschaftliche Nachweis geführt, dass eines der verwendeten Hormone schädlich für die menschliche Gesundheit ist,

*European Commission, Opinion of the SCVPH on Review of Previous SCVPH Opinions of 30 April 1999 and 3 May 2000 on the Potential Risks to Human Health from Hormone Residues in Bovine Meat and Meat Products, 2002; European Food Safety Authority, Opinion of the Scientific Panel on Contaminants in the Food Chain on a Request from the European Commission related to Hormone Residues in Bovine Meat and Meat Products, 2007.*

Die Verwendung dieses Hormons wurde in der Europäischen Union daraufhin durch EU VO 2003/74/EC dauerhaft verboten.

Dieses WTO-Streitschlichtungsverfahren zeigt anschaulich, dass die Bezugnahme auf das WTO-SPS-Abkommen nicht geeignet ist, dem europäischen Vorsorgeprinzip zur Geltung zu verhelfen. Im Gegenteil: Indem das CETA das WTO-SPS-Abkommen und das WTO-TBT-Abkommen zum integralen Bestandteil erklärt, inkorporiert es zwei Verträge, die nach ihrer Zielrichtung und ihrem Inhalt darauf ausgerichtet sind, das Vorsorgeprinzip einzudämmen.

Das CETA weist auch damit einen hinreichend qualifizierten Kompetenzverstoß auf. Von diesem Kompetenzverstoß sind die Beschwerdeführer betroffen, weniger, weil sie als Konsumenten Gefahr laufen, mit Erzeugnissen konfrontiert zu werden, die nach Maßgabe des Europäischen Vorsorgeprinzips nicht in den Handel gelangen dürften, sondern vielmehr, weil der Bundestag als das durch den Wahlakt legitimierte Verfassungsorgan (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG) in seiner Steuerungsfähigkeit beeinträchtigt ist. Er hat mit dem Zustimmungsgesetz das europäische Vorsorge-

prinzip mitverantwortet, das nun durch unionalen Rechtsakt nicht nur punktuell, sondern in weiten Bereichen des Handels preisgegeben wird.

#### **4. Die vorläufige Anwendung des CETA**

Wenn es zutrifft, dass die vorläufige Anwendung eines Vertrages nichts anderes ist als der Abschluss eines Vertrages mit beiderseitigen erleichterten Kündigungsmöglichkeiten, und wenn es ferner zutrifft, dass die Europäische Union von ihrer Zuständigkeit zur vorläufigen Anwendung (Art. 218 Abs. 4 AEUV) einen loyalen, die Belange der Bundesrepublik schonenden Gebrauch machen muss, dann bleibt nur die Schlussfolgerung, dass der Beschluss des Rates über die vorläufige Anwendung des CETA kompetenzwidrig erfolgen wird. Denn es gehört zu den Verfassungsstrukturen des Grundgesetzes, die von der Union zu respektieren sind, dass völkerrechtliche Verträge, sofern es sich um politische und/oder gesetzesinhaltliche Verträge handelt, zuvor einer gesetzesförmlichen Zustimmung bedürfen.

##### ***a) Zustimmung zur vorläufigen Anwendung***

Die erste geschilderte Prämisse hat in der Kommentarliteratur zu Art. 59 Abs. 2 GG noch keine Bestätigung, freilich auch noch keine Ablehnung gefunden. Soweit erkennbar, war das Bundesverfassungsgericht bislang noch nicht mit der Frage der Zustimmungspflichtigkeit vorläufiger Anwendung von politischen und gesetzesinhaltlichen Verträgen befasst. In der Kommentarliteratur zu Art. 218 Abs. 5 AEUV wird aber immerhin nahegelegt, von einem parlamentarischen Zustimmungserfordernis auszugehen,

*Bungenberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 218, Rn. 58: „Es spricht aber vieles dafür, zur Sicherstellung der Verfahrensrechte des Parlaments auch in diesem Stadium zumindest bei gem. Abs. 6 Buchstabe a zustimmungspflichtigen Abkommen auch hin-

sichtlich der vorläufigen Anwendbarkeit von einem parlamentarischen Zustimmungserfordernis auszugehen.“ Ebenso *Müller-Ibold*, in: Lenz/Borchard, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2012, Art. 218, Rn. 16.

Tatsächlich sprechen für diese Auffassung die besseren Argumente. Aus der Perspektive des Grundgesetzes benötigt das Eingehen völkervertraglicher Verpflichtungen eine parlamentarische Rückbindung, die mehrere Funktionen erfüllt. Sie ist Ausdruck der parlamentarischen Kontrolle der Exekutive und zugleich Ausdruck der zentralen Zuständigkeit von Bundestag und Bundesrat, die Rechtsordnung der Bundesrepublik im Inneren zu gestalten,

*Nettesheim*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 59, Rn. 94, 96.

Gerade mit Blick auf die letztgenannte Funktion ist hervorzuheben, dass der Vollzug eines vorläufig angewendeten Vertrages ohne Zustimmungsgesetz grundsätzlich vor erheblichen Schwierigkeiten steht. Denn ohne Zustimmungsgesetz fehlt die innerstaatliche Vollzugsmöglichkeit. Der Vertrag wird nicht Bestandteil der deutschen Rechtsordnung, er entfaltet mangels Zustimmungsgesetz nicht die Gesetzesbindung des Art. 20 Abs. 3 GG, sodass Verwaltung und Gerichte nicht in der Lage sind, den Vertrag zu vollziehen. Lediglich sog. *self executing* Normen eines Vertrages, die keines innerstaatlichen Vollzugsaktes bedürfen, können ohne Zustimmungsgesetz sinnvollerweise im Wege vorläufiger Anwendung zur Wirksamkeit gebracht werden.

### ***b) Das CETA als politischer und gesetzesinhaltlicher Vertrag***

Bezogen auf das CETA ist Folgendes festzuhalten: Der Vertrag ist aus der Sicht der Bundesrepublik Deutschland ein politischer Vertrag im Sinne des Art. 59 Abs. 2 GG. Darunter sind alle Verträge zu verstehen, die „auf die Regelung der politischen Beziehungen zu anderen Staaten gerichtet sind“ und auf diese Weise

„die Existenz des Staates, seine territoriale Integrität, seine Unabhängigkeit, seine Stellung oder sein maßgebliches Gewicht in der Staatengemeinschaft durch den Vertrag in grundlegender Weise“ berühren,

BVerfGE 1, 372 (381); 90, 286 (359).

Dies wird man bei einem Handelsvertrag, bei dem nicht Macht- sondern Marktfragen im Mittelpunkt stehen, nicht ohne weiteres annehmen können. Zum politischen Vertrag wird ein Handelsvertrag aber dann, wenn „die Vertragspartner durch den Abschluss eines Handelsvertrages ihre gemeinsame wirtschaftliche Stellung im Wettbewerb der Staaten zu stärken beabsichtigen“,

*Nettesheim*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 59, Rn. 94, 96.

Mit dem CETA wollen die Vertragsparteien den transatlantischen Wirtschaftsraum im Verhältnis zu anderen Wirtschaftsräumen – insbesondere dem asiatischen Wirtschaftsraum – stärken und im globalen Wettbewerb die eigene Position stärken. Mit dieser Zielsetzung und der im Vertrag bereitgestellten Struktur einer aus dem globalen Wettbewerb herausgehobenen Freihandelszone (Art. 1.4 CETA) weist das CETA alle Merkmale eines politischen Vertrages auf.

Zugleich ist der Vertrag ein gesetzesinhaltlicher Vertrag im Sinne des Art. 59 Abs. 2 GG. Darunter sind alle völkerrechtlichen Verträge zu verstehen, „deren Inhalt, wenn es sich nicht um eine völkerrechtliche Vereinbarung, sondern um eine innerstaatliche Regelung handelte, zu den Gegenständen der Gesetzgebung und nicht zu denen der Verwaltung gehörte“,

BVerfGE 1, 372 (389).

Wesentliche Teile des Vertrages erfüllen diese Merkmale. Denn zumindest das Kapitel über den Investitionsschutz (Kapitel 8) enthält mit seinen Regeln über Marktzugang, Meistbegünstigung, Inländerbehandlung und Enteignung eine Fülle von

Vorschriften, die ganz unmittelbar „Gegenstände der Gesetzgebung“ sind. Wegen des Vorbehalts des Gesetzes müssten der Bund bzw. die Länder im Wege parlamentarischer Gesetzgebung die Vorschriften erlassen, die nun auf dem Vertragswege im CETA vorgesehen sind.

**c) Kompetenzgrenzen des Art. 218 Abs. 5 AEUV**

Der Union ist die Kompetenz eingeräumt, mit Drittstaaten die vorläufige Anwendung von Verträgen zu vereinbaren. Dies ist auf der völkerrechtlichen Ebene ein zulässiges Instrument, um in bestimmten Situationen ein rasches Wirksamwerden eines Vertrages herbei zu führen (Art. 25 der Wiener Vertragsrechtskonvention).

Im Innenverhältnis der Europäischen Union ist aber zu beachten, dass diese völkerrechtliche Möglichkeit zur Vereinbarung vorläufiger Anwendung den Kompetenzschränken unterworfen ist, die auch für die Ausübung aller anderen im Primärrecht der Union vorgesehenen Zuständigkeiten gelten. Insoweit ist die Kompetenzschränke des Art. 4 Abs. 2 EUV einschlägig. Danach hat die Union die „nationale Identität“ der Mitgliedstaaten zu „achten“. Der Begriff „nationale Identität“ ist dabei als ein Begriff des Unionsrechts einheitlich auszulegen, während sein konkreter Inhalt von jedem Mitgliedstaat selbst festgelegt wird,

*Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 4, Rn. 27; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 4, Rn. 14; *v. Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU (58. EL 2016), Art. 4 EUV, Rn. 13.

Gegenständlich ist die nationale Identität auf die Grundprinzipien der Staatsorganisation und die Grundwerte des jeweiligen Staates bezogen,

*Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 4, Rn. 28; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 4, Rn. 14.

Zu den staatsorganisationsrechtlichen Grundprinzipien gehört in Deutschland das System gegliederter Funktionen von Exekutive und Legislative auch und gerade im Bereich der auswärtigen Gewalt. Diese Funktionengliederung ist Bestandteil der rechtsstaatlichen und der demokratischen Ordnung des Grundgesetzes. Im Kern bedeutet sie, dass die Wahrnehmung auswärtiger Gewalt grundsätzlich nicht allein der Exekutive überantwortet ist, sondern exekutiver und legislativer Gewalt zur gesamten Hand.

Zur langen Deutungsgeschichte der Auswärtigen Gewalt im Grundgesetz *Kempen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 6. Aufl. 2010, Art. 59 Rn. 31 ff.

Dass auswärtige Gewalt in Deutschland nach dem Grundgesetz nicht allein der Gubernative zugeordnet ist und dass auch die vorläufige Anwendung eines völkerrechtlichen Vertrages in Deutschland einer parlamentarischen Zustimmung bedarf, hätte der Rat beim Beschluss über die vorläufige Anwendung des CETA berücksichtigen müssen. Indem dieser Bestandteil nationaler Identität der Bundesrepublik Deutschland seitens des Rates nicht geachtet wird, ist der Beschluss über die vorläufige Anwendung mit einem Kompetenzmangel behaftet. Dieser Mangel ist deutlich ersichtlich und er wiegt schwer. Insgesamt führt dieser Mangel aus der Perspektive der vom Bundesverfassungsgericht in Anspruch genommenen Ultra-vires-Kontrolle zu einer Verletzung des in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG angelegten Verantwortungszusammenhangs. Die Union verlässt das von der Bundesrepublik mitverantwortete Integrationsprogramm und erlässt einen Rechtsakt ultra vires. Dieser Rechtsakt führt zu vertraglichen Bindungen, die der Bundestag mitverantworten hätte, aber nicht mitverantwortet. Dies ist eine Entleerung parlamentarischer Gestaltungsmacht, die das in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete Recht auf demokratische Einflussnahme des Wahlbürgers – sein „Recht auf Demokratie“ – verletzt.

## **B. Einstweilige Anordnung**

### **I. Antrag**

Es wird beantragt, Folgendes anzuordnen:

Der Bundesregierung wird bis zum Abschluss des Verfahrens der Verfassungsbeschwerde aufgegeben, durch ihren Vertreter im Rat der Europäischen Union gegen den „Vorschlag der Kommission vom 5. Juli 2016 zur Unterzeichnung des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (CETA) – COM(2016) 444 final“, gegen den „Vorschlag der Kommission vom 5. Juli 2016 zum Abschluss des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (CETA) – COM(2016) 443 final“ und gegen den „Vorschlag der Kommission vom 5. Juli 2016 zur vorläufigen Anwendung des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (CETA) – COM(2016) 470 final“ zu stimmen.

### **II. Begründung**

Der Antrag nach § 32 BVerfGG ist zulässig und begründet.

Die Beschwerdeführer sind sich bewusst, dass an den Erlass einer einstweiligen Anordnung gerade dann, wenn völkerrechtliche und außenpolitische Auswirkungen zu gewärtigen sind, besonders strenge Anforderungen zu stellen sind,

BVerfGE 83, 162 (171 f.); 88, 173 (175); 89, 38 (43); 108, 34 (41); 129, 284 (298); 132, 195 (232); 132, 287; Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 16. Oktober 2013 – 2 BvR 736/13.

Der vorliegende Antrag entspricht diesen Anforderungen.

## **1. Zulässigkeit**

Das Bundesverfassungsgericht ist für das Hauptsacheverfahren zuständig. Die im Hauptsacheverfahren erhobene Verfassungsbeschwerde ist – bei summarischer Prüfung – nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet,

vgl. zu Fällen, in denen es im Hauptsacheverfahren um die Beurteilung eines Zustimmungsgesetzes zu einem völkerrechtlichen Vertrag ging, BVerfGE 111, 43 (153); 132, 195 (233).

Eine Vorwegnahme der Hauptsache ist nicht zu befürchten, weil nur ein vorübergehendes Gebot ausgesprochen werden soll. Nur für die Zeitspanne bis zum Abschluss des Verfahrens in der Hauptsache wird der Bundesregierung aufgegeben, gegen die in Rede stehenden Kommissionsvorschläge zu stimmen. Die Befolgung dieses Gebots ist situativ davon abhängig, dass die Kommissionsvorschläge auf die Tagesordnung einer Sitzung des Rates kommen, bevor das Bundesverfassungsgericht in der Hauptsache entschieden hat. Es ist davon auszugehen, dass der Rat unter dem Eindruck einer antragsgemäß erlassenen einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts vorerst nicht über die Kommissionsvorschläge abstimmen und die entsprechende Beschlussfassung im Rat verschieben wird.

Der Erlass der einstweiligen Anordnung ist dringlich. Unterbleibt die einstweilige Anordnung, treten vollendete Tatsachen ein, die im Zuge des Hauptsacheverfahrens nicht mehr zu korrigieren sind. Wie bereits dargelegt – s.o. A. II. 1. b) – ist davon auszugehen, dass bereits am 18. Oktober 2016 über die Kommissionsvorschläge im Rat beschlossen werden soll. Dies bedeutet:

Die vorläufige Anwendung des CETA wird mit der Folge angeordnet, dass der Vertrag in vollem Umfang Geltung beansprucht. Zugleich wird der Abschluss des Vertrages beschlossen. Auch wenn nach dem derzeitigen Stand angenommen wer-

den darf, dass sich dann noch die Ratifikationsverfahren in den 28 EU-Mitgliedstaaten anschließen, kann – wie oben dargelegt, II. 1. b) – nicht ausgeschlossen werden, dass der Abschlussbeschluss der Union der letzte maßgebliche Rechtsakt bleibt und es zu Ratifikationsverfahren in den Mitgliedstaaten nicht mehr kommt. Angesichts dessen ist Eile geboten.

## 2. Begründetheit

Die im Wege einer Doppelhypothese vorzunehmende Folgenabwägung geht zu Gunsten der Antragsteller aus. Die Folgenabwägung hat dabei sämtliche Folgen in den Blick zu nehmen und die Begründungselemente, die im Hauptsacheverfahren maßgeblich sind, auszublenden,

st. Rspr. BVerfGE 88, 173 (179); 94, 334 (347); 91, 320 (326); 98, 139 (144); 99, 57 (66); 104, 23 (28 f.); 106, 369 (373). BVerfGK 245 (247); 320 (325); 2, 298 (302)

Sollte die beantragte einstweilige Anordnung nicht ergehen, sich aber im Hauptsacheverfahren herausstellen, dass die Mitwirkung des deutschen Vertreters im Rat verfassungswidrig war, würde dies Folgendes bedeuten: Die Beschwerdeführer wären in der Zwischenzeit einem Vertrag ausgesetzt, der an erheblichen verfassungsrechtlichen Mängeln leidet und die Beschwerdeführer in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verletzt. Schwerer noch wiegt aber, dass in dieser Konstellation die Bundesregierung die vorläufige Anwendung des CETA durch einseitige Erklärung sofort beenden müsste. Dies würde zu einem erheblichen Vertrauensverlust bei den europäischen Partnern und in Kanada führen. Sollte sich zu diesem Zeitpunkt herausgestellt haben, dass das CETA nicht von den Mitgliedstaaten zu ratifizieren ist, sondern als ein „EU-only“-Abkommen nur von der Union zu ratifizieren war, träten noch gravierendere Folgen ein: Dann müsste die Bundesregierung erklären, dass sie aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert ist, dem Vertrag Ge-

folgschaft zu leisten. Dies dürfte auf Unverständnis in der Union, in den EU-Mitgliedstaaten und in Kanada stoßen.

Umgekehrt würden in dem Fall, dass die einstweilige Anordnung ergeht und im Ergebnis des Hauptsacheverfahrens kein Verfassungsverstoß festgestellt wird, nur überschaubare nachteilige Folgen eintreten: Die Europäische Union würde den Abschluss des CETA verschieben. Es träte eine Verzögerung ein. Dies wäre mit Blick darauf, dass die Europäische Union und Kanada schon jetzt auf dem Gebiet des Handels in vielfältiger Weise miteinander verbunden sind, kein schwerwiegender und auch kein irreparabler Nachteil. Kanada kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht darauf vertrauen, dass der Abschlussbeschluss und der Beschluss des Rates über die vorläufige Anwendung zustande kommen. Die Unionsorgane würden die Verzögerung nicht begrüßen, andererseits aber ist nicht zu erkennen, dass schon jetzt ein Vertrauenstatbestand dergestalt geschaffen wäre, dass die Union auf ein ungestörtes In-Gang-Setzen des CETA hoffen durfte. Diese Hoffnung konnte die Union schon deshalb nicht haben, weil ihr nicht entgangen sein dürfte, dass sich in Deutschland und in den anderen EU-Mitgliedstaaten ein sehr breit angelegter gesellschaftlicher Protest gegen das CETA (und gegen TTIP) formiert hat.

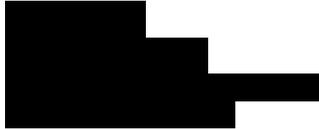
Remagen, den 29. August 2016

Professor Dr. Bernhard Kempen

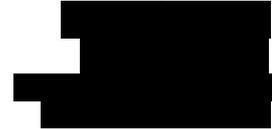
## **Anlage**

Liste der Beschwerdeführer

*Professor Dr. iur. Bernhard Kempen*



*Professor Dr. iur. Wolfgang Weiß*



Prof. Dr. Kempen · Prof. Dr. Weiß

An das  
Bundesverfassungsgericht  
Schlossbezirk 3  
76131 Karlsruhe

**E I L T !!!**

09. Oktober 2016

**2 BvR 1823/16**     *Huber/Bode/Kolb* u.a. wg. CETA

In dem o.g. Verfahren der Verfassungsbeschwerde wird für die Beschwerdeführer ergänzend Folgendes vorgetragen:

### **I.    Veränderte Lage**

Nach Erhebung der Verfassungsbeschwerde sind Ereignisse eingetreten, die mit Blick auf die beantragte einstweilige Anordnung eine Anpassung der bisher vorgetragenen Beschwerdebegündung erforderlich machen.

1. Mit Beschluss vom 05. 07. 2016 hatte die Kommission dem Rat unter anderem vorgeschlagen, die vollumfängliche vorläufige Anwendung von CETA zu beschließen.

COM(2016) 470 final

Diesen Vorschlag hat die Kommission durch eine neue Beschlussvorlage vom 05. 10. 2016 ersetzt.

Interinstitutional File 2016/0220 (NLE) 10974/16  
(<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10974-2016-INIT/en/pdf>) **Anlage 1**

Die Kommission schlägt nun nicht mehr eine vollumfängliche vorläufige Anwendung von CETA vor. Sie klammert stattdessen einige Vertragsbestimmungen von der vorläufigen Anwendung aus. Zu diesen ausgeklammerten Vertragsbestimmungen gehören unter anderem die Bestimmungen über die Investitionsgerichtsbarkeit. Außerdem soll die vorläufige Anwendung des 8. Kapitel auf ausländische Direktinvestitionen beschränkt sein.

2. Ferner liegt jetzt ein auf den 05. 10. 2016 datierter Entwurf einer Gemeinsamen Deklaration vor, die von den Vertragsparteien als ergänzendes Dokument bei der Vertragsunterzeichnung verabschiedet werden soll.

Joint Interpretative Declaration on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States, final draft  
(Quelle: <http://www.taz.de/static/pdf/Ceta-Zusatzerklaerung.pdf>)  
**Anlage 2**

3. Am 23. 09. 2016 hat der Bundestag, gestützt auf Art. 23 Abs. 3 GG i.V.m. § 8 Abs. 4 EUZBBG, eine Stellungnahme zu den Vorschlägen der

Kommission über die Unterzeichnung und die vorläufige Anwendung des CETA beschlossen.

BT Drucks. 18/9663 vom 20. 09. 2016, **Anlage 3**

## **II. Anpassungen der Beschwerdebeurteilung**

Mit Blick auf diese neue Lage ergibt sich für den Vortrag der Beschwerdeführer die Notwendigkeit folgender Anpassungen und Präzisierungen:

### **1. Rügen hinsichtlich des Investitionsgerichts**

Das Investitionsgericht soll nach dem veränderten Vorschlag der Kommission nicht im Zuge vorläufiger Anwendung etabliert werden. Die Beschwerdeführer halten daher ihre Argumentation insoweit nicht aufrecht, als es um die vorläufige Anwendung des CETA geht.

### **2. Kompetenzwidrigkeit der vorläufigen Anwendung des CETA**

Die Rüge der Kompetenzwidrigkeit der vorläufigen Anwendung des CETA bleibt relevant. Durch Beschränkung der vorläufigen Anwendung einiger Vertragsbestimmungen des Kapitel 8 und der zusätzlichen Beschränkung auf Direktinvestitionen entfällt die Grundlage für die Rüge einer kompetenzwidrigen Betätigung der EU nur bezogen auf die ausgeklammerten Vertragsbestimmungen. Doch soll CETA im Übrigen ohne Zustimmung des Bundestages und ohne Mitwirkung des Bundesrates vorläufig angewendet werden. Dies ergibt sich schon aus der Stellungnahme des Bundestages vom 23. 09. 2016. Ein Zustimmungsgesetz zur vorläufigen Anwendung des CETA ist nach dem Inhalt der Bundestags-Stellungnahme nicht vorgesehen.

Dies würde bedeuten, dass CETA - bereinigt um die nun ausgeklammerten Vertragsvorschriften - bis auf weiteres seine vertraglichen Bindungswirkungen für die Bundesrepublik entfalten wird. CETA würde zum völkerrechtlichen Vertrag für die Bundesrepublik Deutschland, der trotz seines politischen und gesetzesbezogenen Inhalts (Art. 59 Abs. 2 GG) ohne Zustimmungsgesetz „vorläufig“, das heißt für die unbestimmte Dauer eines auf mehrere Jahre angelegten Ratifikationsprozesses, Wirkung entfaltet. Diese vorläufige Anwendung des CETA kann nicht durch einseitige Erklärung der staatlichen Organe der Bundesrepublik Deutschland beendet werden.

Selbst in dem Fall, dass im Zuge des Ratifikationsverfahrens ein deutsches Zustimmungsgesetz zum endgültigen Abschluss des CETA nicht zustande kommt, verbliebe das Recht, die vorläufige Anwendung zu beenden, ausschließlich bei der Europäischen Union. Der Bundesrepublik Deutschland bliebe nur die Möglichkeit, innerhalb der Europäischen Union, konkret: im Rat darauf hinzuwirken, dass der Rat die vorläufige Anwendung des CETA gegenüber Kanada beendet.

Die selbe Rechtslage besteht, wenn das Bundesverfassungsgericht bei Ausübung seiner verfassungsgerichtlichen Kontrolle über ein Zustimmungsgesetz zu CETA zu dem Ergebnis kommt, dass das Zustimmungsgesetz verfassungswidrig und nichtig ist. Auch dann besteht für die staatlichen Organe der Bundesrepublik Deutschland keine Möglichkeit, die vorläufige Anwendung von CETA zu beenden.

Die Ansicht, bei einem gemischten Vertrag könnten die Mitgliedstaaten der Europäischen Union jeder für sich die zuvor vom Rat beschlossene und mit dem auswärtigen Vertragspartner vereinbarte vorläufige Anwendung einseitig beenden, ist schlicht unzutreffend. Das Beispiel der vorläufigen Anwendung des Protokolls zur Änderung des Luftverkehrsabkommens zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika einerseits und der Europäischen Gemeinschaft

und ihren Mitgliedstaaten andererseits illustriert anschaulich, dass die vorläufige Anwendung nur und ausschließlich durch den Rat beendet werden kann. Der Erwägungsgrund 7 des Ratsbeschlusses über die vorläufige Anwendung des o.g. Protokolls lautet:

„Es müssen Verfahrensregelungen dafür festgelegt werden, wie darüber entschieden wird, gegebenenfalls die vorläufige Anwendung des Protokolls zu beenden und wie Maßnahmen nach Artikel 21 Absatz 5 des Abkommens in der durch das Protokoll geänderten Fassung zu fassen sind. (...)“ Beschluss 2010/465/EU des Rates vom 24. 06. 2010

Im operativen Teil des o.g. Ratsbeschlusses heißt es sodann (Artikel 1 Abs. 4):

„Ein Beschluss über die Beendigung der vorläufigen Anwendung des Protokolls und über eine entsprechende Mitteilung an die Vereinigten Staaten von Amerika nach Artikel 9 Absatz 2 des Protokolls sowie ein Beschluss über die Rücknahme einer solchen Mitteilung wird vom Rat im Namen der Union und der Mitgliedstaaten einstimmig im Einklang mit den einschlägigen Bestimmungen des Vertrags gefasst.“

Im Zentrum dieser Bestimmung steht nicht, *dass* der Rat diesen Beendigungs-Beschluss zu fassen hat; dies versteht sich von selbst. Regelungsinhalt der Bestimmung ist, *wie* der Rat diesen Beschluss fassen soll, nämlich einstimmig.

### **3. Verletzung der Verfassungsidentität in Form grundlegender Demokratieforderungen durch die CETA-Ausschüsse**

a) Die Herausnahme weiterer Teile des Kapitels 8 aus der vorläufigen Anwendung betrifft zwar einige der in Kapitel 8 verankerten Ausschusszuständigkeiten. Im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes, aber nur insoweit, entfällt damit die Grundlage der Beschwerdebegründung.

Die Rüge der Identitätsverletzung bleibt aber auch für den einstweiligen Rechtsschutz weiter relevant für folgende, vorläufig in Kraft tretende (Art. 30.7 Abs. 3 lit. d CETA) vertragsändernde oder rechtsetzende Beschlusszuständigkeiten:

- Art. 2.4 Abs. 4: Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschusses zur Änderung des Zollanhangs
- Art. 4.7 Abs. 1 lit. f: Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschusses zur Änderung des Kapitel 4
- Art. 8.1 (soweit Direktinvestitionen): Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschusses zur Erweiterung des Begriffs „Geistiges Eigentum“
- Art. 13.16 i.V.m. Art 13.21: Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschusses bzw. des Sonderausschusses für Finanzdienstleistungen zur bindenden Entscheidung über die Anwendung und Einschlägigkeit von aufsichtlichen Ausnahmen
- Art. 20.22: Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschusses zur Änderung des Anhang 20-A zu geographischen Herkunftsangaben
- Art. 21.7 Abs. 5: Zuständigkeit eines Sonderausschusses für Maßnahmen zur Durchführung des Austauschs von Produktwarnungen
- Art. 26.1 Abs. 5 lit. e: Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschusses zur verbindlichen Auslegung des CETA
- Art. 30.2: Zuständigkeit des Gemischten CETA Ausschusses zur Änderung von Anhängen und Protokollen

Die Gemeinsame Deklaration (Anlage 2) enthält insoweit keinerlei Ausführungen. Insbesondere wird nicht festgestellt, dass die Ausschüsse nur unverbindliche Empfehlungen erlassen könnten. Es bleibt damit bei der Bindungswirkung der Ausschussbeschlüsse.

CETA sieht die Bindungswirkung vor in Art. 26.3 Abs. 2, ferner für die Sonderausschüsse in Art 26.2 Abs. 4, der den Terminus „Beschluss“ verwendet, in begrifflicher Abgrenzung zu „Empfehlungen“ von Ausschüssen, die es nach dem CETA auch gibt; diese begriffliche Differenzierung findet sich auch in anderen EU-Abkommen und ist für den EuGH stets Argument zugunsten der Bindungswirkung von Beschlüssen, auch wenn diese in den Abkommen nicht ausdrücklich angeordnet ist

*N. Appel*, Das internationale Kooperationsrecht der EU, 2016, S. 212; siehe zur Bindungswirkung von Beschlüssen auch Art. 30.7 Abs. 3 lit. d CETA am Ende: „werden unwirksam“/“will cease to be effective“.

b) Unseren Schriftsatz ergänzend wird zu dem Aspekt der demokratischen Legitimation der Ausschüsse geltend gemacht, dass sich diese Problematik gerade bei Regelungsbefugnissen mit eigenem Gestaltungsspielraum für die Ausschüsse stellt. Die nach derzeitiger Lage der Dinge zu erwartende Zustimmung des Europäischen Parlaments im Rahmen der vorläufigen Anwendung des CETA genügt dafür nicht. Der Vertrag macht keine oder kaum Vorgaben für die Ausübung des Gestaltungsspielraums. In der pauschalen Befugnisübertragung etwa bei der verbindlichen Auslegung nach Art. 26.1 Abs. 5 lit. e für alle Regelungen des CETA und bei der Annahme von Durchführungsregeln nach Art 21.7 Abs. 5 CETA fehlen Leitlinien für die Ausübung der Kompetenzen und konkrete demokratische Rückkoppelungen an die Gesetzgebungsorgane der Mitgliedstaaten und das Europäische Parlament.

Die unionalen Rechtsgrundlagen für die Übertragung von Zuständigkeiten auf Vertragsgremien, die in Art. 218 Abs. 9 AEUV und – bezüglich vereinfachter Änderungen – in Art. 218 Abs. 7 AEUV enthalten sind, sind stark interpretationsbedürftig. Ihr Inhalt erschließt sich nicht ohne weiteres.

Die begrenzte Tragweite des Art. 218 Abs. 9 AEUV wird deutlich in EuGH, C-73/14, Rn 65, wonach Art 218 Abs. 9 AEUV ein vereinfachtes Verfahren darstellt, das die Annahme von Akten „zur Anwendung und Durchführung [einer] Übereinkunft“ erfasst.

c) Die Rechtsgrundlage im AEUV mag durch Auslegung im Lichte verfassungsrechtlicher Demokratieanforderungen eingegrenzt werden können, doch bedarf die Union dann für die Ausübung dieser wenig bestimmten Zuständigkeit bereits im Rahmen vorläufiger Inkraftsetzung des CETA der gesetzesförmlichen Zustimmung des Bundestags wegen der Integrationsverantwortung und den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots von Hoheitsübertragung nach Art. 23 I 2 GG. Diese liegt nicht vor und ist nicht in der vom Bundestag verabschiedeten Stellungnahme nach Art 23 Abs. 3 GG zu sehen.

Die Beschwerdeführer machen geltend, dass angesichts der Fülle von Ausschusszuständigkeiten mit erheblicher, über eine bloß technisch-administrative Durchführung – wie etwa die Festlegung von Richtergehältern nach Art 8.27 Abs. 15 CETA – hinausgehender Bedeutung, das bisherige Integrationsprogramm der EU überschritten wird und daher eine Hoheitsübertragung auf neue, bisher nicht vorgesehene Hoheitsträger gemäß Art 23 Abs. 1 Satz 3 GG durch Gesetz mit Zweidrittel-Mehrheit erfolgen müsste.

Da dies gar nicht erfolgte, läge insoweit bereits eine Verletzung grundlegender demokratischer Anforderungen bei einer unmittelbar bevorstehenden, nach Lage der Dinge am 18. 10. 2016 im Rat erfolgenden positiven Beschlussfassung über die vorläufige Anwendung des CETA vor. An diesem Verfassungsverstoß darf der deutsche Ratsvertreter nicht mitwirken.

#### 4. Zur Folgenabwägung

Bei der im Rahmen des § 32 BVerfGG vorzunehmenden Folgenabwägung müssen zunächst die unmittelbaren rechtlichen Folgen in den Blick genommen werden. Wenn überhaupt kommt den entfernter liegenden politisch-wirtschaftlichen Folgen ein deutlich schwächeres Gewicht zu. Alles andere liefe darauf hinaus, dass verfassungsrechtlicher Rechtsschutz unter einem Vorbehalt politisch-wirtschaftlicher Opportunität steht - ein Ergebnis, das erkennbar nicht der grundgesetzlichen und verfassungsprozessualen Systematik entspräche.

a) Bei der rechtlichen Folgenbetrachtung ist zunächst und entscheidend zu beachten, dass das Verhindern der vorläufigen Anwendung des CETA nicht in einen existierenden Bestand an Rechten eingreift, sondern lediglich das Entstehen neuer Rechtsbeziehungen aufschiebt. Dieser Gesichtspunkt ist durchschlagend. Eine einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts würde den endgültigen Abschluss des Vertrages nicht berühren. Deshalb läge in einer solchen Anordnung auch evident keine Vorwegnahme der Hauptsache.

b) Die Folge eines verspäteten Eintretens der vertraglichen Bindungen birgt rechtlich gesehen keine Nachteile. Denn der Ratsbeschluss über die vorläufige Anordnung begründet selbst noch nicht die vorläufige Anwendung, sondern befördert allenfalls die Erwartung, dass Kanada ebenfalls die vorläufige Anwendung erklären werde. Dafür gibt es derzeit keine gesicherten Anhaltspunkte. Und selbst wenn Kanada bereits entschlossen wäre, CETA ebenfalls vorläufig anzuwenden, würde das Scheitern der vorläufigen Anwendung auf Veranlassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts lediglich ein Hinausschieben bedeuten: Ob CETA eines Tages als völkerrechtlicher Vertrag wirksam wird, ist damit in keiner Weise präjudiziert, sondern hängt allein von der endgültigen Ratifikation durch die Vertragsparteien ab.

c) In rechtlicher Hinsicht wiegt ungleich schwerer, dass umgekehrt die Beschwerdeführer hinnehmen müssten, dass CETA ohne formal-gesetzliche Grundlage und unter Verstoß gegen die Verfassungsidentität für einen unbestimmten, mehrere Jahre währenden Zeitraum angewendet werden würde.

Dabei wiegt besonders, dass die staatlichen Organe der Bundesrepublik Deutschland keine Möglichkeit mehr hätten, die vorläufige Anwendung des Vertrages durch eigene einseitige Erklärung zu beenden (siehe oben). Gerade darin wird sichtbar, dass der Wahlbürger in seinem Recht auf demokratische Gestaltung massiv beeinträchtigt wird, sollte CETA vorläufig angewendet werden.

d) Die von der Bundesregierung geäußerten Befürchtungen, welche nachteiligen politisch-wirtschaftlich Folgen beim Erlass einer einstweiligen Anordnung eintreten, sind schon vom Ansatz her irrelevant, zumal sie die viel näherliegenden rechtlichen Folgen nicht hinreichend berücksichtigen. Sie sind aber auch in der Sache viel zu wenig substantiiert und in ihren wesentlichen Begründungselementen unzutreffend.

Es gibt kaum Studien, die die ökonomischen Auswirkungen von CETA quantifizieren. Die EU-Kommission hat zwei Analysen in Auftrag gegeben, die vor Abschluss der CETA-Verhandlungen erstellt wurden (2008 und 2011).

„Accessing the costs and benefits of a closer EU-Canada economic partnership. A Joint Study by the European Commission and the Government of Canada“ (Joint Study), 2008,  
[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/october/tradoc\\_141032.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/october/tradoc_141032.pdf);

„A trade SIA relating to the negotiation of a comprehensive economic and trade agreement (CETA) between the EU and Canada (Trade 10/ B3/ B06), 2011,  
[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/september/tradoc\\_148201.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/september/tradoc_148201.pdf)

Für ihre Berechnungen mussten die Autoren vermuten, welcher Grad der Liberalisierung durch CETA erreicht wird, und auf Grundlage dieser Annahmen ihre Modellrechnungen durchführen. Eine von der Bundesregierung oder der EU-Kommission veröffentlichte ökonomische Studie, die die Effekte von CETA für Deutschland quantifiziert, gibt es nicht.

Blickt man in die Studien der EU-Kommission, zeigt sich, dass die prognostizierten volkswirtschaftlichen Zuwächse nicht nur mit starker Unsicherheit behaftet, sondern darüber hinaus auch verschwindend gering sind. So prognostizieren die Autoren der Studien lediglich einen einmaligen Zuwachs (Niveaueanhebung) des Bruttoinlandsprodukts der EU von 0,03 bis 0,08 Prozent, und dies erst nach mehreren Jahren. Selbst das könnte nur erreicht werden, wenn CETA tatsächlich zu einer starken Liberalisierung der Märkte führt, also zur Beseitigung nicht-tarifärer Handelshemmnisse, zu denen auch Regelungen im Verbraucher-, Umwelt- und Gesundheitsschutz zählen. Laut den Berechnungen von *Raza* et al.

*Raza/Tröster/von Arnim* im Auftrag der Arbeiterkammer Wien:  
„CETA: Ökonomische Bewertung der prognostizierten Effekte des EU-Kanada Freihandelsabkommens“, August 2016  
[http://www.akeuropa.eu/\\_includes/mods/akeu/docs/main\\_report\\_de\\_418.pdf](http://www.akeuropa.eu/_includes/mods/akeu/docs/main_report_de_418.pdf)

entsprechen die Schätzungen einer einmaligen Anhebung des Jahreseinkommens von 20 Euro pro EU-Bürger. Von einer „Vielzahl ökonomischer Chancen“ kann also kaum die Rede sein.

e) In der Folgenabwägung muss von einem realistischen Bild der Handelsbeziehungen zwischen der Europäischen Union und Kanada ausgegangen werden. Es trifft nicht zu, dass Kanada zu den wichtigsten Handelspartnern der Bundesrepublik Deutschland und der EU zählt.

Kanada kommt eine eher unbedeutende Rolle zu, wenn es um das Handelsvolumen mit der Europäischen Union geht. Im Jahr 2015 wurden aus der

Union Waren und Dienstleistungen im Wert von 35 Milliarden Euro nach Kanada exportiert.

European Commission: "European Union, Trade in goods with Canada"  
[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/september/tradoc\\_113363.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/september/tradoc_113363.pdf)

Das entspricht einem Anteil von lediglich zwei Prozent an den Gesamtexporten der Europäischen Union. Kanada ist somit nur Nummer 13 auf der Exportrangliste der EU. Ähnlich gering fällt der Import aus. Dieser belief sich 2015 auf einen Wert von 28 Milliarden Euro, was 1,6 Prozent des Gesamtimports der EU ausmacht.

f) Dass CETA seine - vermeintliche - Vorbildfunktion nicht erfüllen könne, die EU den Anschluss an den Welthandel verliere, die Position und das Verhandlungskapital der Bundesrepublik Deutschland gefährdet werde - alles dies könnte allenfalls dann eintreten, wenn CETA scheitert, weil eine deutsche Ratifikation nicht zustande kommt. Das bloße Hinauszögern der vertraglichen Wirkungen wird solche „Schreckensszenarien“ gewiss nicht auslösen. Doch davon abgesehen erscheinen auch die einzelnen „Nachteile“ nicht plausibel:

CETA setzt nach Auffassung der Beschwerdeführer falsche Maßstäbe für die Gestaltung der Globalisierung. Eine Vorbildfunktion kommt CETA nicht zu. Investoren haben nach diesem Vertrag nur Rechte und keine Pflichten. Der zunehmende Einfluss transnationaler Konzerne auf das Allgemeinwohl in den Zusammenhängen von Umwelt, globaler Erwärmung, des Finanzsektors und der öffentlichen Gesundheit wird durch CETA noch verstärkt. Vereinbarungen, die den UN Nachhaltigkeitszielen im Umwelt-, Verbraucher, Gesundheits- und Arbeitnehmerschutz dienen, bleiben im CETA unverbindlich, oder sie sind jedenfalls nicht so verbindlich wie die

übrigen Bestimmungen des Abkommens. Ein Streitschlichtungsmechanismus besteht für diese Fragen nicht.

Die Gefahr, dass die Europäische Union im Falle des Nichtzustandekommens die "Standards" anderer Akteure, z.B. der Volksrepublik China, übernehmen müsste, sind unbegründet. Technische Standards werden heute ohnehin durch grenzüberschreitende Konzernabsprachen geregelt (Kommunikation, Luftfahrt); für andere Absprachen bedarf es keines völkerrechtlichen Abkommens mit dieser Tragweite und mit derartig negativen Auswirkungen auf die demokratische Ordnung. Höhere Standards der Union im Verbraucher- und Umweltschutz haben sich bisher als Wettbewerbsvorteil, nicht als Wettbewerbsnachteil erwiesen. Die beispielhafte EU-Chemikalienverordnung "REACH", die sich explizit auf das Vorsorgeprinzip stützt, hatte sehr positive Auswirkungen auf die Stellung europäischer Chemie-Konzerne im Weltmarkt. Davon, dass ein Herausögern der Vertragsbindungen zu nachteiligen Folgen führt, kann schlichtweg keine Rede sein.

g) Bei der Folgenabwägung muss die unzutreffende Annahme, es gehe um das Durchsetzen einer Minderheitsposition, unbeachtlich bleiben. Zahlreiche Umfragen gibt es zum Handelsabkommen TTIP. Bei diesen Umfragen hat sich in den letzten eineinhalb Jahren die Meinung in der Bevölkerung deutlich geändert. Im ARD-Deutschlandtrend am 04. 05. 2016 äußerten 70 Prozent der Befragten, dass ein solches Abkommen eher Nachteile für Deutschland bringe. 17 Prozent der Befragten meinen, dass die Vorteile überwiegen. 13 Prozent äußern sich mit "weiß nicht" oder trauen sich kein Urteil zu.

<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/ttip-grosse-mehrheit-der-deutschen-sieht-freihandelsabkommen-kritisch-a-1090908.htm>

Auch im Hinblick auf CETA sind die Bürger kritisch. Die Wirtschaftswoche kommt in einer aktuellen repräsentativen Umfrage zu dem Ergebnis, dass 38

Prozent der Befragten CETA ablehnen. Lediglich 18 Prozent unterstützen das Freihandelsabkommen und stellen damit die Minderheit dar.

<http://www.wiwo.de/downloads/14554932/3/wiwo-umfrage.pdf>

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Kempen', on a light yellow background.

Prof. Dr. Bernhard Kempen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Wolfgang Weiß', on a white background.

Professor Dr. Wolfgang Weiß

## Anlage 1



Council of the  
European Union

Brussels, 5 October 2016  
(OR. en)

10974/16

---

**Interinstitutional File:**  
**2016/0220 (NLE)**

---

**WTO 196**  
**SERVICES 21**  
**FDI 17**  
**CDN 13**

**LEGISLATIVE ACTS AND OTHER INSTRUMENTS**

---

Subject: COUNCIL DECISION on the provisional application of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part

---

**COUNCIL DECISION (EU) 2016/...**

**of**

**on the provisional application  
of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)  
between Canada, of the one part,  
and the European Union and its Member States, of the other part**

THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty on the Functioning of the European Union, and in particular Article 43(2), Article 91, Article 100(2), Article 153(2), Article 192(1) and the first subparagraph of Article 207(4), in conjunction with Article 218(5), thereof,

Having regard to the proposal from the European Commission,

Whereas:

- (1) On 24 April 2009, the Council authorised the Commission to open negotiations for a Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) with Canada.
- (2) In accordance with Decision (EU) 2016/...<sup>1\*</sup>, the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, (the "Agreement") was signed on ...<sup>+</sup>.
- (3) Article 30.7(3) of the Agreement provides for the possibility of provisional application of the Agreement.
- (4) Parts of the Agreement falling within the competence of the Union may be applied on a provisional basis, pending the completion of the procedures for its conclusion.

---

<sup>1</sup> Council Decision (EU) 2016/... of ... on the signing on behalf of the European Union of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA ) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part (OJ L ...).

\* OJ: please insert the number of the Decision contained in Council document ST10972/16 and complete the publication footnote.

+ OJ: please complete the date of signing of the Agreement [27 October 2016].

- (5) Pursuant to Article 218(7) of the Treaty on the Functioning of the European Union, it is appropriate for the Council to authorise the Commission to approve modifications to Annex 20-A of the Agreement to be adopted by the CETA Joint Committee, as set out in Article 26.1 of the Agreement, on a recommendation by the CETA Committee on Geographical Indications pursuant to Article 20.22 of the Agreement.
- (6) In accordance with Article 30.6(1) of the Agreement, the Agreement does not confer rights or obligations which can be directly invoked before Union or Member State courts or tribunals,

HAS ADOPTED THIS DECISION:

*Article 1*

1. The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part (the "Agreement") shall be applied on a provisional basis by the Union as provided for in Article 30.7(3) thereof, pending the completion of the procedures for its conclusion, and subject to the following points:
  - (a) only the following provisions of Chapter Eight of the Agreement (Investment) shall be provisionally applied, and only in so far as foreign direct investment is concerned:
    - Articles 8.1 to 8.8;
    - Article 8.13;
    - Article 8.15, with the exception of paragraph 3 thereof; and
    - Article 8.16;

- (b) the following provisions of Chapter Thirteen of the Agreement (Financial Services) shall not be provisionally applied in so far as they concern portfolio investment, protection of investment or the resolution of investment disputes between investors and States:
- Paragraphs 3 and 4 of Article 13.2;
  - Article 13.3 and Article 13.4;
  - Article 13.9; and
  - Article 13.21;
- (c) the following provisions of the Agreement shall not be provisionally applied:
- Article 20.12;
  - Article 27.3 and Article 27.4, to the extent that those Articles apply to administrative proceedings, review and appeal at Member State level;
  - Paragraph 7 of Article 28.7;
- (d) the provisional application of Chapters 22, 23 and 24 of the Agreement shall respect the allocation of competences between the Union and the Member States.

2. In order to determine the date of provisional application, the Council shall fix the date by which the notification referred to in Article 30.7(3) of the Agreement is to be sent to Canada.
3. The date from which the Agreement will be provisionally applied will be published in the *Official Journal of the European Union* by the General Secretariat of the Council.

## *Article 2*

For the purposes of Article 20.22 of the Agreement, modifications to Annex 20-A of the Agreement through decisions of the CETA Joint Committee shall be approved by the Commission on behalf of the Union.

If an opposition is received in the framework of the examination of geographical indications carried out under paragraph 1 of Article 20.19 of the Agreement, and no agreement can be reached between the interested parties, the Commission shall adopt its position in accordance with the procedure laid down in Article 57(2) of Regulation (EU) No 1151/2012 of the European Parliament and of the Council<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Regulation (EU) No 1151/2012 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on quality schemes for agricultural products and foodstuffs (OJ L 343, 14.12.2012, p. 1).

*Article 3*

This Decision shall enter into force on the day of its adoption.

Done at ...,

*For the Council*

*The President*

---

## Anlage 2

Brussels, 5 October 2016; 19.00

**FINAL DRAFT**  
**Joint Interpretative Declaration on**  
**the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)**  
**between Canada and the European Union and its Member States**

The European Union and its Member States and Canada make the following Joint Interpretative Declaration at the time of signature of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA).

CETA embodies the shared commitment of Canada and the European Union and its Member States to free and fair trade in a vibrant and forward-looking society. It is a modern and progressive trade agreement which will help boost trade and economic activity, while also promoting and protecting our shared values and perspectives on the role of government in society.

CETA creates new opportunities for trade and investment for Europeans and Canadians, its outcome reflects the strength and depth of the EU-Canada relationship, as well as the fundamental values that we cherish. In particular, we wish to recall:

- that integration with the world economy is a source of prosperity for our citizens;
- our strong commitment to free and fair trade, whose benefits must accrue to the broadest sections of our societies;
- that the principal purpose of trade is to increase the well-being of citizens, by supporting jobs and creating sustainable economic growth;
- that Canada and the European Union and its Member States recognise the importance of the right to regulate in the public interest and have reflected it in the Agreement;
- that economic activity must take place within a framework of clear and transparent regulation defined by public authorities.

The European Union and its Member States and Canada will therefore continue to have the ability to achieve the legitimate public policy objectives that their democratic institutions set, such as public health, social services, public education, safety, environment, public morals, and the promotion and protection of cultural diversity. CETA will also not lower our respective standards and regulations related to food safety, product safety, consumer protection, health, environment or labour protection. Imported goods, service suppliers and investors must continue to respect domestic requirements, including rules and regulations.

This interpretative declaration aims to provide a clear and unambiguous statement of what Canada and the European Union and its Member States agreed in a number of CETA provisions that have been the object of public debate and concerns. This includes, in particular, the impact of CETA on the ability of governments to regulate in the public interest, as well as the provisions on investment protection and dispute resolution, and on sustainable development, labour rights and environmental protection.

Brussels, 5 October 2016; 19.00

### **Right to regulate**

CETA preserves the ability of the European Union and its Member States and Canada to adopt and apply their own laws and regulations that regulate economic activity in the public interest, to achieve legitimate public policy objectives such as the protection and promotion of public health, social services, public education, safety, the environment, public morals, social or consumer protection and the promotion and protection of cultural diversity.

### **Regulatory cooperation**

CETA provides Canada and the European Union and its Member States with a platform to facilitate cooperation between their regulatory authorities, with the objective of achieving better quality of regulation and more efficient use of administrative resources. This cooperation will be voluntary: regulatory authorities can cooperate on a voluntary basis but do not have an obligation to do so, or to apply the outcome of their cooperation.

### **Public Services**

The European Union and its Member States and Canada affirm and recognise the right of governments, at all levels, to provide and support the provision of public services including in areas such as public health and education, social services and housing and the collection, purification and distribution of water.

CETA does not prevent governments from regulating the provision of these services in the public interest. CETA will not require governments to privatise any service nor prevent governments from expanding the range of services they supply to the public.

CETA will not prevent governments from providing public services previously supplied by private service suppliers or from bringing back under public control services that governments had chosen to privatise. CETA does not mean that contracting a public service to private providers makes it irreversibly part of the commercial sector.

### **Investment Protection**

CETA includes modern rules on investment that preserve the right of governments to regulate in the public interest including when such regulations affect a foreign investment, while ensuring a high level of protection for investments and providing for fair and transparent dispute resolution. CETA will not result in foreign investors being treated more favourably than domestic investors.

CETA clarifies that governments may change their laws, regardless of whether this may negatively affect an investment or investor's expectations of profits. Furthermore, CETA clarifies that any compensation due to an investor will be based on an objective determination by the Tribunal and will not be greater than the loss suffered by the investor.

CETA includes clearly defined investment protection standards, including on fair and equitable treatment and expropriation and provides clear guidance to dispute resolution Tribunals on how these standards should be applied.

Brussels, 5 October 2016; 19.00

CETA requires a real economic link with the economies of Canada or the European Union in order for a firm to benefit from the agreement and prevents “shell” or “mail box” companies established in Canada or the European Union by investors of other countries from bringing claims against Canada or the European Union and its Member States. The European Union and Canada are committed to review regularly the content of the obligation to provide fair and equitable treatment, to ensure that it reflects their intentions (including as stated in this Declaration) and that it will not be interpreted in a broader manner than they intended.

In order to ensure that Tribunals in all circumstances respect the intent of the Parties as set out in the Agreement, CETA includes provisions that allow Parties to issue binding notes of interpretation. Canada and the European Union and its Member States are committed to using these provisions to avoid and correct any misinterpretation of CETA by Tribunals.

CETA moves decisively away from the traditional approach of investment dispute resolution and establishes an independent, impartial and permanent investment tribunal. The members of the Tribunal will be individuals qualified for judicial office in their respective countries, and these will be appointed by the European Union and Canada for a fixed term. Cases will be heard by three randomly selected members of the Tribunal. Strict ethical rules for these individuals have been set to ensure their independence and impartiality, the absence of conflict of interest, bias or appearance of bias.

CETA is the first agreement to include an Appeal mechanism which will allow the correction of errors and ensure the consistency of the decisions of the Tribunal of first instance.

Canada and the European Union and its Member States are committed to monitoring the operation of all these investment rules, to addressing in a timely manner any shortcomings that may emerge and to exploring ways in which to continually improve their operation over time.

Therefore, CETA represents an important and radical change in investment rules and dispute resolution that will offer a progressive path forward for future agreements around the world. It lays the basis for a multilateral effort to develop further this new approach to investment dispute resolution into a Multilateral Investment Court.

### **Trade and Sustainable Development**

CETA reconfirms the longstanding commitment of Canada and the European Union and its Member States to sustainable development and is designed to foster the contribution of trade to this objective.

Accordingly, CETA includes comprehensive and binding commitments for the protection of workers' rights and the environment. The European Union and its Member States and Canada attach the highest priority to ensuring CETA delivers tangible outcomes in these areas, thereby maximising the benefits the agreement will bring for workers and for the environment.

### **Labour Protection**

CETA commits Canada and the European Union and its Member States to improving their laws and policies with the goal of providing high levels of labour protection. CETA provides that they cannot relax their labour laws in order to encourage trade or attract investment. CETA does not change the rights of workers to negotiate, conclude and enforce collective agreements and to take collective action.

Brussels, 5 October 2016; 19.00

CETA commits the European Union and its Member States and Canada to the ratification and effective implementation of the fundamental Conventions of the International Labour Organisation (ILO). Canada has ratified seven of the fundamental Conventions and has launched the process to ratify the remaining Convention (*Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (C98)*).

CETA also creates a framework for Canada and the European Union and its Member States to cooperate on trade-related labour issues of common interest, including through involvement of the ILO and a sustained dialogue with civil society, to ensure that CETA encourages trade in a way that benefits workers and in a manner supportive of labour protection measures.

### **Environmental Protection**

CETA commits the European Union and its Member States and Canada to provide for and encourage high levels of environmental protection, as well as to strive to continue to improve such laws and policies and their underlying levels of protection.

CETA explicitly recognises the right of Canada and of the European Union and its Member States, to set their own environmental priorities, to establish their own levels of environmental protection and to adopt or modify their relevant laws and policies accordingly, mindful of their international obligations, including those set by multilateral environmental agreements. At the same time in CETA the European Union and its Member States and Canada have agreed not to lower levels of environmental protection in order to encourage trade or investment.

CETA includes commitments towards the sustainable management of forests, fisheries and aquaculture. It also includes commitments to cooperate on trade-related environmental issues of common interest such as climate change where the implementation of the Paris Agreement will be an important shared responsibility for the European Union and its Member States and Canada.

### **Review and Stakeholder Consultation**

Commitments related to trade and sustainable development, trade and labour and trade and environment are subject to dedicated and binding assessment and review mechanisms. Canada and the European Union and its Member States are fully committed to make effective use of these mechanisms throughout the life of the agreement. Furthermore, they are committed to initiating an early review of these provisions, including with a view to the effective enforceability of CETA provisions on trade and labour and trade and the environment.

Stakeholders, including employers, unions, labour and business organisations and environmental groups, have a key role to play in supporting the effective implementation of CETA. The European Union and its Member States and Canada are committed to seeking regularly the advice of stakeholders to assess the implementation of CETA. They support their active involvement, including through the establishment of a CETA Civil Society Forum.

### **Water**

CETA will not oblige Canada or the European Union and its Member States to permit the commercial use of water if they do not wish to do so. CETA fully preserves their ability to decide how to use and protect water sources. Furthermore, CETA will not prevent the reversal of a decision to allow the commercial use of water.

Brussels, 5 October 2016; 19.00

### **Government Procurement**

CETA maintains the ability of procuring entities within the European Union and its Member States and Canada, to use environmental, social and labour-related criteria, such as the obligation to comply with and adhere to collective agreements, in procurement tenders. Canada and the European Union and its Member States will be able to use such criteria in their procurement in a way that is not discriminatory and does not constitute an unnecessary obstacle to international trade. They will be able to continue to do so under CETA.

### **Preferences for Canada's Aboriginal Peoples**

In CETA Canada has included exceptions and carve-outs to ensure its ability to adopt measures that preserve rights and preferences for Aboriginal peoples. Canada is committed to active engagement with Indigenous partners to ensure the ongoing implementation of CETA continues to reflect their interests.

## Anlage 3

## **Antrag**

der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

zu dem Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits

KOM(2016) 444 endg.; Ratsdokument 10968/16

und

zu dem Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die vorläufige Anwendung des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits

KOM(2016) 470 endg.; Ratsdokument 10969/16

hier: Stellungnahme gegenüber der Bundesregierung gemäß Artikel 23 Absatz 3 des Grundgesetzes i. V. m. § 8 Absatz 4 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union

### **Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) – Für freien und fairen Handel**

Der Bundestag wolle gemäß Artikel 23 Absatz 3 des Grundgesetzes und in Wahrnehmung seiner Integrationsverantwortung beschließen:

I. Der Deutsche Bundestag stellt fest:

Das umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen der Europäischen Union und Kanada CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) ist seit 2009 verhandelt worden. Die EU-Kommission hat dem Rat der Europäischen Union am 5. Juli 2016 ihre Empfehlung über die Annahme des Abkommens und die vorläufige Anwendbarkeit zugestellt.

Die EU-Kommission hat vorgeschlagen, CETA als gemischtes Abkommen abzuschließen. Das heißt, dass nicht alle Teile des Abkommens in die gemeinsame Handelspolitik der EU fallen, sondern teilweise in der Zuständigkeit der EU-Mitgliedstaaten verbleiben. Damit wird es nach der Unterzeichnung von CETA im Rat einen umfassenden Ratifikationsprozess sowohl auf Ebene des Rates und des Europäischen Parlaments als auch der nationalen Parlamente der Mitgliedstaaten geben. Dabei ist größtmögliche Transparenz herzustellen.

Der Deutsche Bundestag hat sich während des Verhandlungsprozesses, u.a. in zahlreichen Plenardebatten, Ausschusssitzungen und öffentlichen Expertenanhörungen, intensiv mit dem Abkommen befasst – und wird dies auch weiterhin tun.

Kanada zählt zu den ältesten und engsten Partnern der Europäischen Union. Kanada steht europäischen und deutschen Interessen durch Geschichte und Selbstverständnis aufgeschlossen gegenüber. Das geplante Freihandelsabkommen CETA dient der Intensivierung der wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und Kanada. Zugleich ermöglicht CETA die Chance, Standards für künftige faire Freihandelsabkommen zu setzen.

Für Deutschland ist Kanada mit 9,9 Milliarden Euro Ausfuhrvolumen und 4,0 Milliarden Euro Einfuhrvolumen im Jahr 2015 ein wichtiger Handelspartner. CETA soll unter anderem den Marktzugang für Waren, landwirtschaftliche Produkte und Dienstleistungen beiderseits des Atlantiks verbessern. CETA enthält umfangreiche Vereinbarungen über Zollabbau. Insbesondere für nahezu alle Industriegüter sinkt der Zoll praktisch auf null. Durch CETA wird der Marktzugang in einigen Schlüsselsektoren ermöglicht, z. B. in den Bereichen Post, Telekommunikation und für bestimmte maritime Dienstleistungen. CETA sieht zudem eine verstärkte Zusammenarbeit zur Beseitigung nicht-tarifärer Handelshemmnisse vor. Gleichfalls soll der kanadische Markt für öffentliche Beschaffungen geöffnet werden.

In CETA hat sich die EU mit Kanada bereits in zentralen Punkten geeinigt, die Maßstäbe für zukünftige Handelsabkommen setzen.

Der Deutsche Bundestag begrüßt, dass sich die Vertragsparteien zum Schutz der Arbeitnehmerrechte bekennen und sich verpflichten, Anstrengungen zur Ratifizierung und Umsetzung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zu unternehmen. Kanada hat in Aussicht gestellt, auch die Kernarbeitsnorm Nr. 8 zum Vereinigungsrecht und Recht zu Kollektivverhandlungen zu unterzeichnen. Das Verfahren zur Durchsetzung von Arbeits-, Sozial- und Umweltstandards muss wirkungsvoll sein.

Der Deutsche Bundestag begrüßt, dass die von der Bundesregierung eingebrachten Reformvorschläge zur Schiedsgerichtsbarkeit von der EU-Kommission aufgenommen und in das Abkommen eingebracht worden sind. Im weiteren Prozess müssen unbestimmte Rechtsbegriffe geklärt werden. Der nunmehr eingeschlagene Weg zu einem öffentlichen Handelsgerichtshof ist aus europäischer Sicht unumkehrbar und muss auch bei künftigen Handelsabkommen verfolgt werden.

Der Schutz der öffentlichen Daseinsvorsorge hat höchste Bedeutung. Daher begrüßt der Deutsche Bundestag die allgemeine Schutzregel in CETA (sog. „Public utilities“-Vorbehalt) sowie weitere weitreichende spezielle Schutzregeln etwa für Bereiche wie Wasserversorgung, Bildung, Kultur, Gesundheit oder soziale Dienstleistungen einschließlich der freien Wohlfahrtsverbände. Spielräume von Kommunen zur Organisation der Daseinsvorsorge dürfen nicht eingeschränkt und auch künftig nicht angetastet werden. Es muss im weiteren Ratifikationsprozess sichergestellt werden, dass auch zukünftig kein Druck in Richtung Liberalisierung von Dienstleistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge ausgeübt werden darf.

Hohe Umwelt- und Verbraucherstandards müssen gewährleistet bleiben. Das im europäischen Primärrecht verankerte Vorsorgeprinzip bleibt von CETA unberührt. Dies muss unmissverständlich klar gestellt werden.

Der CETA-Vertragstext betont die Wahrung der parlamentarischen Entscheidungshoheit. Die sogenannte regulatorische Kooperation darf nur auf freiwilliger Basis und ohne bindende Wirkung für die Regulierungshoheit der EU und der Mitgliedstaaten erfolgen. Dies gilt insbesondere für die Rechte des Europäischen Parlaments und der nationalen Parlamente.

Auf Grundlage des Lissaboner Vertrags entscheiden die Mitgliedstaaten im EU-Rat auch über die vorläufige Anwendung von CETA. Die in der EU-Zuständigkeit liegenden Teile von CETA dürfen jedoch erst nach Zustimmung des Europäischen Parlaments vorläufig angewendet werden. Dies ist wichtig, um dem Abkommen eine demokratische Legitimation auf EU-Ebene zu verschaffen. Keinesfalls darf die vorläufige Anwendung in den Bereichen erfolgen, die nationalstaatliche Kompetenzen umfassen.

Der Deutsche Bundestag begrüßt die Bereitschaft der kanadischen Regierung, der Europäischen Kommission und der Bundesregierung im Rahmen des weiteren Verfahrens rechtsverbindliche Klärungen der noch offenen Fragen herbeizuführen und setzt sich gleichfalls hierfür ein.

Der Deutsche Bundestag wird im Lichte des weiteren Prozesses im Ratifizierungsverfahren abschließend über seine Zustimmung zu CETA entscheiden.

II. Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung deshalb auf:

1. den Bundestag zu Angelegenheiten im Zusammenhang mit CETA weiterhin umfassend und frühzeitig zu informieren. Der Bundestag wird die kommenden Beratungen zu CETA auf europäischer Ebene und eine ggf. vorläufige Anwendung von den in der EU-Zuständigkeit liegenden Teilen des Abkommens aktiv und intensiv begleiten. Dazu wird die Bundesregierung den Bundestag über alle Beratungsgegenstände, Vorschläge und Initiativen, die im Zusammenhang mit CETA behandelt werden, unterrichten. Bei Bedarf wird der Deutsche Bundestag von seinem Recht Gebrauch machen, zu Positionen der Europäischen Union Stellung zu

nehmen. Durch ein größtmögliches Maß an Transparenz wird der Deutsche Bundestag seinen Beitrag zu einer informierten öffentlichen Debatte leisten;

2. in der EU darauf hinzuwirken, dass zwischen der EU und Kanada gemeinsam getroffene Vereinbarungen zu CETA im Zuge des weiteren Prozesses in rechtsverbindlichen Erklärungen festgehalten werden;
3. im Rat durch eine Unterzeichnung von CETA als gemischtem Abkommen unter den oben genannten Maßgaben den Weg zu einem Ratifizierungsverfahren zu eröffnen und
4. durchzusetzen, dass in Abstimmung zwischen EU-Ministerrat, Europäischer Kommission und Europäischem Parlament Ausnahmen von der vorläufigen Anwendung vereinbart werden, wo dies aufgrund von Zuständigkeiten der EU-Mitgliedstaaten rechtlich geboten ist sowie in jedem Fall im Bereich des Investitionsschutzes (Kap. 8). Die ausgenommenen Bereiche können zur Sicherung deutscher und europäischer Interessen über die in früheren Abkommen ausgenommenen Teile hinausgehen.

Berlin, den 20. September 2016

**Volker Kauder, Gerda Hasselfeldt und Fraktion**  
**Thomas Oppermann und Fraktion**

*Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.*

*Professor Dr. iur. Bernhard Kempen*



*Professor Dr. iur. Wolfgang Weiß*



Prof. Dr. Kempen · Prof. Dr. Weiß

An das  
Bundesverfassungsgericht  
Schlossbezirk 3  
76131 Karlsruhe

**E I L T !!!**

29. Oktober 2016

**2 BvR 1823/16**     *Huber/Bode/Kolb* u.a. wg. CETA

## **E I L A N T R A G**

In dem o.g. Verfahren der Verfassungsbeschwerde beantragen die Beschwerdeführer den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG. Sie beantragen:

Der Bundesregierung wird untersagt, das Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) zu unterzeichnen,

und hilfsweise für den Fall, dass die Unterzeichnung durch die Bundesregierung schon stattgefunden hat:

Der Bundesregierung wird aufgegeben, gegenüber den anderen Vertragsparteien des CETA zu erklären, dass dieser Vertrag für die Bundesrepublik Deutschland nicht vorläufig angewandt wird.

## **Begründung**

### **1. Sachverhalt**

#### **a) Die Vorgaben im Urteil vom 13. Oktober 2016**

Mit Urteil vom 13. Oktober 2016 in den Verfahren 2 BvR 1368/16 u.a. hat das Bundesverfassungsgericht die Anträge auf einstweilige Anordnung, die darauf gerichtet waren, den deutschen Vertreter im Rat der Europäischen Union zu verpflichten, gegen die Vorschläge der Kommission zur Unterzeichnung, vorläufigen Anwendung und zum Abschluss des CETA zu stimmen, abgewiesen. In den Urteilsgründen hat das Bundesverfassungsgericht allerdings Voraussetzungen für die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat formuliert. Insbesondere hat das Gericht zur Voraussetzung gemacht, dass eine klare Kompetenzabgrenzung, gewissermaßen eine „Demarkationslinie“ zwischen den Vertragsinhalten gezogen werden muss, die in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallen, und denen, für die eine Kompetenz der Europäischen Union besteht. Im Einzelnen heißt es in Rdnr. 51-57 des Urteils:

„Da CETA als gemischtes Abkommen abgeschlossen werden wird (COM <2016> 470 final), das sich nicht nur auf Gegenstände erstreckt, die unstreitig in die Zuständigkeit der Europäischen Union fallen, lässt sich insoweit nicht ausschließen, dass sich der Beschluss des Rates über die vorläufige Anwendung von CETA als Ultra-vires-Akt erweist und dass die Mitwirkung der Bundesregierung an diesem Beschluss die Antragsteller zu I. - IV. in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG verletzt (vgl. dazu BVerfGE 123, 267 <353, 400>; 126, 286 <304>; 134, 366 <392 Rn. 37>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni

2016 - 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13 -, juris, Rn. 148).

(1) Der Europäischen Union dürfte es unter anderem an einer Vertragsschlusskompetenz für Portfolioinvestitionen, den Investitionsschutz, den internationalen Seeverkehr, die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen und den Arbeitsschutz fehlen.

Der Europäischen Union steht gemäß Art. 207 Abs. 1 AEUV eine ausschließliche Kompetenz zum Abschluss von Zoll- und Handelsabkommen zu, die ausländische Direktinvestitionen betrifft. Darunter fallen Investitionen, die der Sache nach dem Kontrollerwerb eines Unternehmens oder dem Erwerb von Immobilien dienen (vgl. BVerfGE 123, 267 <421>; Cottier/Trinberg, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 207 AEUV Rn. 54), nicht aber Portfolioinvestitionen, deren Hauptzweck in der Gewinnerzielung liegt, ohne dass der Investor einen direkten Einfluss auf das Unternehmen besäße (vgl. BVerfGE 123, 267 <421>; Mayr, EuR 2015, S. 575 <591>).

Auch für die in Kapitel 8 Abschnitt D CETA-E unter dem Titel „Investitionsschutz“ enthaltenen Regelungen über die Behandlung von Investoren und erfassten Investitionen (Art. 8.10 CETA-E) sowie die Enteignung (Art. 8.12 CETA-E) dürfte der Europäischen Union eine Kompetenz fehlen. Eine solche dürfte sich insbesondere nicht aus Art. 207 Abs. 1 AEUV ergeben, der den reinen Eigentumsschutz von Auslandsvermögen vor Enteignungen nicht erfassen dürfte (vgl. Mayr, a.a.O., S. 597). Dafür spricht auch, dass die Verträge ausweislich von Art. 345 AEUV die Eigentumsordnung in den einzelnen Mitgliedstaaten unberührt lassen (vgl. Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Bd. III, 48. Ergänzungslieferung August 2012, Art. 345 AEUV Rn. 15).

Für Vorschriften zu Feeder-Dienstleistungen (Transport zwischen Häfen und Schiffen) und maritimen Hilfsdiensten dürfte eine Kompetenz der Europäischen Union schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil die betroffenen Bereiche gemäß Art. 207 Abs. 5 AEUV explizit aus dem Anwendungsbereich der Gemeinsamen Handelspolitik ausgenommen sind. Insoweit dürfte Kapitel 14 CETA-E (Dienstleistungen im Internationalen Seeverkehr) jedenfalls auch Gegenstände betreffen, die in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen.

Ebenso wenig dürfte für Kapitel 11 CETA-E (Gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen) eine ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Union bestehen. Eine lückenlose Harmonisierung im internen Unionsrecht ist insoweit bislang nicht erfolgt (vgl. zur Reichweite der diesbezüglichen europarechtlichen Regelungen Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Bd. I,

42. Ergänzungslieferung September 2010, Art. 45 AEUV Rn. 281; Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 59 AEUV Rn. 35). Zudem erfasst das Unionsrecht lediglich Berufsqualifikationen von Unionsbürgern (Art. 20 AEUV), während die Mitgliedstaaten zumindest in Teilbereichen für Drittstaatenangehörige zuständig sind. Das findet im Abkommen jedoch keinen Niederschlag.

Im Kapitel 23 (Handel und Arbeit) dürfte es ebenfalls an einer umfassenden ausschließlichen Zuständigkeit der Europäischen Union fehlen. So verfügt sie etwa im Bereich der Verbesserung der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer lediglich über eine Unterstützungs- und Ergänzungskompetenz (Art. 153 Abs. 2 Buchstabe a AEUV). Dafür spricht auch, dass die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Verpflichtung zur Einhaltung von Standards der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) (Art. 23.3 CETA-E) berechtigt sind, strengere Regeln zu treffen (Art. 153 Abs. 4 AEUV).

Das Gericht sieht indes auch Möglichkeiten, wie der drohenden Verfassungswidrigkeit der vorläufigen Anwendung des CETA entgangen werden kann (Rdnr. 69-70):

„Deutschland hat bereits Vorbehalte hinsichtlich der vorläufigen Anwendung von CETA zu folgenden Gegenständen angebracht: Das Erfordernis der dauerhaften Ansässigkeit des verantwortlichen Herausgebers einer Zeitung oder anderen periodischen Druckschrift in Deutschland, in der Europäischen Union oder in einem Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR), die Zulassung als Rechtsanwalt für die Erbringung juristischer Dienstleistungen im Bereich des deutschen Rechts sowie das Erfordernis eines entsprechenden Kanzleisitzes, das Verbot einer Tätigkeit als Patentanwalt für Patentanwälte aus Drittstaaten, das Erfordernis, dass Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bestimmte deutsche Rechtsformen annehmen müssen, die Eintragungspflicht für Ärzte (einschließlich Psychologen, Psychotherapeuten und Zahnärzte) bei den regionalen kassenärztlichen oder kassenzahnärztlichen Vereinigungen, wenn sie von der gesetzlichen Krankenkasse versicherte Patienten behandeln wollen, sowie damit verbundene quantitative Beschränkungen und Niederlassungserfordernisse, die Möglichkeit des Vorrangs gemeinnütziger Dienstleister bei Rettungsdienst- und Krankentransportdienstleistungen, den Ausschluss juristischer Personen von der Erbringung tierärztlicher Dienstleistungen, das Erfordernis der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eine kommerzielle Präsenz in der Europäischen Union für die Zulassung als Zeitarbeitsagentur, Beschränkungen beim Einzelhandel mit pharmazeutischen,

medizinischen und orthopädischen Artikeln, die Beschränkung der Eintragungsfähigkeit in das nationale Schiffsregister auf Seefahrzeuge, deren Anteile mehrheitlich im Eigentum von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder von Gesellschaften stehen, sowie schließlich Beschränkungen für den Einsatz von Wasserfahrzeugen auf Wasserstraßen der Bundesrepublik Deutschland, bei der Erbringung von Kabotage-Dienstleistungen und in Bezug auf das Mieten oder Leasing von Schiffen.

Da die Bundesregierung darüber hinaus einer vorläufigen Anwendung von CETA für Sachmaterien nicht zustimmen wird, die nach ihrer Auffassung in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben sind, kann davon ausgegangen werden, dass sie - soweit nicht Ausnahmen von der vorläufigen Anwendung durch Beschluss des Rates statuiert werden - entsprechende Vorbehalte anbringen wird. Vor diesem Hintergrund geht der Senat davon aus, dass insbesondere Regelungen zum Investitionsschutz, einschließlich des Gerichtssystems (Kapitel 8 und Kapitel 13 CETA-E), zu Portfolioinvestitionen (Kapitel 8 und Kapitel 13 CETA-E), zum internationalen Seeverkehr (Kapitel 14 CETA-E), zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen (Kapitel 11 CETA-E) sowie zum Arbeitsschutz (Kapitel 23 CETA-E) nicht von der vorläufigen Anwendung erfasst werden.“

#### **b) Die CETA-Ratsbeschlüsse vom 28. Oktober 2016**

In der Nacht des 28. Oktober 2016 haben die Vertreter der EU-Mitgliedstaaten im Ministerrat der EU in einem schriftlichen Abstimmungsverfahren einstimmig - also auch mit der Stimme des Vertreters der deutschen Bundesregierung - beschlossen, der Unterzeichnung, der vorläufigen Anwendung und der Weiterleitung des Beschlusses über den Abschluss des CETA an das Europäische Parlament zuzustimmen. Die Beschlussvorlagen waren (wir erlauben uns insoweit auf die offizielle Ratswebsite zu verweisen

<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/10/28-eu-canada-trade-agreement/>):

Council of the European Union, 10972/1/16 REV 1 vom 26. Oktober 2016 (Beschluss über die Unterzeichnung) (**Anlage 1**)

Council of the European Union, 10974/16 vom 5. Oktober 2016 (Beschluss über die vorläufige Anwendung) (**Anlage 2**)

Der Beschluss über die Unterzeichnung des CETA bezieht dabei ein Ratsprotokoll ein, in dem verschiedene Vorbehalte zusammengefasst sind:

Council of the European Union, 13463/1/16 REV 1 (**Anlage 3**)

Der Beschluss über die vorläufige Anwendung des CETA bezieht seinerseits den Beschluss über die Unterzeichnung ein, so dass auf diese Weise das Ratsprotokoll in den Beschluss über die vorläufige Anwendung inkorporiert ist.

Der Beschluss über die vorläufige Anwendung beruht auf der dem Bundesverfassungsgericht bekannten Beschlussvorlage vom 5. Oktober 2016, in der verschiedene Vertragsinhalte von der vorläufigen Anwendung ausgenommen sind. In dem nun beschlossenen Ratsprotokoll findet sich eine offenbar auf Betreiben der Bundesregierung aufgenommene Passage, die den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten zusätzlichen Kompetenzabgrenzungen dienen soll. (ebenda S. 13):

„15. Erklärung des Rates:

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

16. Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen:

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

17. Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung des Arbeitnehmerschutzes:

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

Die Unterzeichnung des CETA und der Begleitdokumente durch die Bundesregierung ist soweit ersichtlich noch nicht erfolgt. Die Unterzeichnung durch die Vertreter des Rates sowie der kanadischen Regierung ist für den 30. Oktober 2016 in der Mittagszeit vorgesehen.

Die vorläufige Anwendung soll nach den Schlussfolgerungen des Rates vom 28. Oktober 2016 dadurch herbeigeführt werden, dass sie unter der Voraussetzung, dass bis zu diesem Zeitpunkt das Europäische Parlament zugestimmt haben wird, am 17. Februar 2017 an Kanada notifiziert wird.

Council of the European Union, 13887/16 vom 28. Oktober 2016  
(Schlussfolgerungen des Rates) (**Anlage 4**)

## **2. Antragsgegenstand**

Der Antrag bezieht sich auf die Unterzeichnung des CETA durch die deutsche Bundesregierung. Den Beschwerdeführern ist bewusst, dass die bloße Unterzeichnung eines völkerrechtlichen Vertrages grundsätzlich noch keine Rechtswirkungen für die Grundrechtsberechtigten mit sich bringt. Im vorliegenden Fall besteht aber die Besonderheit, dass die Unterzeichnung der letzte Rechtsakt ist, an dem die Bundesregierung mitwirkt, bevor der Vertrag vorläufig angewendet wird. Bei dieser Sachlage ist effektiver verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz nur zu erlangen, wenn schon die Unterzeichnung des Vertrages verhindert wird. Denn mit der Unterzeichnung wird der in den oben benannten Ratsbeschlüssen über die vorläufige

Anwendung und die Weiterleitung des CETA an das Europäische Parlament festgelegte Geschehensablauf in Gang gesetzt, der ohne weitere deutsche Mitwirkung zum Einvernehmen mit Kanada über die vorläufige Anwendung des CETA führen wird.

### **3. Folgenabwägung**

Die bei der Entscheidung über einen Antrag auf einstweilige Anordnung vorzunehmende Folgenabwägung geht zu Gunsten der Antragsteller aus. Mit dem Verweis auf den (vermeintlich) entstehenden außenpolitischen Schaden für die Bundesrepublik Deutschland lässt sich nicht über jeden Verfassungsverstoß hinwegsehen. Bei allem Respekt vor der Einschätzungsprärogative der Bundesregierung, der es zweifellos zusteht, außenpolitische Folgen einzuschätzen, darf doch daran erinnert werden, dass dieser Einschätzungsprärogative verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt sind. Jedenfalls dann, wenn offensichtlich ist, dass die Bundesregierung nicht das Nötige veranlasst hat, um einen verfassungsgemäßen Zustand herbei zu führen, muss es ihr versagt sein, sich auf ihre außenpolitische Prognose zurück zu ziehen. Bewusste und erhebliche Verfassungsverstöße sind mit außenpolitischen Sachzwängen nicht zu rechtfertigen. Dass die Bundesregierung sehenden Auges solche Verfassungsverstöße hinnehmen will, ergibt sich aus der immer noch ungeklärten Kompetenzabgrenzung bei der vorläufigen Anwendung des CETA. Die Bundesregierung hat entgegen den Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts nicht dafür Sorge getragen, dass nur diejenigen Teile des CETA vorläufig angewendet werden, die „sich zweifellos auf eine Einzelermächtigung der Europäischen Union“ stützen lassen (Rn. 68 des Urteils vom 13. 10. 2016).

### **4. Drohende Rechtsverletzung**

#### **a) Unzureichende Kompetenzabgrenzung**

Die im Beschluss über die vorläufige Anwendung und im Ratsprotokoll vorgenommene Kompetenzabgrenzung stellt bei weitem nicht sicher, dass nur solche Vertragsinhalte vorläufig angewendet werden, die in die ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Union fallen. Nach dem Inhalt der Dokumente bleibt für folgende strittigen Bereiche unklar, wo genau die „Demarkationslinie“ zwischen den unionalen und den mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten verläuft:

- Finanzdienstleistungen (13 CETA-E)
- nachhaltige Entwicklung, Arbeit und Umwelt (22-24 CETA-E)
- Seeverkehrsregelungen (14 CETA-E)
- Steuer (Art. 28.7 CETA-E)
- Streitbeilegung (29 CETA-E)
- Herstellungspraxis für pharmazeutische Produkte (Annex 7 CETA-E)
  
- Geistiges Eigentum (20 CETA-E)

Dass diese Vertragsinhalte strittig sind, belegt der eigene Vortrag der Bundesregierung in ihrer Stellungnahme im Singapur-Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof.

Stellungnahme der Bundesregierung in dem Gutachtenverfahren 2/15 vom 06. Januar 2016 (**Anlage 4**)

Es war nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Oktober 2016 angezeigt, für diese Bereiche eine klare Kompetenzabgrenzung herbeizuführen, zumal diese Vertragsbereiche teilweise in dem Urteil ausdrücklich angesprochen sind. Der Versuch in Ziffer 15 des Ratsprotokolls („Der Rat der Europäischen Union bestätigt, dass die vorläufige Anwendung nur für Angelegenheiten gilt, die in den Zuständigkeitsbereich der EU fallen.“) wirkt hilflos und ist untauglich. Mit einer pau-

schalen Erklärung lassen sich die strittigen von den unstrittigen Zuständigkeiten nicht unterscheiden. Der gefasste Beschluss über die vorläufige Anwendung des CETA entspricht dem Vorschlag vom 5. Oktober 2016 und wurde nicht mehr im Lichte der Maßgaben des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 13. 10. 2016 geändert. Es ist – um das Mindeste zu sagen - bemerkenswert, in welcher Weise die Bundesregierung meint, ihren Verpflichtungen aus einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts nachkommen zu können.

#### **b) Bevorstehende Rechtsverletzung auf Seiten der Beschwerdeführer**

Die gefassten Beschlüsse des Rates sind ultra-vires-Akte. Sie berühren zudem die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland. Damit verletzen sie die Beschwerdeführer in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2GG, Art. 79 Abs. 3 GG. Die Beschwerdeführer erlauben sich insoweit, auf ihren bisherigen Vortrag hinzuweisen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 13. Oktober 2016 bereits ausgeführt, dass diese Rechtsverletzungen mit Blick auf die ungeklärte Kompetenzabgrenzung bei der vorläufigen Anwendung von CETA nicht ausgeschlossen werden können. Da die Bundesregierung nicht sichergestellt hat, dass die vorläufige Anwendung des CETA nicht ultra vires erfolgt, sind die Nachteile für die Beschwerdeführer gerade nicht ausgeschlossen, sondern mit der vorläufigen Anwendung in erheblichem Umfang gegeben.

#### **5. Zum Hilfsantrag**

Sollte dem Hauptantrag nicht stattgegeben werden, müsste die Bundesregierung verpflichtet werden, von ihrem vertraglich vereinbarten Kündigungsrecht schon vor der Notifikation der vorläufigen Anwendung des CETA an Kanada Gebrauch zu machen. Es mag zwar ungewöhnlich sein, ein vertraglich vereinbartes Kündigungsrecht schon dann in Anspruch zu nehmen, wenn der Vertrag selbst noch gar nicht zustande gekommen ist. Aber unter Berücksichtigung der auch im Völker-

recht geschuldeten vorvertraglichen Loyalitätspflichten würde es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn die Bundesrepublik Deutschland das Wirksamwerden der vorläufigen Anwendung abwarten würde, um erst dann die Kündigung zu erklären. Der Respekt vor dem kanadischen Vertragspartner gebietet, hier nicht länger zuzuwarten, sondern aus verfassungsrechtlichen Gründen die vorläufige Anwendung des CETA gar nicht erst wirksam werden zu lassen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Kempen', written in a cursive style.

Prof. Dr. Bernhard Kempen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Wolfgang Weiß', written in a cursive style.

Professor Dr. Wolfgang Weiß

## **ANLAGE 1**



Council of the  
European Union

Brussels, 26 October 2016  
(OR. en)

---

---

**Interinstitutional File:**  
**2016/0206 (NLE)**

---

---

10972/1/16  
REV 1

WTO 194  
SERVICES 19  
FDI 15  
CDN 11

### **LEGISLATIVE ACTS AND OTHER INSTRUMENTS**

---

Subject: COUNCIL DECISION on the signing on behalf of the European Union of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part

---

**COUNCIL DECISION (EU) 2016/...**

**of ...**

**on the signing on behalf of the European Union  
of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)  
between Canada, of the one part,  
and the European Union and its Member States, of the other part**

THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty on the Functioning of the European Union, and in particular Article 43(2), Article 91, Article 100(2), Article 153(2), Article 192(1) and the first subparagraph of Article 207(4), in conjunction with Article 218(5), thereof,

Having regard to the proposal from the European Commission,

Whereas:

- (1) On 24 April 2009, the Council authorised the Commission to open negotiations for a Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada.
- (2) Those negotiations have been concluded, and the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States of the other part, (the 'Agreement') should be signed on behalf of the Union, subject to the fulfilment of the procedures required for its conclusion at a later date.
- (3) In accordance with Article 30.6(1) of the Agreement, the Agreement does not confer rights or obligations which can be directly invoked before Union or Member State courts or tribunals,

HAS ADOPTED THIS DECISION:

*Article 1*

The signing, on behalf of the Union, of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one Part, and the European Union and its Member States, of the other Part, is hereby authorised, subject to its conclusion.

The text of the Agreement, together with the Joint Interpretative Instrument and the related Statements and Declarations, are attached to this Decision.\*

*Article 2*

The President of the Council is hereby authorised to designate the person(s) empowered to sign the Agreement on behalf of the Union.

*Article 3*

This Decision shall enter into force on the day of its adoption.

Done at ...,

*For the Council*

*The President*

---

---

\* OJ: Council document ST10973/16, INIT and Addenda 1 to 15; plus Council document(s) 13541/16 and 13463/1/16 REV 1.

## ANLAGE 2



Council of the  
European Union

Brussels, 5 October 2016  
(OR. en)

10974/16

---

**Interinstitutional File:**  
**2016/0220 (NLE)**

---

**WTO 196**  
**SERVICES 21**  
**FDI 17**  
**CDN 13**

### **LEGISLATIVE ACTS AND OTHER INSTRUMENTS**

---

Subject: COUNCIL DECISION on the provisional application of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part

---

**COUNCIL DECISION (EU) 2016/...**

**of**

**on the provisional application  
of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)  
between Canada, of the one part,  
and the European Union and its Member States, of the other part**

THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty on the Functioning of the European Union, and in particular Article 43(2), Article 91, Article 100(2), Article 153(2), Article 192(1) and the first subparagraph of Article 207(4), in conjunction with Article 218(5), thereof,

Having regard to the proposal from the European Commission,

Whereas:

- (1) On 24 April 2009, the Council authorised the Commission to open negotiations for a Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) with Canada.
- (2) In accordance with Decision (EU) 2016/...<sup>1\*</sup>, the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, (the "Agreement") was signed on ...<sup>+</sup>.
- (3) Article 30.7(3) of the Agreement provides for the possibility of provisional application of the Agreement.
- (4) Parts of the Agreement falling within the competence of the Union may be applied on a provisional basis, pending the completion of the procedures for its conclusion.

---

<sup>1</sup> Council Decision (EU) 2016/... of ... on the signing on behalf of the European Union of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA ) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part (OJ L ...).

\* OJ: please insert the number of the Decision contained in Council document ST10972/16 and complete the publication footnote.

+ OJ: please complete the date of signing of the Agreement [27 October 2016].

- (5) Pursuant to Article 218(7) of the Treaty on the Functioning of the European Union, it is appropriate for the Council to authorise the Commission to approve modifications to Annex 20-A of the Agreement to be adopted by the CETA Joint Committee, as set out in Article 26.1 of the Agreement, on a recommendation by the CETA Committee on Geographical Indications pursuant to Article 20.22 of the Agreement.
- (6) In accordance with Article 30.6(1) of the Agreement, the Agreement does not confer rights or obligations which can be directly invoked before Union or Member State courts or tribunals,

HAS ADOPTED THIS DECISION:

*Article 1*

1. The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part (the "Agreement") shall be applied on a provisional basis by the Union as provided for in Article 30.7(3) thereof, pending the completion of the procedures for its conclusion, and subject to the following points:
  - (a) only the following provisions of Chapter Eight of the Agreement (Investment) shall be provisionally applied, and only in so far as foreign direct investment is concerned:
    - Articles 8.1 to 8.8;
    - Article 8.13;
    - Article 8.15, with the exception of paragraph 3 thereof; and
    - Article 8.16;

- (b) the following provisions of Chapter Thirteen of the Agreement (Financial Services) shall not be provisionally applied in so far as they concern portfolio investment, protection of investment or the resolution of investment disputes between investors and States:
- Paragraphs 3 and 4 of Article 13.2;
  - Article 13.3 and Article 13.4;
  - Article 13.9; and
  - Article 13.21;
- (c) the following provisions of the Agreement shall not be provisionally applied:
- Article 20.12;
  - Article 27.3 and Article 27.4, to the extent that those Articles apply to administrative proceedings, review and appeal at Member State level;
  - Paragraph 7 of Article 28.7;
- (d) the provisional application of Chapters 22, 23 and 24 of the Agreement shall respect the allocation of competences between the Union and the Member States.

2. In order to determine the date of provisional application, the Council shall fix the date by which the notification referred to in Article 30.7(3) of the Agreement is to be sent to Canada.
3. The date from which the Agreement will be provisionally applied will be published in the *Official Journal of the European Union* by the General Secretariat of the Council.

## *Article 2*

For the purposes of Article 20.22 of the Agreement, modifications to Annex 20-A of the Agreement through decisions of the CETA Joint Committee shall be approved by the Commission on behalf of the Union.

If an opposition is received in the framework of the examination of geographical indications carried out under paragraph 1 of Article 20.19 of the Agreement, and no agreement can be reached between the interested parties, the Commission shall adopt its position in accordance with the procedure laid down in Article 57(2) of Regulation (EU) No 1151/2012 of the European Parliament and of the Council<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Regulation (EU) No 1151/2012 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on quality schemes for agricultural products and foodstuffs (OJ L 343, 14.12.2012, p. 1).

*Article 3*

This Decision shall enter into force on the day of its adoption.

Done at ...,

*For the Council*

*The President*

---

## **ANLAGE 3**



Rat der  
Europäischen Union

Brüssel, den 27. Oktober 2016  
(OR. en)

---

---

**Interinstitutionelle Dossiers:**

2016/0205 (NLE)

2016/0206 (NLE)

2016/0220 (NLE)

---

---

13463/1/16  
REV 1

LIMITE

WTO 294  
SERVICES 26  
CDN 22  
FDI 22

**VERMERK**

---

Absender: Generalsekretariat des Rates

Empfänger: Rat

---

Nr. Vordok.: 13239/16 WTO 288 SERVICES 25 FDI 21 CDN 21

---

Betr.: Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen  
Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten  
andererseits  
– Erklärungen für das Ratsprotokoll

---

Die Delegationen erhalten anbei die Erklärungen, die bei der Annahme des Beschlusses über die Unterzeichnung des CETA durch den Rat in das Ratsprotokoll aufzunehmen sind.

**Erklärungen für das Ratsprotokoll – Inhaltsverzeichnis**

1. **Erklärung des Rates zu Artikel 20.12 "Camcording"** (strafrechtliche Durchsetzung von Rechten geistigen Eigentums).
2. **Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung des Artikels 20.7 "Schutzgewährung"** (Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten in Bezug auf durch die Berner Übereinkunft geschützte Persönlichkeitsrechte).
3. **Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung von Bestimmungen über Verkehr und Verkehrsdienstleistungen** (betreffend die Aufteilung der Zuständigkeiten).
4. **Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung der Kapitel 22, 23 und 24: "Handel und nachhaltige Entwicklung", "Handel und Arbeit" und "Handel und Umwelt"** (betreffend die Aufteilung der Zuständigkeiten).
5. **Erklärung des Rates zur Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 912/2014** zur "finanziellen Verantwortung" bei der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten.
6. **Erklärung der Kommission zum Schutz geografischer Angaben.**
7. **Erklärung der Kommission zum Schutz des Vorsorgegrundsatzes im CETA.**
8. **Erklärung der Kommission zu Wasser.**
9. **Erklärung der Kommission zum Inhalt der Rechtsgrundlagen**, die vom Rat hinzugefügt wurden.
10. **Erklärung Irlands** (zum Dritten Teil Titel V AEUV).
11. **Erklärung des Vereinigten Königreichs** (zum Dritten Teil Titel V AEUV).
12. **Erklärung Ungarns** (zur vorläufigen Anwendung des CETA).
13. **Erklärung Portugals** (zur vorläufigen Anwendung des CETA und zur Entscheidungsfreiheit in Angelegenheiten in nationaler Zuständigkeit).
14. **Erklärung Griechenlands** (zum Schutz der geschützten Ursprungsbezeichnung (g. U.) "Feta" im CETA).
15. **Erklärung des Rates zum Umfang der vorläufigen Anwendung des CETA.**
16. **Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen** (Aufteilung der Zuständigkeiten).

17. **Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung des Arbeitnehmerschutzes**  
(Aufteilung der Zuständigkeiten).
18. **Erklärung der Kommission zu Beschlüssen des Gemischten CETA-Ausschusses.**
19. **Erklärung des Rates und der Mitgliedstaaten zu Beschlüssen des Gemischten CETA-Ausschusses.**
20. **Erklärung des Rates zur Beendigung der vorläufigen Anwendung des CETA.**
21. **Erklärung Deutschlands und Österreichs zur Beendigung der vorläufigen Anwendung des CETA.**
22. **Erklärung Polens zur Beendigung der vorläufigen Anwendung des CETA.**
23. **Erklärung Sloweniens** (zur bilateralen Investitionsgerichtsbarkeit und verschiedenen anderen Fragen).
24. **Erklärung Österreichs** (zu den Standpunkten, die im Namen der Union im Gemischten Ausschuss zu vertreten sind).
25. **Erklärung Polens** (zum Umfang der nationalen Zuständigkeit und verschiedenen anderen Fragen).
26. **Erklärung der Kommission über die Fortführung des Verbots von Stoffen mit hormonaler Wirkung zur Wachstumsförderung bei Nutztieren (wie hormonbehandeltes Rindfleisch).**
27. **Erklärung der Kommission zur öffentlichen Auftragsvergabe.**
28. **Erklärung der Kommission zu dem belgischen System der Pflichtversicherung und den auf dem Gegenseitigkeitsprinzip beruhenden Versicherungsgesellschaften nach belgischem Recht.**
29. **Erklärung der Kommission zu öffentlichen Dienstleistungen.**
30. **Erklärung der Kommission zur Weiterführung der EU-Rechtsvorschriften über genetisch veränderte Erzeugnisse in Bezug auf Lebens- und Futtermittel sowie den Anbau.**
31. **Erklärung der Kommission zur Bedeutung des Begriffs "wesentliche Geschäftstätigkeiten" in Artikel 8.1 des Abkommens ("Definitionen" des Begriffs Investition).**
32. **Erklärung des Rates und der Kommission zur Landwirtschaft im Rahmen des CETA.**
33. **Erklärung der Europäischen Kommission zur Verwirklichung der vollständigen Gegenseitigkeit bei der Visumfreiheit mit Kanada für rumänische und bulgarische Staatsangehörige.**
34. **Erklärung Bulgariens** (zum visumfreien Reiseverkehr).
35. **Erklärung Rumäniens** (zum visumfreien Reiseverkehr).

36. **Erklärung der Kommission und des Rates zum Investitionsschutz und zum Investitionsgerichtshof.**
37. **Erklärung des Königreichs Belgien zu den Bedingungen für die Ermächtigung seitens des Föderalstaates und der föderierten Einheiten zur Unterzeichnung des CETA.**
38. **Erklärung des Juristischen Dienstes des Rates zur Rechtsnatur des Gemeinsamen Auslegungsinstruments.**

## **ERKLÄRUNGEN:**

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

### **1. Erklärung des Rates zu Artikel 20.12:**

Der Rat erklärt, dass das von den Mitgliedstaaten erzielte Einvernehmen über die strafrechtliche Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums keinen Präzedenzfall für künftige Übereinkünfte zwischen der Europäischen Union und Drittländern darstellt.

### **2. Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung des Artikels 20.7:**

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

### **3. Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung von Bestimmungen über Verkehr und Verkehrsdienstleistungen:**

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

#### **4. Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung der Kapitel 22, 23 und 24:**

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

#### **5. Erklärung des Rates zur Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 912/2014:**

Der Rat weist darauf hin, dass für alle Klagen und Streitigkeiten, die sich gemäß Kapitel 8 Abschnitt F (Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und Staaten) des CETA gegen die EU oder ihre Mitgliedstaaten richten, die Verordnung (EU) Nr. 912/2014 vom 23. Juli 2014 zur Schaffung der Rahmenbedingungen für die Regelung der finanziellen Verantwortung bei Investor-Staat-Streitigkeiten vor Schiedsgerichten, welche durch internationale Übereinkünfte eingesetzt wurden, bei denen die Europäische Union Vertragspartei ist, Anwendung findet.

#### **6. Erklärung der Kommission zum Schutz geografischer Angaben:**

1. Die Kommission wird während der laufenden oder künftigen Verhandlungen über geografische Angaben, darunter g.U. und g.g.A., im Wege der verfügbaren Konsultationsstrukturen engen Kontakt zum jeweiligen interessierten Mitgliedstaat halten und Ad-hoc-Anträge auf weitere Konsultationen begrüßen.
2. Sie hat sich verpflichtet, bei den laufenden und künftigen Verhandlungen über Handelsabkommen unter Berücksichtigung der Marktlage in den einzelnen Handelspartnerländern und der Interessen der Mitgliedstaaten den bestmöglichen Schutz von in der Union eingetragenen geografischen Angaben zu erreichen.

3. Sie nimmt Kenntnis von den Bedenken Griechenlands, was die Ergebnisse in Bezug auf den Schutz bestimmter geografischer Angaben im Rahmen des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits und insbesondere die geschützte Ursprungsbezeichnung Feta angeht. Die Kommission erkennt an, dass die Ergebnisse, die hinsichtlich der in Artikel 20.21 des CETA erfassten Benennungen, einschließlich FETA erzielt wurden, für ein Schutzniveau sorgen, durch das kein Präzedenzfall für laufende oder künftige Verhandlungen geschaffen wird.
4. Die Kommission bekräftigt, dass sie im Hinblick auf das CETA dafür Sorge tragen will, dass der in diesem Abkommen vorgesehene Schutz der geografischen Angaben, unter anderem die Bestimmungen des Abkommens über die Anwendung der Verwaltungsvorschriften, strikt durchgesetzt wird, auch in Bezug auf die zur Inanspruchnahme von Ausnahmen gemäß Artikel 20.21 berechtigten Einrichtungen.
5. Die Kommission sagt zu, die Mechanismen des gemäß Artikel 26.2 des Abkommens eingerichteten CETA-Ausschusses für geografische Angaben in vollem Umfang zu nutzen, um sicherzustellen, dass die kanadischen Verbraucher angemessen über die besondere Qualität und die besonderen Eigenschaften der unter Artikel 20.21 des CETA erfassten Erzeugnisse unterrichtet sind.
6. Die Kommission sagt zu, spätestens innerhalb von fünf Jahren die im CETA vorgesehenen geeigneten Mechanismen anzuwenden, mit dem Ziel, für alle in Anhang 20-A des Abkommens aufgeführten geografischen Angaben der EU, einschließlich Feta, dasselbe Schutzniveau zu gewährleisten.
7. Die Kommission sagt zu, die Verfahren des CETA über geografische Angaben (g. A.), die in Artikel 26.2 festgelegt sind, uneingeschränkt anzuwenden, um auf Antrag eines EU-Mitgliedstaats neue geografische Angaben in das Abkommen aufzunehmen.

8. In Anbetracht der Möglichkeiten, die sich im Rahmen der Verordnung (EU) Nr. 1144/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 über Informations- und Absatzförderungsmaßnahmen für Agrarerzeugnisse im Binnenmarkt und in Drittländern bieten, wird die Kommission den Mitgliedstaaten ebenso wie den Erzeugern und Ausführern von Erzeugnissen mit geografischen Angaben, insbesondere den schwächsten unter ihnen, weiterhin Unterstützung bei der Förderung des Absatzes von Erzeugnissen mit geografischen Angaben bieten.

#### **7. Erklärung der Kommission zum Schutz des Vorsorgegrundsatzes im CETA:**

Die Kommission bestätigt, dass die Fähigkeit der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten, die fundamentalen Grundsätze ihrer Regulierungstätigkeiten anzuwenden, durch CETA gewahrt wird. Für die Europäische Union gehören zu diesen Grundsätzen die im Vertrag über die Europäische Union und im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union verankerten Grundsätze, insbesondere der Grundsatz der Vorsorge, der in Artikel 191 genannt und in Artikel 168 Absatz 1 und Artikel 169 Absätze 1 und 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union seinen Niederschlag findet.

Folglich bestätigt die Kommission, dass CETA keine Bestimmungen enthält, die eine Anwendung des Vorsorgegrundsatzes in der Europäischen Union, wie er im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union festgelegt ist, verhindern.

#### **8. Erklärung der Kommission zu Wasser:**

Die Kommission bekräftigt, dass CETA keine Bestimmungen enthält, die das Recht eines Mitgliedstaats, eigenständig über die Art der Verwendung und des Schutzes seiner Wasserressourcen zu beschließen, beeinträchtigen. In Artikel 1.9 des CETA wird bekräftigt, dass das Abkommen keine Bestimmungen enthält, welche die Europäische Union verpflichten, die kommerzielle Nutzung von Wasser gleich zu welchem Zweck zu erlauben. CETA würde in diesem Sektor nur dann anwendbar sein, wenn die Europäische Union oder ihre Mitgliedstaaten eigenständig beschließen, die kommerzielle Nutzung von Wasser zu erlauben.

Selbst wenn ein Mitgliedstaat der Europäischen Union beschließt, eine kommerzielle Nutzung von Wasser zu erlauben, wird die für jeden Mitgliedstaat bestehende Möglichkeit, seine diesbezüglichen Beschlüsse rückgängig zu machen, ebenso wie das Recht, die kommerzielle Nutzung von Wasser für Gemeinwohlzwecke zu erlauben, durch CETA in vollem Umfang gewahrt.

#### **9. Erklärung der Kommission zum Inhalt der Rechtsgrundlagen:**

Die Kommission nimmt zur Kenntnis, dass der Rat die materiellen Rechtsgrundlagen, die von der Kommission für den "Beschluss über die Unterzeichnung des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits" vorgeschlagen wurden, um Artikel 43 Absatz 2, Artikel 153 Absatz 2 und Artikel 192 Absatz 1 AEUV ergänzt hat. Nach Auffassung der Kommission ist diese Änderung nicht gerechtfertigt, weil alle betroffenen Angelegenheiten vollständig in den Geltungsbereich von Artikel 207 AEUV fallen.

#### **10. Erklärung Irlands:**

Sollte die Durchführung des Abkommens durch die Europäische Union Maßnahmen gemäß dem Dritten Teil Titel V des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erforderlich machen, so werden die Bestimmungen des dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union beigefügten Protokolls über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts uneingeschränkt geachtet.

#### **11. Erklärung des Vereinigten Königreichs:**

Das Vereinigte Königreich begrüßt die Unterzeichnung des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits.

Es ist jedoch der Ansicht, dass das Abkommen Bestimmungen über die vorübergehende Präsenz natürlicher Personen zu Geschäftszwecken und Rückübernahmen nach dem Dritten Teil Titel V des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union enthält. Das Vereinigte Königreich erinnert daran, dass nach Artikel 2 des den Verträgen beigelegten Protokolls (Nr. 21) über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts Vorschriften internationaler Übereinkünfte, die von der Union nach jenem Titel geschlossen werden, für das Vereinigte Königreich nicht bindend oder anwendbar sind, es sei denn, es teilt nach Artikel 3 des Protokolls seine Absicht mit, dass es sich an der Annahme und Anwendung einer vorgeschlagenen Maßnahme beteiligen möchte.

Dementsprechend hat das Vereinigte Königreich nach Artikel 3 des Protokolls (Nr. 21) dem Präsidenten des Rates mitgeteilt, dass es beabsichtigt, sich an den Beschlüssen des Rates zu beteiligen, sofern sie sich auf die vorübergehende Präsenz natürlicher Personen zu Geschäftszwecken beziehen.

**12. Erklärung Ungarns zur vorläufigen Anwendung des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Kanada andererseits:**

Für den Fall, dass es erforderlich sein sollte, für die vorläufige Anwendung – durch die Europäische Union – derjenigen Teile des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Kanada andererseits, für die die geteilte Zuständigkeit gilt, die ungarischen Rechtsvorschriften zu ändern, erklärt Ungarn, dass diese Änderungen aufgrund der Rechtsordnung Ungarns in Verbindung mit dem innerstaatlichen Ratifikationsprozess, den Ungarn rechtzeitig einleiten wird, vorgenommen werden.

### **13. Erklärung Portugals:**

Im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem in den Verträgen verankerten Grundsatz der Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten berühren die Beschlüsse des Rates über den Abschluss, die Unterzeichnung bzw. die vorläufige Anwendung des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits nicht die Entscheidungsfreiheit Portugals in Angelegenheiten in seiner nationalen Zuständigkeit; die Entscheidung Portugals, durch das Abkommen gebunden zu sein, hängt im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen und Vorschriften vom Abschluss der nationalen Ratifikationsverfahren und dem Inkrafttreten des Abkommens in der internationalen Rechtsordnung ab.

### **14. Erklärung Griechenlands:**

Griechenland stellt fest, dass die Ergebnisse, die im Rahmen der Verhandlungen über ein umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommens (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits in Bezug auf den Schutz des "Feta", eines griechischen Käses mit Anrecht auf besonderen Schutz gemäß den Rechtsvorschriften der EU über Erzeugnisse mit geschützter Ursprungsbezeichnung (g. U.), erzielt wurden, nur ein Mindestmaß an Schutz bieten und als solche keinen Präzedenzfall für künftige Handelsabkommen der EU mit Drittländern darstellen.

Nach Auffassung Griechenlands sollte die g. U. "Feta" als eine der wichtigsten geografischen Angaben der EU das gleiche Maß an Schutz wie die geografischen Angaben der EU von ähnlicher Bedeutung erhalten. Überdies leistet der Schutz der g. U. "Feta" sowie anderer geografischer Angaben nach Auffassung Griechenlands einen wesentlichen Beitrag zur Förderung der regionalen Entwicklung, zum Wachstum und zur Beschäftigung innerhalb der Europäischen Union. Die Ergebnisse, die im Rahmen des CETA hinsichtlich des Schutzes der g. U. "Feta" erzielt wurden, lassen das oben genannte Ziel völlig außer Acht und gewährleisten somit nicht ihren umfassenden Schutz innerhalb des kanadischen Marktes.

In diesem Zusammenhang nimmt Griechenland die Zusage der Europäischen Kommission umfassend zur Kenntnis, a) bei den laufenden und künftigen Verhandlungen über Handelsabkommen mit Drittländern das bestmögliche Schutzniveau für alle in der EU eingetragenen geografischen Angaben (g. A.), einschließlich der g. U. "Feta" , unter hinreichender Berücksichtigung des oben genannten Ziels zu erreichen und b) alle erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der g. U. "Feta" nicht nur innerhalb der EU, sondern auch auf den Märkten von Drittländern zu ergreifen, insbesondere im Hinblick auf die Anwendung unlauterer Praktiken, die zur Falschinformation der Verbraucher führen.

In diesem Zusammenhang begrüßt Griechenland die Erklärung der Europäischen Kommission hinsichtlich 1. der Zusage der Kommission, bei laufenden und künftigen Verhandlungen über geografische Angaben (g. A.) engen Kontakt zu den jeweiligen interessierten Mitgliedstaaten zu halten, 2. ihrer Zusage, bei den laufenden und künftigen Verhandlungen mit Drittländern den bestmöglichen Schutz für g. A. zu erreichen, 3. ihrer Absicht, in Zusammenarbeit mit allen zuständigen kanadischen Behörden den im CETA vorgesehenen Schutz strikt durchzusetzen, insbesondere die Einrichtung ordnungsgemäßer interner kanadischer Mechanismen und Verfahren für die Anwendung der Verwaltungsvorschriften, um den kanadischen Binnenmarkt an die CETA-Bestimmungen anzupassen, sowie die Registrierung kanadischer Einrichtungen, die zur Inanspruchnahme der Ausnahmen gemäß Artikel 20.21 berechtigt sind, 4. ihrer Zusage, die Mechanismen des CETA-Ausschusses für geografische Angaben in vollem Umfang zu nutzen, um sicherzustellen, dass die kanadischen Verbraucher angemessen über die besondere Qualität und die besonderen Eigenschaften der unter Artikel 20.21 des CETA erfassten Erzeugnisse unterrichtet sind, 5. ihrer Zusage, innerhalb von fünf (5) Jahren ab dem Inkrafttreten des CETA die geeigneten Mechanismen anzuwenden, mit dem Ziel, für alle darin aufgeführten geografischen Angaben der EU, einschließlich der geschützten Ursprungsbezeichnung g. U. "Feta", dasselbe Schutzniveau zu gewährleisten, und 6. ihrer Absicht, Griechenland bei seinen Bemühungen zu unterstützen, den Absatz von g. A.-Erzeugnissen durch die Nutzung der in der Verordnung (EU) Nr. 1144/2014 gebotenen Möglichkeiten zu fördern.

Griechenland beabsichtigt, die oben genannten Punkte weiterzuverfolgen, und geht davon aus, dass sie Bestandteil der Umsetzung nach Treu und Glauben des CETA sind.

Bei der Abgabe dieser Erklärung hat Griechenland der strategischen politischen und wirtschaftlichen Dimension des CETA umfassend Rechnung getragen.

\* \* \*

***Zum Umfang der vorläufigen Anwendung des CETA:***

**15. Erklärung des Rates:**

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

**16. Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen:**

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

**17. Erklärung des Rates zur vorläufigen Anwendung des Arbeitnehmerschutzes:**

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

## ***Zu Beschlüssen des Gemischten CETA-Ausschusses:***

### **18. Erklärung der Kommission:**

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

### **19. Erklärung des Rates und der Kommission:**

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

## ***Zur Beendigung der vorläufigen Anwendung des CETA:***

### **20. Erklärung des Rates:**

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

### **21. Erklärung Deutschlands und Österreichs:**

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

## **22. Erklärung Polens:**

Polen erklärt, dass es als Vertragspartei des CETA seine Rechte aufgrund von Artikel 30.7 Absatz 3 Buchstabe c des CETA ausüben kann. Alle erforderlichen Schritte werden gemäß den EU-Verfahren unternommen werden.

\* \* \*

## **23. Erklärung Sloweniens:**

Die Republik Slowenien weist auf die äußerst heikle Natur des Kapitels über Investitionen hin, vertritt jedoch die Auffassung, dass die Zustimmung zur Unterzeichnung des CETA den grundsätzlichen Standpunkt der Republik Slowenien zum System der bilateralen Investitionsgerichtsbarkeit nicht berührt. In Anbetracht der verschiedenen Bedenken, die in den Verhandlungen bezüglich der Bestimmungen über das System der Investitionsgerichtsbarkeit vorgebracht wurden, erwartet die Republik Slowenien, dass dieses System im Einklang mit der Gemeinsamen Auslegungserklärung und dem Unionsrecht kontinuierlich weiterentwickelt wird und die entsprechenden CETA-Bestimmungen angepasst werden, damit die Verbesserungen bereits vorgenommen werden, bevor der multilaterale Investitionsgerichtshof und die Berufungsinstanz für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten errichtet werden.

Aufgrund der Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten gemäß den Verträgen berührt der Beschluss des Rates, mit dem die vorläufige Anwendung des CETA zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Kanada andererseits genehmigt wird, nicht die Entscheidungsfreiheit Sloweniens in der Frage, ob es in Angelegenheiten, die in seine nationale Zuständigkeit fallen, durch das CETA gebunden ist. Dies bedeutet, dass in diesem Abkommen enthaltene Bezugnahmen auf die für seine vorläufige Anwendung erforderlichen internen Voraussetzungen und Verfahren im Fall der Republik Slowenien so zu verstehen sind, dass der Abschluss der Ratifizierungsverfahren gemeint ist.

Die Republik Slowenien geht davon aus, dass das CETA die Rechtsvorschriften der Europäischen Union bzw. Kanadas über die Zulassung, das Inverkehrbringen, den Anbau und die Etikettierung von GVO sowie durch neue Zuchtmethoden gewonnenen Produkten und insbesondere die Möglichkeit der Mitgliedstaaten nicht berührt, den Anbau von GVO in ihrem Hoheitsgebiet einzuschränken oder zu verbieten. Des Weiteren geht die Republik Slowenien davon aus, dass das CETA keine Bestimmungen enthält, die eine Anwendung des Vorsorgegrundsatzes in der Europäischen Union, wie er im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union festgelegt ist, verhindern.

In Bezug auf Wasser geht die Republik Slowenien davon aus, dass dieses Abkommen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten nicht die Verpflichtung auferlegt, über das EU-Recht hinauszugehen, oder das Recht jeder Partei einschränkt, Maßnahmen zur Bewirtschaftung, zum Schutz und zur Erhaltung seiner Wasserressourcen (sei es für kommerzielle Zwecke, zur Nutzung als Trinkwasser, zur gemischten oder einer anderen Verwendung) zu ergreifen oder beizubehalten, wozu auch das Recht jeder Partei gehört, die gewährten Wasserrechte zu beschränken oder zu entziehen. Die Republik Slowenien geht auch davon aus, dass für die Trinkwasserversorgung genutzte Wasserressourcen (einschließlich der sowohl für die Trinkwasserversorgung als auch für andere Zwecke verwendeten Wasserressourcen) nicht unter Artikel 1.9 Absatz 3 fallen.

#### **24. Erklärung Österreichs:**

Die Republik Österreich hält fest, dass eine inter-institutionelle Vereinbarung angestrebt wird, durch welche sichergestellt werden soll, dass Beschlüsse zur Festlegung der Standpunkte, die im Namen der Union gemäß Art. 218 Abs. 9 AEUV im durch das Abkommen eingerichteten Gemischten Ausschuss zu vertreten sind, einer entsprechenden Einbindung der Mitgliedstaaten durch den Rat der Europäischen Union unterliegen. Zur Sicherstellung der Mitwirkung des Nationalrates an derartigen Beschlüssen wird auf Art. 23e B-VG verwiesen.

## 25. Erklärung Polens:

In Anbetracht der in den Verträgen niedergelegten Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten ist festzustellen, dass die Beschlüsse des Rates zur Genehmigung der Unterzeichnung, der vorläufigen Anwendung und des Abschlusses des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits nicht die Entscheidungsfreiheit der Republik Polen in Bezug auf die in ihre nationale Zuständigkeit fallenden Angelegenheiten berühren, deren Beschluss über den Abschluss des Abkommens gemäß den Grundsätzen und Verfassungsbestimmungen vom Abschluss der internen Ratifizierungsverfahren abhängt.

Das Abkommen enthält eine weit gefasste Definition des Begriffs "Investitionen". Um Zweifel über die vereinbarte Formulierung der Definition von "Investitionen" zu vermeiden, erklärt die Republik Polen, dass sie davon ausgeht, dass mit diesem Begriff nur "echte" Investitionen in den Rechtsschutz aufgenommen werden. Als gemäß dem CETA geschützte "echte" Investition betrachtet die Republik Polen erstens Investitionen in der Phase nach der Niederlassung, die als Phase verstanden wird, in der der Investor eine Verwaltungsentscheidung (die endgültig / vollstreckbar ist, d.h. ermöglicht, das mit dieser Entscheidung verliehene Recht zu verwirklichen) oder andere gesetzlich erforderliche endgültige / vollstreckbare Zustimmungen erhält, wenn eine derartige Entscheidung bzw. Zustimmung für die Investition gesetzlich vorgeschrieben sind. Zweitens muss eine derartige Entscheidung bzw. Zustimmung vom Investor umgesetzt worden sein. Drittens bedarf es nach Auffassung der Republik Polen für den Nachweis, dass es sich um eine "echte" Investition handelt, der tatsächlichen Einbeziehung von Kapital oder anderen Vermögenswerten bei deren Umsetzung.

Mit dem CETA wird das System der Investitionsgerichtsbarkeit eingeführt. Die Republik Polen wird anstreben, ausführliche Regeln für die Auswahl der Richter festzulegen, damit die Zusammensetzung der Gerichte die Vielfalt der Rechtssysteme in der Europäischen Union widerspiegelt und der geografischen Ausgewogenheit zwischen den EU-Mitgliedstaaten Rechnung trägt. Ideal wäre die Auswahl eines Richters mit gründlicher Kenntnis des polnischen Rechtssystems.

Das CETA räumt seinen Vertragsparteien das Recht ein, in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet Rechtsvorschriften einzuführen, um legitime politische Ziele zu erreichen. Die Republik Polen erklärt, dass sie insbesondere Rechtsvorschriften für gerechtfertigt hält, mit denen ein weitreichender Schutz des menschlichen Lebens und der menschlichen Gesundheit sichergestellt werden soll, was faire arbeitsrechtliche Bestimmungen, den Schutz der Privatsphäre und den Datenschutz, einen weitreichenden Pflanzen- und Tierschutz, Lebensmittelsicherheit und -qualität, Umwelt- und Verbraucherschutz, auch in so empfindlichen Bereichen wie der effektiven Kontrolle und der Verwendung genetisch veränderter Organismen (GVO) einschließt. In Bezug auf GMO berührt das CETA nach Ansicht der Republik Polen nicht die bestehenden EU-Vorschriften und garantiert es den Schutz der EU-Märkte und des polnischen Markts vor der unerwünschten Einfuhr genetisch veränderter Erzeugnisse.

Die Republik Polen ist überzeugt, dass das CETA durch die Beseitigung von Handelshemmnissen und die Senkung der Handelskosten Vorteile für breitesten Kreise unserer Gesellschaft und für kleine und mittlere Unternehmen erbringen wird. Das CETA wird zur Verbesserung der Lebensqualität der polnischen Bürger beitragen und zugleich die EU-Standards wahren.

\* \* \*

**26. Erklärung der Kommission über die Fortführung des Verbots von Stoffen mit hormonaler Wirkung zur Wachstumsförderung bei Nutztieren (wie hormonbehandeltes Rindfleisch):**

Die Kommission bestätigt, dass es durch CETA keinerlei Auswirkungen auf die Rechtsvorschriften der Europäischen Union über hormonbehandeltes Rindfleisch gibt. Insbesondere enthält CETA keine zusätzlichen Verpflichtungen für die Europäische Union in Bezug auf die Einfuhr von hormonbehandeltem Rindfleisch. Der Europäischen Union wird es daher weiterhin freistehen, ihre geltenden Rechtsvorschriften über das Verbot von Stoffen mit hormonaler Wirkung zur Wachstumsförderung bei Nutztieren anzuwenden (Richtlinie 96/22/EG, geändert durch die Richtlinie 2003/74/EG), die es ihr ermöglichen, weiterhin die Herstellung oder Einfuhr von Fleisch und Erzeugnissen von Tieren, die mit solchen Stoffen behandelt wurden, zu verbieten.

In diesem Zusammenhang erinnert die Kommission daran, dass Drittländer, die Fleisch in die EU ausführen dürfen und die den Einsatz von Wachstumsförderern für den Binnenverbrauch zulassen, über getrennte Produktionssysteme verfügen müssen, damit sichergestellt ist, dass in dem in die EU ausgeführten Fleisch keine verbotenen Stoffe enthalten sind. Diese Systeme müssen gemäß den Rechtsvorschriften der EU (Richtlinie 96/23/EG über Kontrollmaßnahmen hinsichtlich bestimmter Stoffe und ihrer Rückstände in lebenden Tieren und tierischen Erzeugnissen) überwacht werden. Mit dem CETA wird keines dieser Erfordernisse geändert.

Fleisch und frisches Fleisch aus Drittländern, einschließlich Kanadas, darf nur dann in die Europäische Union eingeführt werden, wenn es sämtlichen Einfuhrbedingungen der Europäischen Union genügt und dies in einer Gesundheitsbescheinigung der zuständigen Behörde des Ausfuhrlandes nachgewiesen wird, wobei die Kommission förmlich anerkannt hat, dass diese Behörde die Einhaltung der Einfuhrbedingungen der Europäischen Union zuverlässig bescheinigen kann.

## **27. Erklärung der Kommission zur öffentlichen Auftragsvergabe:**

Die Kommission bestätigt, dass Beschaffungsstellen beider Vertragsparteien umweltbezogene, soziale oder beschäftigungsbezogene Kriterien und Bedingungen bei ihren Vergabeverfahren anwenden können. Die Mitgliedstaaten werden weiterhin die in der EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014, insbesondere Artikel 67 Absatz 2 und Artikel 70) vorgesehene Möglichkeit in Anspruch nehmen können, solche Kriterien und Bedingungen anzuwenden. Darüber hinaus halten die Vertragsparteien fest, dass für subzentrale Beschaffungsstellen beispielsweise auf Ebene der Regionen, der Gemeinden und anderer lokaler Stellen das Kapitel über die öffentliche Auftragsvergabe nur für die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen gilt, die einen Schwellenwert von 200 000 SZR überschreiten (siehe Anlage 19-2). In diesem Zusammenhang gehen die Verpflichtungen der Europäischen Union im Rahmen von CETA nicht über die WTO-Verpflichtungen der Europäischen Union im Rahmen des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement – GPA) hinaus, weil die in CETA festgelegten Schwellenwerte für die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen den Schwellenwerten im Rahmen des GPA entsprechen. Zudem sind die CETA-Schwellenwerte höher als diejenigen im Rahmen der Richtlinien der Europäischen Union über die öffentliche Auftragsvergabe.

**28. Erklärung der Kommission zu dem belgischen System der Pflichtversicherung und den auf dem Gegenseitigkeitsprinzip beruhenden Versicherungsgesellschaften nach belgischem Recht:**

Die Europäische Kommission und die belgische Regierung sind der Auffassung, dass keine Bestimmung des Abkommens Belgien dazu verpflichtet wird, das bestehende System der Pflichtversicherung zu ändern.

Die Europäische Kommission und die belgische Regierung bestätigen ihre Auffassung, dass die Maßnahmen, die die im Rahmen des belgischen Systems der Pflichtversicherung erbrachten Leistungen der auf dem Gegenseitigkeitsprinzip beruhenden belgischen Versicherungsgesellschaften betreffen, als eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse aufgrund von Artikel 13.2 Absatz 5 vom Kapitel 13 (Finanzdienstleistungen) des Abkommens ausgeschlossen sind. Zudem sind sie der Auffassung, dass – falls einige dieser Leistungen nicht als Finanzdienstleistungen eingestuft sind – diese Leistungen unter die EU-Vorbehalte zu den Sozialdienstleistungen fallen würden, in denen es heißt: "Die EU behält sich das Recht vor, Maßnahmen in Bezug auf die Erbringung sämtlicher Sozialdienstleistungen, die staatlich finanziert werden oder eine wie immer geartete staatliche Unterstützung erhalten und daher nicht als privat finanziert betrachtet werden, und in Bezug auf Tätigkeiten oder Dienstleistungen im Rahmen einer staatlichen Alterssicherung oder eines gesetzlichen Systems der sozialen Sicherheit einzuführen oder aufrechtzuerhalten."

Darüber hinaus enthält das Abkommen keine zusätzlichen Pflichten oder Disziplinen hinsichtlich der privaten Krankenversicherung im Vergleich zum EU-Recht und zu den geltenden internationalen Verpflichtungen der Europäischen Union und Belgiens, insbesondere im Rahmen des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen der Welthandelsorganisation (GATS).

**29. Erklärung der Kommission zu öffentlichen Dienstleistungen:**

Das Übereinkommen enthält keine Bestimmungen, welche die Fähigkeit der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten, öffentliche Dienstleistungen einschließlich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu definieren und zu erbringen, beeinträchtigen.

Das Abkommen enthält keine Bestimmung, durch die das Funktionieren von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die gemäß den Artikeln 14 und 106 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, dem Protokoll Nr. 26 zum Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union und Artikel 36 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union erbracht werden, verhindert oder beeinträchtigt wird. Insoweit es sich bei derartigen Dienstleistungen nicht um in Ausübung der Regierungsgewalt erbrachte Dienstleistungen handelt, wird insbesondere davon ausgegangen, dass die von der EU und ihren Mitgliedstaaten eingegangenen Verpflichtungen (einschließlich der Verpflichtungen in Bezug auf den Marktzugang in den Artikeln 8.4, 9.6 und 13.6 des Abkommens) und die von ihnen eingelegten Vorbehalte in Bezug auf derartige Dienstleistungen, einschließlich öffentlicher Dienstleistungen wie Bildung, Gesundheit und sozialer Dienste, gewährleisten, dass die Mitgliedstaaten im Einklang mit dem EU-Recht nach eigenem Ermessen weiterhin Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unterhalten dürfen. Es sei festgehalten, dass das System der Investitionsgerichtsbarkeit nicht für Bestimmungen über den Marktzugang gilt.

### **30. Erklärung der Kommission zur Weiterführung der EU-Rechtsvorschriften über genetisch veränderte Erzeugnisse in Bezug auf Lebens- und Futtermittel sowie den Anbau:**

Die Kommission bestätigt, dass das CETA nicht mit einer Änderung der EU-Rechtsvorschriften hinsichtlich der Risikobewertung und Zulassung, Kennzeichnung und Rückverfolgbarkeit genetisch veränderter Lebens- und Futtermittel gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel sowie der Verordnung (EG) Nr. 1830/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. September 2003 über die Rückverfolgbarkeit und Kennzeichnung von genetisch veränderten Organismen und über die Rückverfolgbarkeit von aus genetisch veränderten Organismen hergestellten Lebensmitteln und Futtermitteln sowie zur Änderung der Richtlinie 2001/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. März 2011 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt und zur Aufhebung der Richtlinie 90/220/EG des Rates verbunden ist. Hinsichtlich genetisch veränderter Organismen für den Anbau gilt nach wie vor das in der Richtlinie 2001/18/EG niedergelegte Zulassungsverfahren der EU, und die Mitgliedstaaten haben nach wie vor die Möglichkeit, den Anbau genetisch veränderter Organismen (GVO) in ihrem Hoheitsgebiet unter den Bedingungen einzuschränken oder zu untersagen, die in der Richtlinie (EU) 2015/412 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2015 zur Änderung der Richtlinie 2001/18/EG festgelegt sind.

### **31. Erklärung der Kommission zur Bedeutung des Begriffs "wesentliche Geschäftstätigkeiten" in Artikel 8.1 des Abkommens:**

Der Begriff "wesentliche Geschäftstätigkeiten" im CETA ist in demselben Sinne zu verstehen wie der Begriff der "Tätigung von Geschäften in erheblichem Umfang" in den Artikeln V(6) und XXVIII(m) des Allgemeinen Übereinkommens der WTO über den Handel mit Dienstleistungen. Die EU hat der WTO<sup>1</sup> förmlich notifiziert, dass sie diesen Begriff als gleichbedeutend mit dem Begriff "echte und kontinuierliche Verbindung mit der Wirtschaft" auslegt, der im Allgemeinen Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit verwendet wird, das vom Rat am 15. Januar 1962 gemäß Artikel 54 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft angenommen wurde<sup>2</sup>.

Infolgedessen vertritt die Kommission die Ansicht, dass ein kanadisches Unternehmen, das nicht Eigentum von kanadischen Staatsangehörigen ist, nur dann gemäß Kapitel 8 Abschnitt F des Abkommens einen Streitfall vorbringen kann, wenn es nachweisen kann, dass es in Kanada in erheblichem Umfang Geschäfte tätigt, die eine echte und kontinuierliche Verbindung mit der kanadischen Wirtschaft aufweisen, im Sinne der Niederlassung gemäß dem EU-Vertrag. Dies wird die Grundlage für die Haltung der Kommission bezüglich der Umsetzung des CETA bilden.

### **32. Erklärung des Rates und der Kommission zur Landwirtschaft im Rahmen des CETA:**

Der Rat und die Kommission weisen darauf hin, dass der Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen in den Handelsverhandlungen der Europäischen Union mit Drittländern, insbesondere mit einem wichtigen Exporteur landwirtschaftlicher Erzeugnisse wie Kanada, ein sensibles Thema darstellt.

Der Rat und die Kommission halten fest, dass die Europäische Union im CETA den Markt für bestimmte empfindliche Erzeugnisse wie Rind- und Schweinefleisch geöffnet hat, was durch Marktöffnungen Kanadas aufgewogen wird, mit denen wichtigen europäischen Exportinteressen z. B. bei Käse, Wein und Spirituosen, Obst und Gemüse, verarbeiteten Erzeugnissen und geografischen Angaben entsprochen wird.

---

<sup>1</sup> WT/REG39/1 vom 24. April 1998.

<sup>2</sup> ABl. Nr. 2 15.1.1962, S.32.

Zugleich halten der Rat und die Kommission fest, dass die Europäische Union im CETA das Niveau der zolltariflichen Behandlung beibehalten hat, das über die mengenmäßig beschränkten Zugeständnisse hinaus für empfindliche Waren gilt. Außerdem kann die Europäische Union auch weiterhin alle Schutzmaßnahmen treffen, die für den vollständigen Schutz jedes empfindlichen Agrarerzeugnisses in der Union im Einklang mit diesen WTO-Verpflichtungen erforderlich sind. Zu den Schutzmaßnahmen nach Artikel XIX des GATT und dem WTO-Übereinkommen über Schutzmaßnahmen zählen die Verordnung (EU) 2015/478 des Europäischen Parlaments und des Rates über eine gemeinsame Einfuhrregelung und Artikel 194 der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse, denen zufolge die Kommission innerhalb von fünf Arbeitstagen nach Eingang eines Antrags eines Mitgliedstaates tätig werden muss.

Die Kommission überwacht aufmerksam die Entwicklungen im Handel mit empfindlichen Agrarerzeugnissen, insbesondere mit Kanada, u.a. im Rahmen der in Anhang 2-A "Zollabbau" und in Anhang 2-B "Erklärung über die Verwaltung der Zollkontingente" des CETA vorgesehenen Verfahren und wird die oben genannten Maßnahmen in vollem Umfang ergreifen, wann immer dies erforderlich ist. Der Rat wird diese Angelegenheit weiter verfolgen.

Besteht bei einem Agrarprodukt in einem beliebigen Sektor ein Marktungleichgewicht, verpflichtet sich die Kommission, unverzüglich, in jedem Fall jedoch innerhalb von 5 Werktagen, im Rahmen der geltenden EU-Regelung die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um das Marktgleichgewicht wieder herzustellen.

Die Kommission bestätigt, dass das CETA keine Auswirkungen auf die Instrumente zur Stützung landwirtschaftlicher Erzeugnisse gemäß dem EU-Recht hat, die im Einklang mit den Verpflichtungen der EU im Rahmen der WTO stehen.

\* \* \*

### **33. Erklärung der Europäischen Kommission zur Verwirklichung der vollständigen Gegenseitigkeit bei der Visumfreiheit mit Kanada für rumänische und bulgarische Staatsangehörige:**

Die Gegenseitigkeit bei der Befreiung von der Visumpflicht ist ein Grundsatz der gemeinsamen Visumpolitik der Europäischen Union, und die Europäische Kommission verfolgt dieses Ziel proaktiv in ihren Beziehungen zu Drittländern.

Bulgarien und Rumänien haben auch konsequent darauf hingewiesen, welche Bedeutung dem Zustand der Nicht-Gegenseitigkeit zwischen Kanada und der Europäischen Union im Bereich der Visumpolitik sowohl im Hinblick auf das Abkommen über eine strategische Partnerschaft zwischen der EU und Kanada als auch im Hinblick auf die Vorbereitung der Unterzeichnung und Ratifizierung des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens (CETA) zwischen der EU und Kanada zukommt.

Im Zuge des Prozesses, der den Abschluss des CETA zum Ziel hat, wird die Europäische Kommission alle notwendigen Schritte unternehmen, um sicherzustellen, dass Kanada die vollständige Abschaffung der Visumpflicht für rumänische und bulgarische Staatsangehörige innerhalb eines für alle Seiten zufriedenstellenden Zeitrahmens, spätestens aber bis Ende 2017 bestätigt.

### **34. Erklärung Bulgariens:**

Bulgarien betont, wie wichtig es ist, den visumfreien Reiseverkehr zwischen der EU und Kanada zu gewährleisten, sodass ihre Bürger gleichermaßen von den Chancen in den Bereichen Handel und Wirtschaft, die das umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen bietet, profitieren können.

Bulgarien erinnert an die rechtliche Verpflichtung beider Seiten, alle Anstrengungen zu unternehmen, um so bald wie möglich den visumfreien Reiseverkehr zwischen ihren Hoheitsgebieten für alle Bürger mit einem gültigen Reisepass zu erreichen, wie im Abkommen über eine strategische Partnerschaft zwischen Kanada einerseits und der EU und ihren Mitgliedstaaten andererseits vorgesehen.

Bulgarien erklärt, dass der Abschluss seiner internen Verfahren, die für das Inkrafttreten des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens gemäß dessen Artikel 30.7 Absatz 2 erforderlich sind, davon abhängt, dass alle bulgarischen Bürger vollständig von der Visumpflicht befreit sind.

### **35. Erklärung Rumäniens:**

Rumänien weist auf die Bedeutung einer verstärkten Mobilität hin, unter anderem durch visafreies Reisen zwischen der Europäischen Union und Kanada für alle unsere jeweiligen Bürger, wie im Abkommen über eine strategische Partnerschaft zwischen Kanada und der EU vorgesehen.

In diesem Zusammenhang weisen wir erneut darauf hin, wie wichtig es ist, dass die mit Kanada erzielte Einigung über die Aufhebung der Visumpflicht für alle rumänischen Bürger ab 1. Dezember 2017 uneingeschränkt und rasch umgesetzt wird; dies wird die starken bestehenden kulturellen, bildungsbezogenen, familiären und geschäftlichen Beziehungen zwischen Kanada und Europa noch weiter erleichtern. Die uneingeschränkte und rasche Umsetzung dieser Einigung wird weiter dazu beitragen, dass gute Fortschritte bei den internen Verfahren erzielt werden, die für die Ratifizierung sowohl des CETA als auch des SPA auf nationaler Ebene erforderlich sind.

### **36. Erklärung der Kommission und des Rates zum Investitionsschutz und zum Investitionsgerichtshof:**

Das CETA zielt auf eine bedeutende Reform der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten ab, die sich auf die gemeinsamen Grundsätze der Gerichte der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten und Kanadas sowie internationaler Gerichte, die von der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten und Kanada anerkannt werden, wie des Internationalen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, stützt, als Schritt zur Verbesserung der Achtung der Rechtsnorm. Die Europäische Kommission und der Rat sind der Ansicht, dass dieser auf Grundlage der vorliegenden Erklärung überarbeitete Mechanismus einen Schritt zur Schaffung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs darstellt, der letztendlich das für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investoren und Staaten zuständige Gericht sein wird.

Da alle diese Bestimmungen vom Umfang der vorläufigen Anwendung des CETA ausgenommen sind, bestätigen die Europäische Kommission und der Rat, dass sie nicht in Kraft treten werden, bevor alle Mitgliedstaaten das CETA gemäß ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Verfahren ratifiziert haben.

Die Kommission verpflichtet sich, die Überarbeitung des Streitbeilegungsmechanismus (Investitionsgerichtshof) unverzüglich und so fristgerecht fortzusetzen, dass die Mitgliedstaaten sie bei ihren Ratifizierungsverfahren berücksichtigen können; dabei verfährt sie nach den folgenden Grundsätzen:

Die Auswahl sämtlicher Richter des Gerichts und der Rechtsbehelfsinstanz erfolgt unter der Kontrolle der europäischen Organe und der Mitgliedstaaten in strenger Weise mit dem Ziel, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sowie die höchste Kompetenz der Richter zu gewährleisten. Was insbesondere die europäischen Richter anbelangt, so ist bei der Auswahl auch darauf zu achten, dass vor allem auf lange Sicht die Vielfalt der europäischen Rechtstraditionen vertreten ist. Dabei gilt Folgendes:

- o Die Kandidaten für das Amt eines europäischen Richters werden von den Mitgliedstaaten benannt, die auch an der Bewertung der Kandidaten teilnehmen.
- o Unbeschadet der in Artikel 8.27.4 des CETA genannten sonstigen Bedingungen müssen die Mitgliedstaaten Kandidaten vorschlagen, die die in Artikel 253 Absatz 1 AEUV genannten Kriterien erfüllen.
- o Die Kommission sorgt in Absprache mit den Mitgliedstaaten und mit Kanada dafür, dass eine gleichermaßen strenge Bewertung der Bewerbungen der übrigen Richter des Gerichts erfolgt.

Die Richter werden von der Europäischen Union und von Kanada dauerhaft vergütet. Es ist darauf hinzuwirken, dass die Richter ihre Tätigkeit vollzeitlich ausüben.

Die ethischen Anforderungen an die Mitglieder des Gerichts und der Rechtsbehelfsinstanz, die bereits im CETA vorgesehen sind, werden so rasch wie möglich und so zeitig in einem verbindlichen und zwingenden Verhaltenskodex im Einzelnen festgelegt (was ebenfalls bereits im CETA vorgesehen ist), dass die Mitgliedstaaten sie bei ihren Ratifizierungsverfahren berücksichtigen können. Dieser Kodex enthält insbesondere Folgendes:

- o klare Verhaltensregeln für die Kandidaten für das Amt eines Mitglieds des Gerichts oder der Rechtsbehelfsinstanz, vor allem bezüglich der Offenlegung ihrer früheren oder gegenwärtigen Tätigkeiten, die ihre Ernennung oder die Ausübung ihres Amtes beeinflussen könnten;

- o klare Verhaltensregeln, die für die Mitglieder des Gerichts und der Rechtsbehelfsinstanz während ihrer Amtszeit gelten;
- o klare Verhaltensregeln, die für die Mitglieder des Gerichts und der Rechtsbehelfsinstanz nach Ablauf ihrer Amtszeit gelten, einschließlich des Verbots, gewisse Ämter oder Berufe während eines bestimmten Zeitraums nach Ablauf ihrer Amtszeit auszuüben;
- o einen Sanktionsmechanismus für Verstöße gegen diese Verhaltensregeln, der wirksam ist und die Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit uneingeschränkt achtet.

Der Zugang zu dieser neuen Gerichtsbarkeit für die schwächsten Parteien, das heißt für KMU und Privatpersonen, wird verbessert und erleichtert. Zu diesem Zweck geschieht Folgendes:

- o Die Annahme ergänzender Vorschriften durch den gemischten Ausschuss gemäß Artikel 8.39.6 des CETA zur Verringerung der finanziellen Belastung für Kläger, bei denen es sich um natürliche Personen oder um kleine und mittlere Unternehmen handelt, wird vorangetrieben, sodass diese ergänzenden Vorschriften so rasch wie möglich angenommen werden können.
- o Unabhängig vom Ausgang der Gespräche im gemischten Ausschuss wird die Kommission angemessene Maßnahmen zur öffentlichen (Ko-)finanzierung von Klagen kleiner und mittlerer Unternehmen vor dieser Gerichtsbarkeit sowie die Bereitstellung technischer Hilfe vorschlagen.

Das in Artikel 8.28 des CETA vorgesehene Rechtsmittelverfahren wird so organisiert und verbessert, dass es geeignet ist, die Kohärenz der in erster Instanz ergangenen Entscheidungen zu gewährleisten und damit zur Rechtssicherheit beizutragen. Dies setzt insbesondere Folgendes voraus:

- o Die Zusammensetzung der Rechtsbehelfsinstanz wird so organisiert, dass eine größtmögliche Dienstbereitschaft gewährleistet ist.
- o Es wird vorgesehen, dass jedes Mitglied der Rechtsbehelfsinstanz verpflichtet ist, sich laufend über die Entscheidungen der Kammern der Rechtsbehelfsinstanz, denen es nicht angehört, zu informieren.

- o Die Rechtsbehelfsinstanz muss die Möglichkeit haben, in Angelegenheiten, in denen es um wichtige Grundsatzfragen geht oder in denen ihre Kammern unterschiedlicher Meinung sind, als "Große Kammer" zu tagen.

Der Rat unterstützt im Übrigen die Europäische Kommission in ihren Bestrebungen, darauf hinzuwirken, dass ein multilateraler Investitionsgerichtshof errichtet wird, der, sobald er errichtet ist, gemäß dem im CETA vorgesehenen Verfahren an die Stelle des mit dem CETA eingeführten bilateralen Systems treten wird.

### **37. Erklärung des Königreichs Belgien zu den Bedingungen für die Ermächtigung seitens des Föderalstaates und der föderierten Einheiten zur Unterzeichnung des CETA:**

- A. Belgien präzisiert, dass nach seinem Verfassungsrecht die Feststellung, dass die Ratifizierung des CETA im Sinne der Erklärung des Rates vom 18.10.2016 dauerhaft und endgültig fehlgeschlagen ist, das Ergebnis der Zustimmungsverfahren sein kann, die sowohl auf Ebene des föderalen Parlaments als auch auf Ebene jeder der parlamentarischen Versammlungen der Regionen und Gemeinschaften eingeleitet wurden.

Die betroffenen Behörden werden in den jeweils sie betreffenden Bereichen regelmäßig eine Bewertung der sozioökonomischen und ökologischen Auswirkungen der vorläufigen Anwendung des CETA vornehmen.

Sollte eine der föderierten Einheiten dem Föderalstaat mitteilen, dass sie endgültig und dauerhaft beschlossen hat, das CETA nicht zu ratifizieren, so unterrichtet der Föderalstaat den Rat spätestens ein Jahr nach Eingang der Mitteilung der betreffenden Einheit, dass Belgien endgültig und dauerhaft nicht in der Lage ist, das CETA zu ratifizieren. Die erforderlichen Schritte werden gemäß den EU-Verfahren unternommen werden.

- B. Belgien hat zur Kenntnis genommen, dass einige Bestimmungen des CETA, insbesondere über den Investitionsschutz und die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (Investitionsgerichtshof), gemäß dem Beschluss des Rates über die vorläufige Anwendung des CETA von der vorläufigen Anwendung des Abkommens ausgenommen sind. Es hat ferner zur Kenntnis genommen, dass jede Vertragspartei berechtigt ist, die vorläufige Anwendung des CETA gemäß Artikel 30.7 zu beenden.

Belgien wird den Gerichtshof der Europäischen Union um ein Gutachten bezüglich der Vereinbarkeit des Investitionsgerichtshofs mit den europäischen Verträgen, insbesondere im Lichte des Gutachtens 1/2014, ersuchen.

Sofern ihre Parlamente nichts anderes beschließen, beabsichtigen die Wallonische Region, die Französische Gemeinschaft, die Deutschsprachige Gemeinschaft, die Kommission der französischsprachigen Gemeinschaft und die Region Brüssel-Hauptstadt nicht, das CETA auf Grundlage des Systems für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investoren und Vertragsparteien, wie es in Kapitel 8 des CETA in der am Tag der Unterzeichnung des CETA vorliegenden Fassung vorgesehen ist, zu ratifizieren.

Die Flämische Region, die Flämische Gemeinschaft und die Region Brüssel-Hauptstadt begrüßen insbesondere die gemeinsame Erklärung der Europäischen Kommission und des Rates der Europäischen Union zum System des Investitionsgerichtshofs.

- C. Durch die Erklärung des Rates und der Mitgliedstaaten zu den Beschlüssen des Gemischten Ausschusses des CETA über die Zusammenarbeit in Regulierungsfragen für Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, wird bestätigt, dass diese Beschlüsse im gegenseitigen Einvernehmen des Rates und seiner Mitgliedstaaten getroffen werden müssen.

In diesem Zusammenhang erklären die Regierungen der föderierten Einheiten, dass sie beabsichtigen, soweit es um Angelegenheiten geht, die in ihre ausschließliche oder geteilte Zuständigkeit im Rahmen des belgischen Verfassungssystems fallen, ihrem Parlament jede Zusammenarbeit in Regulierungsfragen zur vorherigen Zustimmung zu unterbreiten und über jede sich daraus ergebende Regulierungsentscheidung zu informieren.

- D. Der Föderalstaat oder eine für den Bereich Landwirtschaft zuständige föderierte Einheit behält sich das Recht vor, im Falle eines Marktungleichgewichts die Schutzklausel zu aktivieren, auch wenn dieses Ungleichgewicht nur für ein einziges Erzeugnis festgestellt wird. Innerhalb von zwölf Monaten ab der Unterzeichnung des CETA werden konkrete Schwellenwerte festgelegt, um zu bestimmen, was unter einem Marktungleichgewicht zu verstehen ist. Belgien wird die auf diese Weise festgelegten Schwellenwerte im Rahmen des europäischen Beschlussfassungsprozesses verteidigen.

Belgien bekräftigt, dass das CETA die Rechtsvorschriften der Europäischen Union bezüglich der Zulassung, des Inverkehrbringens, der Anpflanzung und der Kennzeichnung von GVO und der mittels der neuen Züchtungstechnologien gewonnenen Erzeugnisse und insbesondere die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, den Anbau von GVO in ihrem Hoheitsgebiet einzuschränken oder zu untersagen, nicht beeinträchtigen darf. Außerdem bekräftigt Belgien, dass das CETA nicht verhindert, dass die Anwendung des Vorsorgeprinzips in der Europäischen Union, wie es im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union definiert ist, und insbesondere des Grundsatzes der Vorsorge, der in Artikel 191 AEUV genannt und in Artikel 168 Absatz 1 sowie Artikel 169 Absätze 1 und 2 AEUV weiter ausgeführt ist, garantiert wird.

Die föderale Regierung verpflichtet sich, ein von einer der föderierten Einheiten gestelltes Ersuchen bezüglich der geografischen Angaben (g.U. und g.g.A.) unverzüglich an die Europäische Union weiterzuleiten.

### **38. Erklärung des Juristischen Dienstes des Rates zur Rechtsnatur des Gemeinsamen Auslegungsinstruments**

Der Juristische Dienst des Rates bestätigt hiermit, dass nach Artikel 31 Absatz 2 Buchstabe b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge das Gemeinsame Auslegungsinstrument, das von den Vertragsparteien bei der Unterzeichnung des CETA angenommen werden soll und das den Kontext des CETA bildet, ein Bezugsdokument darstellt, das heranzuziehen ist, wenn bei der Umsetzung des CETA Probleme im Hinblick auf die Auslegung seines Wortlauts auftreten. Deshalb hat es Rechtskraft und verbindlichen Charakter.

## ANLAGE 4



Council of the  
European Union

Brussels, 28 October 2016  
(OR. en)

13887/16

WTO 310  
SERVICES 33  
CDN 29  
FDI 26

### **OUTCOME OF PROCEEDINGS**

---

From: Council

---

On: 28 October 2016

---

Subject: Council Conclusions on CETA

---

Delegations will find attached the Council Conclusions on CETA, as adopted by the Council (Written Procedure) on 28 October 2016.

**Council Conclusions on CETA**

The Council adopted the Decisions authorising the signature and provisional application of CETA between the European Union and its Member States and Canada and agreed to forward the agreement to the European Parliament for its consent.

The Council agreed that, pursuant to Article 1.2 of the Council Decision on provisional application, the date by which the notification referred to in Article 30.7(3) of the Agreement is to be sent to Canada shall be 17 February 2017, provided that the European Parliament has given its consent to the Agreement.

---

## ANLAGE 5

**Bundesrepublik Deutschland**

Berlin, den 6. Januar 2016

Gerichtshof der Europäischen Union  
– Kanzlei –  
2925 Luxemburg

Per e-Curia

**Thomas Henze**  
**Dr. Björn Beutler, LL.M.**  
Bevollmächtigte der Regierung  
der Bundesrepublik Deutschland

ZUSTELLUNGEN  
Bevorzugt per e-Curia oder an:  
Bundesministerium für  
Wirtschaft und Energie  
Referat EA5  
Scharnhorststr. 34 - 37  
10115 Berlin  
Deutschland  
Telefax: +49 30 18615 - 5334

## **Stellungnahme**

In dem Gutachtenverfahren 2/15

betreffend den Antrag der Europäischen Kommission nach Art. 218 Abs. 11 AEUV

zu der Frage, ob die Europäische Union über die erforderliche Zuständigkeit verfügt, um das geplante Freihandelsabkommen mit Singapur allein zu unterzeichnen und abzuschließen

nehmen wir namens und in Vollmacht der Regierung der Bundesrepublik Deutschland wie folgt Stellung:

## Inhaltsverzeichnis

A. EINLEITUNG .....	6
B. GRUNDLEGENDE RECHTSFRAGEN.....	7
I. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung .....	8
1. Primärrechtliche Verankerung .....	8
2. Kontrolle durch den Gerichtshof .....	9
3. Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung der Mitgliedstaaten .....	10
4. Zwischenergebnis .....	11
II. Reichweite des Art. 207 AEUV.....	11
1. In Art. 207 AEUV angelegte Begrenzungen der Reichweite dieser Vorschrift.....	12
2. Bedeutung von Querschnittsklauseln und Zielbestimmungen.....	13
a) Zu Art. 9 und Art. 11 AEUV .....	13
b) Zu Art. 21 Abs. 2 EUV .....	14
3. Keine Auslegung des Art. 207 AEUV als dynamischer Verweis auf das Wirtschaftsvölkerrecht.....	14
a) Rechtsprechung des Gerichtshofs zur gemeinsamen Handelspolitik .....	15
b) Rechtslage seit dem Vertrag von Lissabon.....	16
c) Aus der Auffassung der Kommission resultierende Unstimmigkeiten.....	17
aa) Widerspruch zur Rechtsprechung des Gerichtshofs.....	17
bb) Widerspruch zur Systematik des AEUV .....	18
III. Zwischenergebnis.....	19
C. BEISPIELE FÜR EINE ÜBERDEHNUNG DES ANWENDUNGSBEREICHS DES ART. 207 AEUV IN DEN AUSFÜHRUNGEN DER KOMMISSION .....	21
I. Zoll und Handelserleichterungen (Kapitel 6).....	21
1. Vorbringen der Kommission .....	21
2. Bewertung .....	22
II. Dienstleistungen, Niederlassung und elektronischer Geschäftsverkehr (Kapitel 8) .....	23
1. Gegenseitige Anerkennung beruflicher Qualifikationen .....	23
a) Vorbringen der Kommission.....	23
b) Bewertung .....	23
aa) Zur Richtlinie 2005/36/EG .....	24
bb) Zu den von der Kommission hergestellten Bezügen zum GATS .....	24
2. Finanzdienstleistungen.....	26
a) Vorbringen der Kommission.....	26
b) Bewertung .....	26
3. Hilfsdienstleistungen im Seeverkehr.....	27

a) Vorbringen der Kommission.....	28
b) Bewertung .....	29
III. Investitionen (Kapitel 9) .....	30
1. Von Art. 207 AEUV in Bezug auf ausländische Direktinvestitionen erfasste Regelungsgegenstände .....	31
a) Vorbringen der Kommission.....	31
b) Bewertung .....	32
2. Enteignungen .....	32
a) Vorbringen der Kommission.....	33
b) Bewertung .....	33
3. Kündigung mitgliedstaatlicher Investitionsförderverträge .....	34
a) Vorbringen der Kommission.....	35
b) Bewertung .....	35
4. Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten .....	37
a) Vorbringen der Kommission.....	38
b) Bewertung .....	38
aa) Zum Gutachten 1/91 .....	39
bb) Verhältnis zu den materiellrechtlichen Bestimmungen in Abschnitt A.....	40
cc) Bedeutung der finanziellen Verantwortung der Mitgliedstaaten.....	41
IV. Geistiges Eigentum (Kapitel 11) .....	42
1. Vorbringen der Kommission .....	43
2. Bewertung .....	43
a) Zum Begriff der „Handelsaspekte des geistigen Eigentums“ .....	44
b) Keine ausschließliche Vertragsschlusskompetenz der Union für das gesamte TRIPS-Übereinkommen.....	44
aa) Zur Annahme der Kommission .....	45
bb) Keine Übertragbarkeit des Urteils Daiichi Sankyo auf das EUSFTA.....	46
c) Zwischenergebnis.....	47
V. Nachhaltige Entwicklung (Kapitel 13).....	47
1. Vorbringen der Kommission .....	47
2. Bewertung .....	48
a) Arbeitsaspekte.....	49
b) Umweltaspekte.....	51
aa) Ausgangspunkt .....	51
bb) Beispiele .....	52
(1) Art. 13.1 EUSFTA.....	52
(2) Art. 13.2 EUSFTA.....	53

(3) Art. 13.6 EUSFTA.....	53
(4) Art. 13.7 EUSFTA.....	54
(5) Art. 13.10 EUSFTA.....	54
(6) Art. 13.11 EUSFTA.....	54
(7) Art. 13.12 EUSFTA.....	55
cc) Keine ungeschriebene ausschließliche Zuständigkeit der Union.....	55
VI. Transparenz (Kapitel 14) .....	56
1. Vorbringen der Kommission .....	56
2. Bewertung .....	57
a) Bezug zu den übrigen Regelungsgegenständen des EUSFTA .....	57
b) Erleichterung von Handel und Investitionen.....	57
c) Regelungen des Wirtschaftsvölkerrechts .....	58
aa) Regelungen zum Verwaltungsverfahren.....	59
bb) Regelungen zur Kontrolle von Verwaltungsverfahren.....	60
VII. Streitbeilegung (Kapitel 15) .....	60
1. Vorbringen der Kommission .....	60
2. Bewertung .....	61
VIII. Institutionelle, allgemeine und Schlussbestimmungen (Kapitel 17) .....	61
1. Vorbringen der Kommission .....	61
2. Bewertung .....	61
a) Umsatzsteuer .....	62
b) Kraftfahrzeug- und Luftverkehrsteuer .....	63
IX. Zwischenergebnis.....	63
<b>D. ZU DEN BESTIMMUNGEN DES EUSFTA, WELCHE DIE KOMMISSION ALS NICHT VON ART. 207 AEUV ERFASST ANSIEHT .....</b>	<b>63</b>
I. Dienstleistungen, Niederlassung und elektronischer Geschäftsverkehr (Kapitel 8) .....	64
1. Keine implizite ausschließliche Zuständigkeit der Union.....	64
a) Prüfungsmaßstab .....	64
b) Art. 8.56 Abs. 3 Buchst. b) EUSFTA .....	65
aa) Vorbringen der Kommission .....	66
bb) Bewertung.....	66
c) Art. 8.56 Abs. 6 EUSFTA .....	67
aa) Vorbringen der Kommission .....	68
bb) Bewertung.....	68
2. Zur hilfsweise geltend gemachten geteilten Zuständigkeit der Union.....	69
a) Vorbringen der Kommission.....	69
b) Bewertung .....	69

II. Investitionen (Kapitel 9) .....	71
1. Vorbringen der Kommission .....	71
2. Bewertung .....	72
a) Portfolioinvestitionen nicht Bestandteil der gemeinsamen Handelspolitik.....	72
b) Keine implizite ausschließliche Zuständigkeit der Union .....	73
aa) Bedeutung der Vorgaben des Art. 207 AEUV.....	73
bb) Bedeutung der Vorgaben des Art. 64 Abs. 2 AEUV.....	74
cc) Nichtvorliegen der Voraussetzungen einer impliziten ausschließlichen Zuständigkeit.....	75
(1) Schutzbereich des Art. 63 AEUV .....	76
(2) Beispiele .....	78
(a) Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ .....	78
(b) Gebot des „vollen Schutzes und der vollen Sicherheit“ .....	79
(3) Zwischenergebnis .....	79
c) Zur hilfsweise geltend gemachten geteilten Zuständigkeit der Union .....	79
III. Zwischenergebnis .....	81
E. ERGEBNIS .....	81

## A. EINLEITUNG

- 1 Mit Schriftsatz vom 10. Juli 2015 hat die Kommission beim Gerichtshof einen Antrag nach Art. 218 Abs. 11 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden: „AEUV“) eingereicht. Dieser Antrag bezieht sich auf das geplante Freihandelsabkommen mit der Republik Singapur (im Folgenden: „EUSFTA“).
- 2 Der von der Kommission ausgehandelte Text des EUSFTA<sup>1</sup> sieht vor, dass dieses Abkommen als so genanntes „Nur-EU“-Abkommen abgeschlossen wird. Dies bedeutet, dass hiernach ausschließlich die Europäische Union sowie die Republik Singapur Vertragsparteien des EUSFTA werden sollen. Eine Beteiligung der Mitgliedstaaten an der Unterzeichnung ist hingegen nicht vorgesehen. Nach dem Willen der Kommission soll also kein Abschluss in Form eines „gemischten“ Abkommens erfolgen.
- 3 Jedoch bestehen – wie die Kommission in ihrem Antrag zutreffend ausführt<sup>2</sup> – Zweifel daran, ob die Union über die erforderliche Zuständigkeit verfügt, um das EUSFTA als „Nur-EU“-Abkommen abzuschließen. Aus diesem Grund hat die Kommission entschieden, dem Rat zunächst keinen Vorschlag für die Unterzeichnung und den Abschluss des EUSFTA vorzulegen und stattdessen den Gerichtshof um ein Gutachten zu folgender Fragestellung zu ersuchen:

„Verfügt die Europäische Union über die erforderliche Zuständigkeit, um das Freihandelsabkommen mit Singapur allein zu unterzeichnen und abzuschließen?

Insbesondere:

- Welche Bestimmungen des Abkommens fallen in die ausschließliche Zuständigkeit der Union?
- Welche Bestimmungen des Abkommens fallen in die geteilte Zuständigkeit der Union?
- Fallen Bestimmungen des Abkommens in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten?“

- 4 Nach Ansicht der Kommission ist diese Frage zu bejahen. Sie vertritt, dass sich eine ausschließliche Zuständigkeit der Union für annähernd sämtliche Bestimmungen des EUSFTA aus den Vorschriften über die gemeinsame Handelspolitik nach Art. 207 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 AEUV herleiten lasse. Ausnahmen beständen

---

<sup>1</sup> Dieser Text ist dem Antrag der Kommission als Anhang 1 in englischer Sprache beigelegt.

<sup>2</sup> Antrag der Kommission, Rn. 3 f.

lediglich hinsichtlich der Bestimmungen des EUSFTA über grenzüberschreitende Verkehrsdienstleistungen sowie über Portfolioinvestitionen. Jedoch verfüge die Union auch mit Blick auf diese Bestimmungen des EUSFTA aufgrund anderer unionsrechtlicher Vorgaben über eine ausschließliche Zuständigkeit.<sup>3</sup>

- 5 Diese Auffassung der Kommission ist rechtsirrig. Denn wie die Bundesregierung in ihrer vorliegenden Stellungnahme darlegen wird, verfügt die Union nicht über die erforderliche Zuständigkeit, um das EUSFTA allein zu unterzeichnen und abzuschließen. Vielmehr können Unterzeichnung und Abschluss nur unter Beteiligung der Mitgliedstaaten erfolgen.
- 6 Zur Erläuterung wird die Bundesregierung zunächst auf einige grundlegende Rechtsfragen eingehen, die im vorliegenden Verfahren Berücksichtigung finden müssen (nachfolgend B.). Hieran anschließend wird sie mehrere Beispiele anführen, die verdeutlichen, dass die Kommission in ihrem Antrag den Anwendungsbereich des Art. 207 AEUV überdehnt (nachfolgend C.). Zudem wird die Bundesregierung darlegen, dass in den beiden Bereichen, welche die Kommission selbst als nicht von Art. 207 AEUV erfasst ansieht, mitgliedstaatliche Zuständigkeiten durch die Bestimmungen des EUSFTA tangiert sind (nachfolgend D.).
- 7 Darüber hinaus erlaubt sich die Bundesregierung bereits an dieser Stelle anzumerken, dass dem vorliegenden Verfahren eine Bedeutung zukommt, die erheblich über den Fall des EUSFTA hinausreicht. Denn die hierin aufgeworfenen Fragen zur Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Union und Mitgliedstaaten sind auch mit Blick auf weitere Freihandelsabkommen wie namentlich die geplante Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) mit den Vereinigten Staaten von Amerika sowohl von rechtlicher als auch von politischer Relevanz.

## **B. GRUNDLEGENDE RECHTSFRAGEN**

- 8 Die Antwort auf die Frage, ob ein völkerrechtliches Abkommen mit einem Drittstaat als „Nur-EU“-Abkommen oder als gemischtes Abkommen abzuschließen ist, richtet sich danach, auf welche Rechtsgrundlagen das betreffende Abkommen gestützt ist und wie weit die Abschlusskompetenz der Union insofern reicht. Im hier zu entscheidenden Fall geht die Kommission davon aus, dass der Union für annähernd sämtliche Bestimmun-

---

<sup>3</sup> Antrag der Kommission, Rn. 527.

gen des EUSFTA eine ausschließliche Zuständigkeit nach Art. 207 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 AEUV zukomme.

- 9 Um hierauf sachgerecht zu erwidern, bedarf es zunächst der Erörterung einiger grundsätzlicher Rechtsfragen. Daher wird die Bundesregierung vorweg auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (nachfolgend I.) sowie die Reichweite des Art. 207 AEUV (nachfolgend II.) eingehen.

### **I. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung**

- 10 Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens geht es im Kern um die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Union und Mitgliedstaaten mit Blick auf die im EUSFTA geregelten Materien. Jede diesbezügliche Prüfung muss ihren Ausgangspunkt in dem hierfür grundlegenden Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nehmen. Denn hierbei handelt es sich um den wesentlichen Eckpfeiler für die Verteilung der Zuständigkeiten im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund.<sup>4</sup>

#### **1. Primärrechtliche Verankerung**

- 11 Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist heute in Art. 5 Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union (im Folgenden: „EUV“) primärrechtlich verankert. Dort heißt es:

„Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten.“

- 12 Hierin manifestiert sich der Umstand, dass die Union durch die Mitgliedstaaten gegründet ist (Art. 1 EUV) und sie daher nur im Rahmen der ihr durch diese verliehenen Befugnisse tätig werden kann. Dementsprechend kommt dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung mit Blick auf die Zuständigkeiten der Union sowohl eine konstituierende als auch eine begrenzende Funktion zu:

- Einerseits wird der Union durch die ihr in den Verträgen zugewiesenen Zuständigkeiten die Befugnis zur eigenständigen Ausübung hoheitlicher Gewalt übertragen.

---

<sup>4</sup> *Lenaerts/Gerard*, E.L.Rev. 29 (2004), 289, 319.

- Andererseits findet diese Befugnis in den übertragenen Zuständigkeiten zugleich ihre Grenze.

## 2. Kontrolle durch den Gerichtshof

13 Die Einhaltung dieses Prinzips und damit die Wahrung der durch die Verträge geschaffenen Kompetenzordnung unterliegt vollumfänglich der Kontrolle durch den Gerichtshof. Aus seiner diesbezüglichen Rechtsprechung ist vor dem Hintergrund der Tatsache, dass es sich beim EUSFTA um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt, zunächst auf das Gutachten 2/94 hinzuweisen. Dort hat der Gerichtshof ausgeführt:

„Nach Artikel 3b des Vertrages wird die Gemeinschaft innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig; sie verfügt demnach nur über begrenzte Ermächtigungen. Dieser Grundsatz der begrenzten Ermächtigung gilt sowohl für internes als auch für völkerrechtliches Gemeinschaftshandeln.“<sup>5</sup>

- 14 Auch in seinem Gutachten 1/03 hat der Gerichtshof hervorgehoben, „dass die Gemeinschaft nur über begrenzte Ermächtigungen verfügt“.<sup>6</sup> Ferner hat er in seinem Gutachten 2/13 betont, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zu den die „Verfassungsstruktur der Union“ prägenden Grundsätzen zählt.<sup>7</sup>
- 15 Diese letztgenannte Aussage verdient besondere Aufmerksamkeit, da der Gerichtshof sie im Anschluss an den Vertrag von Lissabon getroffen hat. Dies ist für das vorliegende Verfahren umso bedeutsamer, als die Kommission in ihrem Antrag wiederholt den Versuch unternimmt, ihre Annahme einer ausschließlichen Zuständigkeit der Union für das EUSFTA durch Verweise auf die durch den Vertrag von Lissabon herbeigeführten Neuerungen zu untermauern.<sup>8</sup>
- 16 Diesbezüglich ist jedoch daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten als vertragschließende Parteien mit Blick auf die der Union durch den Vertrag von Lissabon neu zugewiesenen Kompetenzen die Bedeutung des Prinzips der begrenzten Einzeler-

---

<sup>5</sup> Gutachten 2/94, *Beitritt der Gemeinschaft zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, EU:C:1996:140, Rn. 23 f. (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>6</sup> Gutachten 1/03, *Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Abschluss des neuen Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, EU:C:2006:81, Rn. 124.

<sup>7</sup> Gutachten 2/13, *Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, EU:C:2014:2454, Rn. 164 f.

<sup>8</sup> Antrag der Kommission, u. a. Rn. 10, 30, 288, 391, 469.

mächtigung stets ausdrücklich betont haben. So heißt es etwa in der Erklärung Nr. 24 der Schlussakte der Regierungskonferenz zum Vertrag von Lissabon:

„Die Konferenz bestätigt, dass der Umstand, dass die Europäische Union Rechtspersönlichkeit hat, die Union keinesfalls ermächtigt, über die ihr von den Mitgliedstaaten in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten hinaus gesetzgeberisch tätig zu sein oder über diese Zuständigkeiten hinaus zu handeln.“<sup>9</sup>

### 3. Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung der Mitgliedstaaten

17 Auch die zum Vertrag von Lissabon ergangene Rechtsprechung der Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten spiegelt die Bedeutung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung wider.

18 So führt das deutsche Bundesverfassungsgericht in seinem diesbezüglichen Urteil aus:

„Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist deshalb nicht nur ein europarechtlicher Grundsatz (Art. 5 Abs. 1 EGV; Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EUV-Lissabon; [...]), sondern nimmt – ebenso wie die Pflicht der Europäischen Union, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten (Art. 6 Abs. 3 EUV; Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV-Lissabon) – mitgliedstaatliche Verfassungsprinzipien auf. Das europarechtliche Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die europarechtliche Pflicht zur Identitätsachtung sind insoweit vertraglicher Ausdruck der staatsverfassungsrechtlichen Grundlegung der Unionsgewalt.“<sup>10</sup>

19 Ferner heißt es dort:

„Die ‚Verfassung Europas‘, das Völkervertrags- oder Primärrecht, bleibt eine abgeleitete Grundordnung. Sie begründet eine im politischen Alltag durchaus weitreichende, aber immer sachlich begrenzte überstaatliche Autonomie.“<sup>11</sup>

20 Hiervon ausgehend hat das Bundesverfassungsgericht anerkannt, dass eine Tendenz der Unionsorgane zur Besitzstandswahrung (acquis communautaire) und zur wirksamen Kompetenzauslegung im Sinne der effet utile-Regel hinzunehmen ist.<sup>12</sup> Es hat aber zugleich betont, dass dies nicht schrankenlos erfolgen darf, sondern vielmehr sichergestellt sein muss,

---

<sup>9</sup> ABl. C 306 vom 17. Dezember 2007, S. 258.

<sup>10</sup> Urteil 2 BvE 2/08, DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208, Rn. 234.

<sup>11</sup> Urteil 2 BvE 2/08, zitiert in Fn. 10, Rn. 231 (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>12</sup> Urteil 2 BvE 2/08, zitiert in Fn. 10, Rn. 237.

„dass die europäische Integration weiter nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung erfolgt, ohne dass für die Europäische Union die Möglichkeit besteht, sich der Kompetenz-Kompetenz zu bemächtigen oder die integrationsfeste Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten, hier des Grundgesetzes, zu verletzen.“<sup>13</sup>

- 21 Diese Notwendigkeit wird auch in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung anderer Mitgliedstaaten zum Ausdruck gebracht. So führt der tschechische Ústavní Soud in den Leitsätzen seines ersten Urteils zum Vertrag von Lissabon aus:

„If, on the basis of a transfer of powers, an international organization could continue to change its powers at will, and independently of its members, i.e. if a constitutional competence (competence relating to competence) were transferred to it, this would be a transfer inconsistent with Art. 1 par. 1 and Art. 10a of the Constitution.“<sup>14</sup>

#### **4. Zwischenergebnis**

- 22 Nach alledem ist die Sicherung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung sowohl aus unionsrechtlicher als auch aus verfassungsrechtlicher Sicht der Mitgliedstaaten unverzichtbar.

#### **II. Reichweite des Art. 207 AEUV**

- 23 Diesem Maßstab wird die Kommission mit der Argumentation in ihrem Antragschriftsatz nicht gerecht. Dies gilt namentlich für die von ihr vertretene Auffassung zur Reichweite der Zuständigkeiten, welche der Union im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik zukommen.
- 24 Insofern wurde bereits erwähnt, dass die Kommission aus Art. 207 AEUV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 AEUV eine ausschließliche Zuständigkeit der Union für annähernd sämtliche Bestimmungen des EUSFTA herleiten möchte, wovon sie lediglich für grenzüberschreitende Verkehrsdienstleistungen sowie Portfolioinvestitionen eine Ausnahme macht.<sup>15</sup> Dieses Vorbringen führt zu einer Überdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 207 AEUV, dem auf diese Weise unionsrechtswidrig der Charakter einer kompetenzrechtlichen Generalklausel beigemessen wird.

---

<sup>13</sup> Urteil 2 BvE 2/08, zitiert in Fn. 10, Rn. 239.

<sup>14</sup> Urteil Pl. ÚS 19/08, URL: <http://www.usoud.cz/en/decisions/20081126-pl-us-1908-treaty-of-lisbon-i/> [Stand: 26. Oktober 2015].

<sup>15</sup> Vgl. oben Rn. 4.

25 Da sich die Kommission diesbezüglich nicht nur zu konkreten Bestimmungen des EUSFTA äußert, sondern mehrfach auch allgemeine Aussagen zur Reichweite des Art. 207 AEUV trifft,<sup>16</sup> sieht sich auch die Bundesregierung zu einigen grundlegenden Feststellungen veranlasst.

### **1. In Art. 207 AEUV angelegte Begrenzungen der Reichweite dieser Vorschrift**

26 So ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Verfasser der Verträge in Art. 207 AEUV selbst eine Bekräftigung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung verankert haben. Dessen Absatz 6 besagt nämlich im ersten Teilsatz, dass

„[d]ie Ausübung der durch diesen Artikel übertragenen Zuständigkeiten im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik [...] keine Auswirkungen auf die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Union und den Mitgliedstaaten“

hat.

27 Entgegen der Auffassung der Kommission<sup>17</sup> betrifft diese Zuständigkeitsabgrenzung nicht lediglich die Innenkompetenzen. Denn Art. 5 Abs. 2 EUV, in dessen Lichte Art. 207 Abs. 6 AEUV zu lesen ist, spricht von den „in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten“ und unterscheidet dabei nicht zwischen Innen- und Außenkompetenzen. Dem muss bei der Auslegung von Art. 207 Abs. 1 AEUV Rechnung getragen werden.

28 Demgegenüber legt die Kommission ihrer Argumentation ein Verständnis des Art. 207 AEUV zugrunde, das diese Grenzen sprengt. Zu diesem Zweck stützt sie sich

- auf die Zielbestimmungen in Art. 9 und Art. 11 AEUV,<sup>18</sup>
- auf die Ziele und Grundsätze des auswärtigen Handelns in Art. 21 Abs. 2 EUV<sup>19</sup> sowie
- auf die allgemeine Überlegung, dass die gemeinsame Handelspolitik insbesondere nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon weit und „dynamisch“ auszulegen sei.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Antrag der Kommission, Rn. 30 ff., 448 ff.

<sup>17</sup> Antrag der Kommission, Rn. 311.

<sup>18</sup> Antrag der Kommission, Rn. 38 f., 468.

<sup>19</sup> Antrag der Kommission, Rn. 37, 469.

<sup>20</sup> Antrag der Kommission, Rn. 30 ff.

- 29 Im Ergebnis liest die Kommission damit den Art. 207 AEUV als Generalklausel für die Begründung der ausschließlichen Zuständigkeit der Union zum Abschluss von Handels- und Investitionsschutzabkommen mit Drittstaaten. Diese Lesart läuft auf eine Überdehnung der gemeinsamen Handelspolitik hinaus, die mit dem geltenden Unionsrecht nicht vereinbar ist.

## **2. Bedeutung von Querschnittsklauseln und Zielbestimmungen**

- 30 Insofern bedarf es zunächst der Klarstellung, dass bloße Zielbestimmungen in den Verträgen keine tragfähige Grundlage für eine erweiternde Auslegung der Sachmaterie der gemeinsamen Handelspolitik bilden.

### **a) Zu Art. 9 und Art. 11 AEUV**

- 31 In ihrem Antragsschriftsatz zieht die Kommission Art. 9 und Art. 11 AEUV heran, um den Anwendungsbereich der gemeinsamen Handelspolitik auf Maßnahmen zu Nachhaltigkeit, Arbeitsschutz und Umweltschutz zu erstrecken.<sup>21</sup> Die erstgenannte Vorschrift sieht vor, dass die Union in allen Politikbereichen gewisse soziale Aspekte beachtet. Die letztgenannte Bestimmung trifft eine vergleichbare Aussage für die Erfordernisse des Umweltschutzes. Damit handelt es sich hierbei um so genannte Querschnittsklauseln, die keine Kompetenz der Union begründen, sondern vielmehr das Bestehen einer solchen voraussetzen.
- 32 Dieser Mangel an eigenständiger Bedeutung führt entgegen den Andeutungen der Kommission nicht dazu, dass die in Art. 9 und Art. 11 AEUV enthaltenen Anforderungen für Fälle wie den vorliegenden gegenstandslos werden. Denn die Querschnittsklauseln skizzieren Leitlinien für die Ausübung einer bestehenden Kompetenz. Dies führt dazu, dass Entscheidungen nicht allein aufgrund der spezifischen Interessen eines einzelnen Sachgebiets – hier also der Handelspolitik – getroffen werden sollen, sondern unter Berücksichtigung der in Art. 9 und Art. 11 AEUV genannten Belange. Verdeutlicht wird dies bereits durch den Wortlaut dieser beiden Vorschriften, in denen es heißt, dass die Union bestimmten Erfordernissen „Rechnung trägt“ bzw. dass diese Erfordernisse „einbezogen werden“.
- 33 Damit lässt sich festhalten, dass Art. 9 und Art. 11 AEUV für die gemeinsame Handelspolitik durchaus Bedeutung zukommt, aber lediglich als Ermessenseinschränkung für handelspolitische Entscheidungen und nicht als Grundlage für die Einbeziehung

---

<sup>21</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 18.

nichthandelsbezogener Angelegenheiten in die ausschließliche Kompetenz der Union nach Art. 207 AEUV.

**b) Zu Art. 21 Abs. 2 EUV**

- 34 In ebensolcher Weise können auch die in Art. 21 Abs. 2 EUV benannten Ziele und Grundsätze des auswärtigen Handelns der Union nicht herangezogen werden, um eine Zugehörigkeit nichthandelsbezogener Sachmaterien zum Bereich der gemeinsamen Handelspolitik zu begründen.
- 35 Die Kommission argumentiert insofern mit dem Wortlaut des Art. 207 Abs. 1 Satz 2 AEUV, der bestimmt, dass die gemeinsame Handelspolitik „im Rahmen der Grundsätze und Ziele des auswärtigen Handelns der Union gestaltet“ wird. Dies beinhaltet einen Verweis auf die in Art. 21 Abs. 2 EUV genannten Ziele. Aus diesem Zusammenhang zieht die Kommission den Schluss, alle jene Ziele seien auch handelspolitische Ziele.<sup>22</sup>
- 36 Diese Sichtweise ist unzutreffend. Zwar verdeutlicht die Bezugnahme auf Art. 21 Abs. 2 EUV in Art. 207 Abs. 1 Satz 2 AEUV, dass die gemeinsame Handelspolitik im größeren Kontext der Außenpolitik der Union steht. Jedoch geht hiermit keine Klassifizierung aller in Art. 21 Abs. 2 EUV genannten außenpolitischen Ziele als handelspolitische Ziele einher. Vielmehr zeigt die Regelung des Art. 21 Abs. 2 EUV, dass Handelsabkommen auch ein Instrument der Außenpolitik darstellen. Dementsprechend sind die in der letztgenannten Vorschrift aufgeführten Ziele – wie etwa die nach ihrem Buchstaben b) zu fördernde Demokratie und Rechtsstaatlichkeit – bei der Entscheidung über den Abschluss von Freihandelsabkommen zu berücksichtigen. Aber diese außenpolitischen Ziele bilden ebenso wenig wie die Regelungen in Art. 9 und Art. 11 AEUV eine hinreichende Basis für die Einbeziehung nichthandelsbezogener Angelegenheiten in die ausschließliche Zuständigkeit der Union nach Art. 207 AEUV.

**3. Keine Auslegung des Art. 207 AEUV als dynamischer Verweis auf das Wirtschaftsvölkerrecht**

- 37 Dass die Kommission Querschnittsklauseln und Zielbestimmungen heranzieht, um den Inhalt der gemeinsamen Handelspolitik zu bestimmen, ist letztlich Ausdruck der in ihrem Antrag wiederholt vertretenen These, die gemeinsame Handelspolitik sei weit und

---

<sup>22</sup> Antrag der Kommission, Rn. 469; vgl. auch die Überschrift des zugehörigen Titels 3.14.2.2 („Das Unionsrecht sieht die Einbeziehung bestimmter nichthandelsbezogener Angelegenheiten in die gemeinsame Handelspolitik vor“).

dynamisch auszulegen.<sup>23</sup> Der Sache nach möchte die Kommission hiermit Art. 207 AEUV als dynamischen Verweis auf das Wirtschaftsvölkerrecht verstanden wissen.

- 38 Dieses Verständnis basiert jedoch auf einer unvollständigen Würdigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs (nachfolgend a) sowie der Rechtslage seit dem Vertrag von Lissabon (nachfolgend b).

#### **a) Rechtsprechung des Gerichtshofs zur gemeinsamen Handelspolitik**

- 39 Die Kommission macht geltend, „[n]ach ständiger Rechtsprechung“ müsse Art. 207 AEUV „in ‚nicht einschränkender‘ und dynamischer Weise [...] ausgelegt werden“.<sup>24</sup> Hierzu beruft sie sich namentlich auf die Gutachten 1/78<sup>25</sup> und 1/94<sup>26</sup>. Der Gerichtshof habe im erstgenannten Gutachten die Notwendigkeit betont, die gemeinsame Handelspolitik dynamisch auszulegen. Dies habe er im letztgenannten Gutachten bestätigt, indem er vom „offene[n] Charakter der gemeinsamen Handelspolitik“<sup>27</sup> sprach.<sup>28</sup>
- 40 Tatsächlich hat der Gerichtshof in den 1970er sowie 1980er Jahren eine weite Auslegung der gemeinsamen Handelspolitik vorgenommen, wonach der entsprechende Kompetenztitel als dynamischer Verweis auf das Wirtschaftsvölkerrecht zu verstehen sei.<sup>29</sup>
- 41 Jedoch kann nur eine sehr selektive Lesart des Gutachtens 1/94 zu der Annahme führen, der Gerichtshof habe hierin sein früheres extensives Verständnis fortgeführt. Richtig ist vielmehr, dass er bereits in derjenigen Randnummer des Gutachtens 1/94, welche auf die von der Kommission zitierte Randnummer<sup>30</sup> folgt, von der Prämisse abrückt, alle im Wirtschaftsvölkerrecht geregelten Materien seien automatisch auch integraler Bestandteil der gemeinsamen Handelspolitik. Der Gerichtshof stellt nämlich fest, man müsse zusätzlich „prüfen, ob das System des Vertrages in seiner Gesamtheit nicht der Einbeziehung [der fraglichen Sachmaterie] in Artikel 113 Grenzen zieht“.<sup>31</sup>

---

<sup>23</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 20.

<sup>24</sup> Antrag der Kommission, Rn. 34.

<sup>25</sup> Gutachten 1/78, *Internationales Naturkautschukübereinkommen*, EU:C:1979:224,

<sup>26</sup> Gutachten 1/94, *Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Abschluss völkerrechtlicher Abkommen auf dem Gebiet der Dienstleistungen und des Schutzes des geistigen Eigentums*, EU:C:1994:384.

<sup>27</sup> Gutachten 1/94, zitiert in Fn. 27, Rn. 41.

<sup>28</sup> Antrag der Kommission, Rn. 36.

<sup>29</sup> Gutachten 1/78, zitiert in Fn. 25, insbesondere Rn. 44 f.; Urteil *Kommission / Rat*, C-45/86, EU:C:1987:163, Rn. 19 f.

<sup>30</sup> Vgl. den Nachweis in Fn. 27.

<sup>31</sup> Gutachten 1/94, zitiert in Fn. 27, Rn. 42.

42 Der hierin zum Ausdruck kommende Wandel in der Rechtsprechung zur gemeinsamen Handelspolitik hatte sich bereits zuvor abgezeichnet. So äußerte der Gerichtshof etwa in seinem Gutachten 1/91 zum Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum:

„Die wörtliche Übereinstimmung der Bestimmungen des Abkommens mit den entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen bedeutet nicht, daß beide notwendigerweise gleich auszulegen sind.“<sup>32</sup>

43 Hiernach lässt sich festhalten, dass der bloße Umstand, dass eine Sachmaterie auch im WTO-Recht geregelt ist, nicht ausreichend ist für die Annahme, diese Sachmaterie sei auch von Art. 207 AEUV erfasst. Vielmehr hat der Gerichtshof spätestens mit seinem Gutachten 1/94 die Auffassung aufgegeben, die gemeinsame Handelspolitik sei als dynamischer Verweis auf das Wirtschaftsvölkerrecht zu verstehen. Vor diesem Hintergrund können das Gutachten 1/78 sowie das Urteil in der Rechtssache C-45/86 heute nicht mehr zur Begründung einer dynamischen Lesart der gemeinsamen Handelspolitik herangezogen werden.

44 Ferner ist darauf hinzuweisen, dass auch die übrigen Urteile, welche die Kommission in diesem Zusammenhang anführt,<sup>33</sup> ihre Lesart des Art. 207 AEUV nicht zu stützen vermögen. In diesen Urteilen hat der Gerichtshof nämlich nicht ausgesprochen, dass die Auslegung der gemeinsamen Handelspolitik „dynamisch“ und damit extensiv zu erfolgen habe. Vielmehr trifft er lediglich die Feststellung, es dürfe keine „einschränkende“ und damit restriktive Interpretation dieses Begriffs vorgenommen werden.<sup>34</sup> Auch ansonsten lassen sich diese Urteile nicht zur Untermauerung der weiten Auslegung des Art. 207 AEUV durch die Kommission heranziehen. Denn beide Entscheidungen betreffen die Ausfuhr von so genannten Dual-use-Gütern und damit einen Sachbereich, der unstreitig zur gemeinsamen Handelspolitik zählt. Mithin kann hieraus nichts für eine Auslegung der Reichweite der gemeinsamen Handelspolitik über den Warenverkehr hinaus abgeleitet werden.

#### **b) Rechtslage seit dem Vertrag von Lissabon**

45 Entgegen der Auffassung der Kommission<sup>35</sup> hat auch das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon nicht dazu geführt, dass die gemeinsame Handelspolitik (wieder) dynamisch auszulegen wäre.

---

<sup>32</sup> Gutachten 1/91, *Europäischer Wirtschaftsraum*, EU:C:1991:490, Rn. 14.

<sup>33</sup> Antrag der Kommission, Fn. 10 zu Rn. 34.

<sup>34</sup> Urteil *Werner*, C-70/94, EU:C:1995:328, Rn. 9; Urteil *Leifer*, C-83/94, EU:C:1995:329, Rn. 9.

<sup>35</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 8.

- 46 Wie sich aus der heutigen Fassung des Art. 207 Abs. 1 AEUV ergibt, umfasst die gemeinsame Handelspolitik nunmehr auch Dienstleistungen, die Handelsaspekte des geistigen Eigentums sowie ausländische Direktinvestitionen. Die Kommission vertritt hierzu, Ziel dieser Änderung des Art. 207 AEUV sei es gewesen, die gemeinsame Handelspolitik den zunehmend komplexeren Beziehungen in der Weltwirtschaft anzupassen. Dabei argumentiert sie namentlich unter Verweis auf die Existenz so genannter globaler „Wertschöpfungsketten“.<sup>36</sup>
- 47 Dem ist zu widersprechen. Zwar trifft es zu, dass es durch den Vertrag von Lissabon zu einer Erweiterung der gemeinsamen Handelspolitik gekommen ist. Jedoch führt diese Erweiterung allein dazu, dass einige Sachmaterien, die zuvor in die geteilte Zuständigkeit der Union und der Mitgliedstaaten fielen, nunmehr in der ausschließlichen Zuständigkeit der Union liegen. Eine „dynamische“ – und damit inhaltliche – Erweiterung der einzelnen Sachmaterien, welche in die Zuständigkeit der Union fallen, ist hiermit hingegen nicht verbunden. Im Gegenteil bekräftigt die Aufzählung dreier genau spezifizierter Themen auch für den Bereich der Handelspolitik das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung.
- 48 Vor diesem Hintergrund lassen sich auch die durch den Vertrag von Lissabon herbeigeführten Änderungen des Art. 207 AEUV nicht als Beleg dafür anführen, dass bei der Auslegung des heute geltenden Unionsrechts (wieder) an das weite Begriffsverständnis der gemeinsamen Handelspolitik aus dem Gutachten 1/78 anzuknüpfen wäre.

### **c) Aus der Auffassung der Kommission resultierende Unstimmigkeiten**

- 49 Zudem ist darauf hinzuweisen, dass das von der Kommission vertretene weite und dynamische Verständnis der gemeinsamen Handelspolitik zu erheblichen Unstimmigkeiten führt. Dies gilt sowohl mit Blick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs (nachfolgend aa) als auch hinsichtlich der Systematik des AEUV (nachfolgend bb).

#### **aa) Widerspruch zur Rechtsprechung des Gerichtshofs**

- 50 Die Auslegung, welche die Kommission dem Art. 207 AEUV geben möchte, würde dazu führen, dass eine Maßnahme bereits dann unter die gemeinsame Handelspolitik zu fassen ist, wenn sie sich in irgendeiner Weise auf den internationalen Handelsverkehr auswirkt.

---

<sup>36</sup> Antrag der Kommission, Rn. 10.

- 51 Dies steht im Widerspruch zu der – von der Kommission selbst angeführten<sup>37</sup> – Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach ein Rechtsakt (nur) dann Teil der gemeinsamen Handelspolitik sein kann, „wenn er speziell den internationalen Warenaustausch betrifft, weil er im Wesentlichen den Handelsverkehr fördern, erleichtern oder regeln soll und sich direkt und sofort auf ihn auswirkt“.<sup>38</sup>
- 52 Mit dieser zweigliedrigen Definition aus Zielrichtung und Wirkung nimmt der Gerichtshof eine Abgrenzung vor zwischen
- Maßnahmen, die speziell den internationalen Handelsverkehr betreffen einerseits und
  - Maßnahmen, die lediglich „bestimmte Auswirkungen“ auf den internationalen Handelsverkehr haben, andererseits.<sup>39</sup>
- 53 Diese Unterscheidung wird verwischt, wenn die Kommission unter Zugrundelegung ihres weiten Verständnisses vertritt, Maßnahmen betreffen (bereits deswegen) speziell den internationalen Handelsverkehr, weil sie sich auf letzteren auswirken und ihn daher fördern sollen.<sup>40</sup>
- 54 Dass ein solcher Schluss von der Wirkung auf das Ziel bei der Auslegung der gemeinsamen Handelspolitik unzulässig ist, lässt sich bereits der zu Art. 207 AEUV ergangenen Rechtsprechung entnehmen. Als Beispiel hierfür ist etwa das Gutachten 2/00 zu nennen, in welchem der Gerichtshof eine handelsbeschränkende und sich damit direkt auf den Handelsverkehr auswirkende Maßnahme als nicht der gemeinsamen Handelspolitik zugehörig klassifiziert hat.<sup>41</sup>

#### **bb) Widerspruch zur Systematik des AEUV**

- 55 Ferner ist nochmals<sup>42</sup> darauf hinzuweisen, dass die Auslegung des Art. 207 AEUV durch die Kommission darauf hinausläuft, dieser Vorschrift den Charakter einer Generalklausel zuzusprechen, was mit dem geltenden Unionsrecht nicht vereinbar ist. Na-

---

<sup>37</sup> Antrag der Kommission, Rn. 33.

<sup>38</sup> Urteil *Kommission / Rat*, C-137/12, EU:C:2013:675, Rn. 57.

<sup>39</sup> Urteil *Kommission / Rat*, zitiert in Fn. 38, Rn. 57.

<sup>40</sup> So z. B. Antrag der Kommission, Rn. 80 im Zusammenhang mit gesundheitspolizeilichen und pflanzenschutzrechtlichen Maßnahmen.

<sup>41</sup> Gutachten 2/00, *Protokoll von Cartagena*, EU:C:2001:664, Rn. 40.

<sup>42</sup> Vgl. oben Rn. 24 und Rn. 29.

mentlich liegt hierin ein Widerspruch zur Systematik des AEUV und der hierin enthaltenen Kompetenztitel betreffend das Rechtsetzungsverfahren.

- 56 Tatsächlich kennt der AEUV nur einen Kompetenztitel, dem der Charakter einer Generalklausel zukommt. Hierbei handelt es sich um die Bestimmung des Art. 352 AEUV. Letzterer gestattet der Union unter bestimmten Voraussetzungen ein kompetenzergänzendes Handeln, auch wenn sich hierfür in den Verträgen sonst keine explizite Befugnis findet.
- 57 Diesbezüglich muss besonders hervorgehoben werden, dass ein rechtsetzendes Tätigwerden der Union auf Grundlage des Art. 352 AEUV Einstimmigkeit im Rat erfordert. Demgegenüber entscheidet der Rat im Rahmen der gemeinsamen Handelspolitik in der Regel mit qualifizierter Mehrheit (Art. 207 Abs. 4 Satz 1 AEUV). Damit hätte die von der Kommission favorisierte weite Auslegung des Art. 207 AEUV letztlich zur Folge, dass die im AEUV vorgesehenen Abstimmungs- und Mehrheitserfordernisse keine hinreichende Beachtung fänden.

### **III. Zwischenergebnis**

- 58 Nach alledem ist festzuhalten, dass die Kommission in ihrer Argumentation bereits von einem unzutreffenden Grundansatz ausgeht, da sie
- erstens die Bedeutung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung verkennt und
  - zweitens die Reichweite der aus Art. 207 AEUV resultierenden Zuständigkeiten der Union für die gemeinsame Handelspolitik überdehnt.

Schon von daher kann ihr nicht gefolgt werden, wenn sie die Auffassung vertritt, die Union verfüge über die erforderliche Zuständigkeit, um das EUSFTA als „Nur-EU“-Abkommen abzuschließen.

- 59 Um dies weiter zu erläutern, wird die Bundesregierung im Folgenden mehrere Beispiele anführen, in denen die Kommission in ihrem Antragsschriftsatz zu Unrecht vom Bestehen einer ausschließlichen Zuständigkeit der Union nach Art. 207 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 AEUV ausgeht (nachfolgend C.). Hieran anschließend wird sie zeigen, dass auch mit Blick auf diejenigen Bestimmungen des EUSFTA, welche die Kommission selbst als nicht von Art. 207 AEUV erfasst ansieht, keine ausschließliche Zuständigkeit der Union besteht (nachfolgend D.).

60 Zuvor ist jedoch noch daran zu erinnern, dass es nach Maßgabe des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung nicht Sache der Mitgliedstaaten ist darzulegen, dass eine bestimmte Sachmaterie in ihre eigene Zuständigkeit fällt. Vielmehr lässt sich der Rechtsprechung des Gerichtshofs entnehmen, dass es der Kommission obliegt, „die Ausschließlichkeit der Außenkompetenz der Union nachzuweisen, auf die sie sich berufen möchte“.<sup>43</sup>

61 Dementsprechend bedarf es im Folgenden nicht der Analyse sämtlicher von der Kommission vorgebrachter Aspekte. Vielmehr genügt es, wenn auch nur ein einzelner im EUSFTA geregelter Sachbereich nicht in die von der Kommission geltend gemachte Zuständigkeit der Union fällt, damit die dem Gerichtshof im Rahmen des vorliegenden Verfahrens vorgelegte Frage zu verneinen ist. Denn

„[s]chon einzelne Teilaspekte eines Abkommens, für die der Gemeinschaft intern die Zuständigkeit fehlt, ‚infizieren‘ das Abkommen als Ganzes und machen es insgesamt von der einvernehmlichen Zustimmung der Mitgliedstaaten abhängig.“<sup>44</sup>

Insofern lässt sich mit Generalanwältin Kokott auf einen von der Kommission selbst verwendeten Vergleich hinweisen und festhalten, dass ebenso, „wie ein kleiner Tropfen Pastis ein Glas Wasser trüben kann“, auch einzelne „noch so untergeordnete“ Bestimmungen in einem internationalen Vertragswerk den Zwang zum Abschluss eines gemischten Abkommens auslösen können.<sup>45</sup>

62 Nach dieser so genannten „Pastis-Theorie“ ist also keine quantitative Betrachtung maßgeblich. Mit anderen Worten ist es unzulässig, aus einer – etwaigen – Zuständigkeit der Union für einen Großteil der Materien, welche im EUSFTA geregelt sind, den Schluss zu ziehen, dass die Union für das gesamte EUSFTA die Zuständigkeit besitzt. Vielmehr bedarf es einer Betrachtung der jeweiligen in sich abgeschlossenen Regelungen des EUSFTA. Insofern wird im Folgenden gezeigt werden, dass es eine erhebliche Zahl von Fällen gibt, in denen die Kommission zu Unrecht davon ausgeht, es würden durch die jeweilige im EUSFTA getroffene Regelung keine mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten berührt.

63 Die Bundesregierung möchte dabei ausdrücklich betonen, dass es sich bei diesen nachfolgend angesprochenen Fällen lediglich um Beispiele handelt, die keinen ab-

---

<sup>43</sup> Urteil *Kommission / Rat*, C-114/12, EU:C:2014:2151, Rn. 74 f.

<sup>44</sup> Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in *Kommission / Rat*, C-13/07, EU:C:2009:190, Rn. 121.

<sup>45</sup> Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in *Kommission / Rat*, zitiert in Fn. 44, Rn. 121 f.

schließenden Charakter haben. Dementsprechend liegt in der Tatsache, dass andere im EUSFTA getroffene Regelungen in der deutschen Stellungnahme nicht angesprochen werden, keinerlei Zugeständnis dergestalt, dass diese nicht angesprochenen Regelungen in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fallen.

### **C. BEISPIELE FÜR EINE ÜBERDEHNUNG DES ANWENDUNGSBEREICHES DES ART. 207 AEUV IN DEN AUSFÜHRUNGEN DER KOMMISSION**

- 64 In den nachstehend genannten Beispielsfällen vertritt die Kommission, der Union komme nach Maßgabe des Art. 207 AEUV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 AEUV eine ausschließliche Zuständigkeit für die im EUSFTA getroffenen Regelungen zu. Diese Auffassung stellt sich jedoch als Folge jener Überdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 207 AEUV dar, die vorstehend in den Randnummern 23 ff. erläutert wurde.
- 65 Daher sieht es die Bundesregierung als geboten an, den diesbezüglichen Ausführungen der Kommission entgegenzutreten.

#### **I. Zoll und Handelserleichterungen (Kapitel 6)**

- 66 Kapitel 6 des EUSFTA enthält Regelungen über Zoll und Handelserleichterungen. Dort heißt es in Art. 6.1 Abs. 1 EUSFTA:

„The Parties recognise the importance of customs and trade facilitation matters in the evolving global trading environment. The Parties agree to reinforce cooperation in this area with a view to ensuring that the relevant legislation and procedures, as well as the administrative capacity of the relevant administrations, fulfil the objectives of promoting trade facilitation while ensuring effective customs control.“

##### **1. Vorbringen der Kommission**

- 67 Nach Auffassung der Kommission wird in dieser Bestimmung „eindeutig festgelegt, dass das primäre Ziel des Kapitels 6 darin besteht, den Warenhandel bei gleichzeitiger Gewährleistung wirksamer Zollkontrollen zu erleichtern“.<sup>46</sup> Zugleich leitet sie aus Art. 6.1 EUSFTA für das gesamte Kapitel 6 ab, letzteres betreffe speziell den internationalen Warenhandel und falle daher in die ausschließliche Zuständigkeit der Union nach Art. 207 AEUV.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Antrag der Kommission, Rn. 82.

<sup>47</sup> Antrag der Kommission, Rn. 82.

## 2. Bewertung

- 68 Diese Ausführungen illustrieren beispielhaft, in welcher Weise die Kommission die Reichweite des Art. 207 AEUV überdehnt.
- 69 Zwar ist unstrittig, dass der Union die ausschließliche Zuständigkeit in den Bereichen Zoll und gemeinsame Handelspolitik zukommt. Dies folgt aus Art. 206 AEUV und Art. 207 AEUV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 Buchst. a) und Buchst. e) AEUV. Jedoch ist hiervon nicht die in Art. 6.1 Abs. 1 Satz 2 EUSFTA geregelte Intensivierung der Zusammenarbeit erfasst, welche sicherstellen soll, „dass die Verfahren sowie die Verwaltungskapazitäten der zuständigen Verwaltungen den Zielen der Förderung von Handelserleichterungen bei gleichzeitiger Gewährleistung wirksamer Zollkontrollen gerecht werden“.<sup>48</sup>
- 70 Die Zollunion im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. a) AEUV umfasst die im Dritten Teil, Titel I, Kapitel 1 AEUV enthaltenen Vorschriften, d. h. die Artikel 30 bis 32 AEUV. Nicht hierzu zählt hingegen die Vorschrift des Art. 33 AEUV. Diese letztgenannte Vorschrift hat die horizontale Verwaltungszusammenarbeit zwischen den Behörden der Mitgliedstaaten sowie die vertikale Verwaltungszusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission im Zollwesen zum Gegenstand und fällt nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der Union.<sup>49</sup>
- 71 Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens gilt es dabei zu betonen, dass Art. 206 AEUV – und damit eine Bestimmung, die zur gemeinsamen Handelspolitik zählt – ausschließlich auf die in den Artikeln 28 bis 32 AEUV getroffenen Regelungen zur materiell-rechtlichen Ausgestaltung der Zollunion Bezug nimmt, nicht aber auf die in Art. 33 AEUV getroffene Regelung über die Zusammenarbeit im Zollwesen. Hieraus lässt sich schließen, dass diese Zusammenarbeit auch nicht als Teil der gemeinsamen Handelspolitik eingestuft werden kann.
- 72 Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass Art. 33 AEUV im Zuge der Lissaboner Vertragsrevision als Vorbild bei der Schaffung der allgemeinen Vorschrift über die Verwaltungszusammenarbeit in Art. 197 AEUV gedient hat.<sup>50</sup> Hierbei handelt es sich um einen Bereich, in dem die Union gemäß Art. 6 Buchst. g) AEUV Maßnahmen zur Unter-

---

<sup>48</sup> Deutsche Übersetzung zitiert nach Antrag der Kommission, Rn. 82 (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>49</sup> *Herrmann*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 56. Ergänzungslieferung, Art. 33 AEUV, Rn. 4.

<sup>50</sup> *Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Art. 6 AEUV, Rn. 27; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 52. Ergänzungslieferung, Art. 6 AEUV, Rn. 27.

stützung, Koordinierung oder Ergänzung mitgliedstaatlicher Maßnahmen treffen kann. Hierdurch tritt jedoch nicht die Unionszuständigkeit an die Stelle der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Wollte man dies für den Bereich der gemeinsamen Handelspolitik anders bewerten, so hätte dies im Ergebnis zur Folge, dass Art. 207 AEUV de facto der Charakter einer Generalklausel beigemessen würde. Dass letzteres mit dem geltenden Unionsrecht unvereinbar wäre, wurde bereits dargelegt.<sup>51</sup>

## **II. Dienstleistungen, Niederlassung und elektronischer Geschäftsverkehr (Kapitel 8)**

### **1. Gegenseitige Anerkennung beruflicher Qualifikationen**

- 73 Art. 8.16 EUSFTA enthält Regelungen über die gegenseitige Anerkennung beruflicher Qualifikationen.

#### **a) Vorbringen der Kommission**

- 74 Diesbezüglich heißt es im Antragsschriftsatz der Kommission:

„Abschnitt E Unterabschnitt 1 enthält allgemein geltende Bestimmungen und betrifft in erster Linie die gegenseitige Anerkennung beruflicher Qualifikationen. Durch die Anerkennung von Qualifikationen wird der Zugang zum jeweiligen Markt der Vertragsparteien für ausländische Dienstleistungsanbieter (natürliche Personen) der jeweils anderen Vertragspartei erleichtert. Eine solche Anerkennung fällt unter die GHP der Union.“<sup>52</sup>

#### **b) Bewertung**

- 75 Es ist zutreffend, wenn die Kommission ausführt, im EUSFTA würden Regelungen zur Anerkennung beruflicher Qualifikationen getroffen. Namentlich ist in Art. 8.16 Abs. 4 EUSFTA vorgesehen, dass die vertragsschließenden Parteien unter bestimmten Voraussetzungen ein Abkommen herbeiführen sollen, welches die verbindliche gegenseitige Anerkennung beruflicher Qualifikationen zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten sowie Singapur betrifft.
- 76 Hingegen ist es unzutreffend, wenn die Kommission meint, dieser Regelungsgegenstand falle als Teil der gemeinsamen Handelspolitik in die ausschließliche Zuständigkeit der Union.

---

<sup>51</sup> Vgl. oben Rn. 55 ff.

<sup>52</sup> Antrag der Kommission, Rn. 127.

**aa) Zur Richtlinie 2005/36/EG**

- 77 Die Anerkennung beruflicher Qualifikationen hat im Unionsrecht eine Regelung in der Richtlinie 2005/36/EG<sup>53</sup> erfahren. Dieser Richtlinie lässt sich entnehmen, dass der Unionsgesetzgeber bei ihrem Erlass davon ausgegangen ist, dass die Anerkennung von Diplomen aus Drittstaaten in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Letzteres folgt sowohl aus dem verfügenden Teil als auch aus den Erwägungsgründen der Richtlinie 2005/36/EG.
- 78 So kann deren Art. 2 Abs. 2 zufolge jeder Mitgliedstaat in seinem Hoheitsgebiet „nach Maßgabe seiner Vorschriften“ den Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten mit Diplomen aus Drittstaaten die Ausübung eines reglementierten Berufs gestatten. Dabei sind für diejenigen Berufe, welche unter die so genannte automatische Anerkennung fallen – also Ärzte, Apotheker, Krankenschwestern, Hebammen, Zahnärzte, Tierärzte und Architekten – die in diesem Bereich harmonisierten Mindestanforderungen an die Ausbildung zu beachten. Bereits hieraus lässt sich im Wege eines Erst-recht-Schlusses ableiten, dass die Regelung der Anerkennung von Diplomen, welche Drittstaatsangehörige in Drittstaaten erlangt haben, umso mehr Sache der Mitgliedstaaten ist.
- 79 Für die Richtigkeit dieser Sichtweise spricht auch der zehnte Erwägungsgrund der Richtlinie 2005/36/EG. Hierin wird klargestellt, dass die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert sind, Berufsqualifikationen, die außerhalb der Union von einem Drittstaatsangehörigen erworben wurden, „gemäß ihren Rechtsvorschriften“ anzuerkennen. Lediglich bei den vorstehend in Randnummer 78 genannten sieben Berufen, bei denen die Mindestanforderungen an die Ausbildung harmonisiert wurden, finden diese Mindestanforderungen Beachtung. Damit ist für alle übrigen Berufe klargestellt, dass die Anerkennung von Drittstaatsdiplomen in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Hingegen ist Art. 8.16 EUSFTA in seinem Anwendungsbereich nicht auf die vorstehend in Randnummer 78 genannten sieben Berufe beschränkt.

**bb) Zu den von der Kommission hergestellten Bezügen zum GATS**

- 80 Gleichwohl bemüht sich die Kommission in ihrem Antragsschriftsatz darzulegen, dass die geplanten Bestimmungen des EUSFTA in den Geltungsbereich der gemeinsamen Handelspolitik fallen, um so eine ausschließliche Zuständigkeit der Union nach Art. 207 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 AEUV zu begründen. Zu diesem Zweck trägt sie vor,

---

<sup>53</sup> Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, Abl. L 255, S. 22.

bereits das GATS habe Bestimmungen über die gegenseitige Anerkennung enthalten, und solche Bestimmungen würden den Handelsverkehr fördern und erleichtern.<sup>54</sup>

81 Auch hier ist dieser Argumentation der Kommission zu widersprechen. Denn wie bereits in den Randnummern 50 ff. dargestellt, genügt es für die Zuordnung eines Regelungsgegenstandes zur gemeinsamen Handelspolitik nicht, dass sich die betreffende Maßnahme in irgendeiner Weise auf den internationalen Handelsverkehr auswirkt. Zudem wurde bereits erläutert, dass die Berücksichtigung einer Regelungsmaterie im Wirtschaftsvölkerrecht nicht ausreicht, um sie der gemeinsamen Handelspolitik zuzuordnen.<sup>55</sup>

82 Im Übrigen kommt es auf diese letztgenannte Frage für die hier in Rede stehende Regelungsmaterie – d. h. die Anerkennung von Berufsqualifikationen – gar nicht an. Denn der Vortrag der Kommission, die gegenseitige Anerkennung sei „angesichts der direkten und sofortigen Auswirkungen auf den Handel fest in das GATS eingebunden“,<sup>56</sup> ist so nicht zutreffend. Die Kommission lässt hierbei nämlich unberücksichtigt, dass das GATS die Vertragsstaaten gerade nicht dazu verpflichtet, berufliche Qualifikationen aus Drittstaaten anzuerkennen oder entsprechende völkerrechtliche Vereinbarungen zu schließen.

83 Vielmehr heißt es in dem insofern maßgeblichen Art. VII Abs. 1 GATS:

„[...] a Member may recognize the education or experience obtained, requirements met, or licenses or certifications granted in a particular country. Such recognition, which may be achieved through harmonization or otherwise, may be based upon an agreement or arrangement with the country concerned or may be accorded autonomously.“<sup>57</sup>

In der Folge wurden auf der Grundlage des Art. VII GATS – wie die Kommission selbst zutreffend feststellt<sup>58</sup> – lediglich unverbindliche Leitlinien entwickelt, die auch ihrerseits keine Verpflichtung zur Anerkennung von Qualifikationen oder zum Abschluss eines entsprechenden Abkommens beinhalten.

84 Außerdem ist zu betonen, dass der Gerichtshof Fragen der gegenseitigen Anerkennung beruflicher Qualifikationen soweit ersichtlich nie der gemeinsamen Handelspolitik

---

<sup>54</sup> Antrag der Kommission, Rn. 127 ff.

<sup>55</sup> Vgl. oben Rn. 43.

<sup>56</sup> Antrag der Kommission, Rn. 132.

<sup>57</sup> URL: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/26-gats\\_01\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats_01_e.htm) [Stand: 11. November 2015] (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>58</sup> Antrag der Kommission, Rn. 131.

zugeordnet hat. Dementsprechend lässt sich auch der Hinweis der Kommission<sup>59</sup> auf das Gutachten 1/08<sup>60</sup> nicht nachvollziehen. Denn in diesem Gutachten hat der Gerichtshof lediglich ausgeführt, im GATS enthaltene Bestimmungen betreffend den Marktzugang für Dienstleistungen fielen in den Erbringungsarten 2 bis 4 unter die gemeinsame Handelspolitik.<sup>61</sup> Damit wird jedoch keine Aussage über den Bereich der Anerkennung von Berufsqualifikationen getroffen, weil das GATS diesen Bereich – wie oben erläutert – nicht verbindlich regelt.

- 85 Zudem erlaubt sich die Bundesregierung den Hinweis, dass die Union bislang kein Handelsabkommen, das Verpflichtungen im Bereich der Anerkennung beruflicher Qualifikationen enthält, allein – also als so genanntes „Nur-EU“-Abkommen – abgeschlossen hat.

## **2. Finanzdienstleistungen**

- 86 Im sechsten Unterabschnitt des achten Kapitels regelt das EUSFTA den Handel mit Finanzdienstleistungen. Besonderes Augenmerk verdient dabei Art. 8.53 EUSFTA, welcher neue Finanzdienstleistungen betrifft.

### **a) Vorbringen der Kommission**

- 87 Die Kommission vertritt die Auffassung, dass auch der Handel mit Finanzdienstleistungen „unmittelbar unter die GHP der Union“ falle und damit eine ausschließliche Zuständigkeit der Union nach Art. 207 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 AEUV bestehe.<sup>62</sup>

### **b) Bewertung**

- 88 Hierin liegt erneut eine Überdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 207 AEUV und ein Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung.
- 89 Im Bereich der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen sowie Anlagetätigkeiten durch Drittstaatsangehörige besitzt die Union keine ausschließliche Zuständigkeit. Vielmehr kann der Unionsgesetzgeber nach Art. 53 Abs. 1 AEUV Richtlinien erlassen, um die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten im Rahmen der Niederlas-

---

<sup>59</sup> Antrag der Kommission, Rn. 132 Fn. 65.

<sup>60</sup> Gutachten 1/08, *Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)*, EU:C:2009:739.

<sup>61</sup> Gutachten 1/08, zitiert in Fn. 60, Rn. 118 f.

<sup>62</sup> Antrag der Kommission, Rn. 152.

sungsfreiheit zu erleichtern. Gleiches gilt nach Art. 62 AEUV im Hinblick auf den freien Dienstleistungsverkehr. Diese Ermächtigungsnorm schreibt das Handlungsinstrument der Richtlinie fest und erlaubt demnach lediglich eine Festlegung der Anerkennung und Koordinierung nationaler Rechts- und Verwaltungsvorschriften. Den Mitgliedstaaten steht es mithin frei, Form und Mittel zu wählen, um die in der betreffenden Richtlinie festgelegten Ziele zu erfüllen (Art. 288 Abs. 2 AEUV).

- 90 Von dieser primärrechtlichen Lage ausgehend werden in der auf Art. 53 Abs. 1 AEUV gestützten Richtlinie MiFID II<sup>63</sup> nur Teilbereiche der Erbringung von Finanzdienstleistungen beziehungsweise Wertpapierdienstleistungen durch Drittstaatsangehörige harmonisiert. So können die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen durch Drittstaatsangehörige gegenüber Kleinanlegern weiterhin eigenständig entscheiden, unter welchen Voraussetzungen eine solche Erbringung zulässig ist und ob beispielsweise die Errichtung einer Zweigstelle vorgeschrieben wird (Art. 39 MiFID II).
- 91 Überdies ist darauf hinzuweisen, dass die MiFID II erst zum Januar 2017 in Kraft treten wird. Mithin sind gegenwärtig die Voraussetzungen, nach denen Finanzdienstleistungen beziehungsweise Wertpapierdienstleistungen von Drittlandsfirmen im Rahmen des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs oder über eine im jeweiligen Mitgliedstaat errichtete Zweigstelle erbracht werden dürfen, allein im nationalen Recht geregelt.

### **3. (Hilfs-)Dienstleistungen im internationalen Seeverkehr**

- 92 Im siebten Unterabschnitt des Kapitels 8 sieht das EUSFTA eigenständige und abgrenzbare Regelungen vor, die Dienstleistungen im Seeverkehr und Hafendienstleistungen betreffen.
- 93 Hierbei handelt es sich zunächst um Art. 8.56 Abs. 3 Buchst. b) EUSFTA. Dieser bezieht sich auf den Zugang zu Häfen, die Benutzung der Infrastruktur und die Inanspruchnahme von Seeverkehrshilfsleistungen der Häfen sowie die damit verbundenen Gebühren und sonstigen Abgaben, die Zollerleichterungen und schließlich die Zuweisung von Liegeplätzen sowie von Lade- und Löscheinrichtungen.

---

<sup>63</sup> Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABl. L 13, S. 349.

- 94 Ferner enthält Art. 8.56 Abs. 6 EUSFTA Regelungen zu Hafendienstleistungen in Form von Verpflichtungen in Bezug auf Lotsendienste, Schub- und Schleppboothilfe, Bevorratung, Betankung und Wasserversorgung, Abfall- und Ballastentsorgung, Dienstleistungen des Hafenmeisters, Navigationshilfen sowie landgestützte Betriebssysteme, die für den Betrieb des Schiffes unerlässlich sind, einschließlich Kommunikation, Wasser- und Stromversorgung, Einrichtungen für dringende Reparaturen, Ankerplätze, Liegeplätze und Anlegedienste.
- 95 Die Kommission geht in ihrer Stellungnahme davon aus, dass die Union für sämtliche der genannten Hilfsdienstleistungen über eine ausschließliche Zuständigkeit verfügt. Allerdings differenziert sie hinsichtlich der Rechtsgrundlage wie folgt:
- Soweit die besagten Hilfsdienstleistungen im Zusammenhang mit der Niederlassung eines Dienstleistungserbringers auf dem Gebiet des Vertragspartners erbracht werden (Erbringungsart 3), nimmt die Kommission eine ausschließliche Unionszuständigkeit nach Art. 207 AEUV an.
  - Hinsichtlich der übrigen Erbringungsarten ist sie – wie bereits erwähnt<sup>64</sup> – der Ansicht, dass eine ausschließliche Zuständigkeit der Union aufgrund anderer unionsrechtlicher Bestimmungen bestehe.
- 96 Auf den letztgenannten Aspekt wird die Bundesregierung in Teil D der vorliegenden Stellungnahme noch gesondert zu sprechen kommen.<sup>65</sup> Im Folgenden wendet sie sich zunächst dem Vorbringen der Kommission betreffend Art. 207 AEUV zu.

#### **a) Vorbringen der Kommission**

- 97 Die Kommission vertritt insofern, die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen in Verbindung mit einer Niederlassung auf dem Gebiet des Vertragspartners sei nicht von der Verkehrspolitik umfasst, sondern müsse der gemeinsamen Handelspolitik im Sinne von Art. 207 AEUV zugerechnet werden. Zu diesem Schluss gelangt sie, indem sie den Bereich „Verkehr“, welcher nach Art. 207 Abs. 5 AEUV von der Vertragsschlusskompetenz der Union für die gemeinsame Handelspolitik ausgeschlossen ist, restriktiv auslegt.
- 98 Zur Begründung trägt die Kommission vor, dass es für die Zugehörigkeit einer Verkehrsdienstleistung zum Bereich „Verkehr“ darauf ankomme, wie diese Dienstleistung

---

<sup>64</sup> Vgl. oben Rn. 4, 24.

<sup>65</sup> Vgl. unten Rn. 246 ff.

erbracht werde.<sup>66</sup> Insofern macht sie geltend, die Auslegung des Begriffs „Verkehr“ im Sinne von Art. 207 Abs. 5 AEUV müsse sich danach richten, für welche Art von Dienstleistungen die Verkehrspolitik im Innenbereich als Kompetenzgrundlage einschlägig sei.<sup>67</sup> Dabei stellt sie auf den Wortlaut des Art. 91 Abs. 1 AEUV als Ermächtigungsgrundlage für verkehrspolitische Maßnahmen ab, der keine Aussage zu den Niederlassungsbedingungen für Verkehrsdienstleistungserbringer aus Drittstaaten trifft. Hieraus folgert die Kommission, dass sich die Verkehrspolitik nicht auf die mit einer Niederlassung verbundenen Dienstleistungen im Bereich Verkehr erstrecken könne.<sup>68</sup> Letzteres lasse sich zudem aus dem Umstand schließen, dass Art. 58 Abs. 1 AEUV für Dienstleistungen im Bereich Verkehr auf die Vorschriften über die Verkehrspolitik verweise, während ein entsprechender Verweis im Kapitel über die Niederlassungsfreiheit fehle.<sup>69</sup>

## **b) Bewertung**

- 99 Aus Sicht der Bundesregierung hat die restriktive Auslegung, welche die Kommission dem Ausnahmetatbestand des Art. 207 Abs. 5 AEUV zu geben versucht, im Gegenzug eine erneute Überdehnung des Anwendungsbereichs der gemeinsamen Handelspolitik im Sinne von Art. 207 Abs. 1 AEUV zur Folge.
- 100 Nicht zu überzeugen vermag insbesondere die künstliche Aufspaltung des Verkehrsbegriffs. Dies gilt namentlich mit Blick auf den von der Kommission unterstellten Gleichlauf zwischen den Innenzuständigkeiten nach Art. 49 ff. und Art. 58 Abs. 1 AEUV sowie dem Verhältnis von Art. 207 Abs. 1 und Abs. 5 in Bezug auf Verkehrsdienstleistungen.
- 101 Wie die Kommission selbst vorträgt, werden Dienstleistungen im Bereich Seeverkehr, wie sie das EUSFTA vorsieht, in Handelsbeziehungen mit Drittstaaten aufgrund der geografischen Entfernung typischerweise in Verbindung mit einer Niederlassung auf dem Gebiet des jeweiligen Vertragspartners erbracht.<sup>70</sup> Hingegen ist dies nicht der typische Fall im Binnenmarkt, wo regelmäßig kürzere Distanzen zu bewältigen sind. Dies ist bedeutsam, da die von der Kommission angeführten Vorschriften über die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit zu den Bestimmungen über die Grundfreiheiten zählen, die gerade vom Binnenmarkt her gedacht sind. Allein hierin ist der Grund

---

<sup>66</sup> Antrag der Kommission, Rn. 173.

<sup>67</sup> Antrag der Kommission, Rn. 173, 180 f.

<sup>68</sup> Antrag der Kommission, Rn. 179.

<sup>69</sup> Antrag der Kommission, Rn. 176 ff.

<sup>70</sup> Antrag der Kommission, Rn. 168.

dafür zu sehen, dass sich im Kapitel über die Niederlassungsfreiheit kein Verweis auf die Verkehrspolitik findet. Aus dieser Systematik kann daher nichts für eine dem Binnenmarkt nicht vergleichbare Situation, wie sie den Regelungen des EUSFTA zugrunde liegt, geschlossen werden.

- 102 Zudem steht eine Auslegung, die im Ergebnis die Kompetenzgrundlage für Abkommen über Dienstleistungen im Bereich Verkehr anhand der Erbringungsart aufspaltet, im Widerspruch zur Rechtsprechung des Gerichtshofs. Dieser hat sich zwar, wie die Kommission zutreffend anmerkt,<sup>71</sup> noch nicht zur Unterscheidung zwischen verschiedenen Erbringungsarten im Rahmen des Begriffs „Verkehr“ im Sinne von Art. 207 Abs. 5 AEUV geäußert. Jedoch hat es der Gerichtshof bereits abgelehnt, für die Abgrenzung von Verkehrspolitik und gemeinsamer Handelspolitik zwischen verschiedenen Arten von Dienstleistungen zu unterscheiden.<sup>72</sup> Dies lässt den Schluss zu, dass auch bei der Ermittlung der Zuständigkeit für den Abschluss internationaler Abkommen über Verkehrsdienstleistungen eine Aufspaltung dieser Dienstleistungen nach ihrer Beschaffenheit unzulässig ist.

### **III. Investitionen (Kapitel 9)**

- 103 Kapitel 9 des EUSFTA bezieht sich auf Investitionen. Während sein Abschnitt A materiellrechtliche Bestimmungen über den Investitionsschutz enthält, regelt Abschnitt B Fragen der Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten in Bezug auf die materiellrechtlichen Bestimmungen in Abschnitt A.
- 104 Die Kommission vertritt die Auffassung, der Union komme für sämtliche in Kapitel 9 des EUSFTA getroffene Regelungen die ausschließliche Zuständigkeit zu.<sup>73</sup> Auch insofern stützt sie sich primär auf Art. 207 AEUV.<sup>74</sup> Hiervon nimmt sie, wie bereits erwähnt,<sup>75</sup> lediglich den Bereich der Portfolioinvestitionen aus.<sup>76</sup> Bei letzteren handelt es sich um Investitionen, die rein der Geldanlage dienen, ohne dass die Anleger hiermit unternehmerische Zwecke verfolgen.

---

<sup>71</sup> Antrag der Kommission, Rn. 172.

<sup>72</sup> Gutachten 1/94, zitiert in Fn. 27, Rn. 48 ff. in Bezug auf die damals von der Kommission geltend gemachte Unterscheidung zwischen Dienstleistungen, die Sicherheitsregeln betreffen, und Dienstleistungen, die den Handel betreffen.

<sup>73</sup> Antrag der Kommission, Rn. 273.

<sup>74</sup> Antrag der Kommission, Rn. 274.

<sup>75</sup> Vgl. oben Rn. 4, 24.

<sup>76</sup> Antrag der Kommission, Rn. 275, 316, 527.

105 Ebenso wie die Kommission sieht auch die Bundesregierung Portfolioinvestitionen als nicht von Art. 207 AEUV erfasst an. Sie wird daher auf die Frage der Zuständigkeit der Union für diesen Bereich noch gesondert in Teil D der vorliegenden Stellungnahme zu sprechen kommen.<sup>77</sup> Doch auch hinsichtlich derjenigen Teilbereiche des Kapitels 9 des EUSFTA, welche die Kommission als von Art. 207 AEUV erfasst ansieht, kann deren Vortrag nicht unwidersprochen bleiben.

### **1. Von Art. 207 AEUV in Bezug auf ausländische Direktinvestitionen erfasste Regelungsgegenstände**

106 Dies gilt zunächst einmal mit Blick auf die Frage, welche Regelungsgegenstände unter die in Art. 207 Abs. 1 Satz 1 AEUV benannten „ausländischen Direktinvestitionen“ fallen.

107 Insofern ist vorwegzuschicken, dass der Begriff der „ausländischen Direktinvestitionen“, welcher nicht nur in Art. 207 AEUV, sondern auch in Art. 206 AEUV ausdrücklich verwendet wird, weder dort noch in anderen primärrechtlichen Bestimmungen definiert ist. Daher muss der genaue Umfang der Zuständigkeiten, welche der Union hiernach zukommen, im Wege der Auslegung ermittelt werden.

#### **a) Vorbringen der Kommission**

108 Die Kommission spricht sich auch in dieser Frage für eine weite Auslegung des Art. 207 AEUV aus, sieht man von dem bereits angesprochenen Bereich der Portfolioinvestitionen ab.

109 Den Ausgangspunkt bilden dabei dieselben Argumente, die sie auch in ihren übrigen Ausführungen zur Reichweite des Art. 207 AEUV vorträgt.<sup>78</sup> Namentlich betont die Kommission hier erneut, „dass der Bereich der GHP in ‚nicht einschränkender‘ und dynamischer Weise unter Berücksichtigung des sich wandelnden Charakters der internationalen Handelspolitiken und -instrumente ausgelegt werden“ müsse.<sup>79</sup> Zudem trägt sie vor, „das primäre Ziel des Kapitels 9 EUSFTA [bestehe] darin, Investitionen zwischen den Vertragsparteien zu erleichtern und zu fördern“.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Vgl. unten Rn. 273 ff.

<sup>78</sup> Antrag der Kommission, Rn. 279 ff.

<sup>79</sup> Antrag der Kommission, Rn. 288.

<sup>80</sup> Antrag der Kommission, Rn. 284.

## **b) Bewertung**

- 110 In Erwiderung hierauf erinnert die Bundesregierung zunächst daran, dass Art. 207 AEUV nicht als dynamischer Verweis auf das Wirtschaftsvölkerrecht verstanden werden kann. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt sie dabei Bezug auf ihre vorstehend in den Randnummern 37 ff. gemachten Ausführungen.
- 111 Hiervon ausgehend ist zu betonen, dass nach Art. 206 Abs. 1 und Art. 207 AEUV die Unionskompetenz für ausländische Direktinvestitionen auf die Regelung von speziell handelsbezogenen Aspekten ausländischer Direktinvestitionen beschränkt ist. Denn nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs können Maßnahmen, die lediglich „bestimmte Auswirkungen“ auf den internationalen Handelsverkehr haben, nicht der gemeinsamen Handelspolitik zugerechnet werden.<sup>81</sup>
- 112 Zugleich ist darauf hinzuweisen, dass die Union nach Maßgabe von Art. 206 AEUV lediglich für die Beseitigung von Beschränkungen ausländischer Direktinvestitionen zuständig ist. Mithin können im EUSFTA getroffene Regelungen zu Direktinvestitionen nur insoweit Teil der gemeinsamen Handelspolitik sein, wie sie die Beseitigung von Verkehrsbeschränkungen ausländischer Direktinvestitionen zum Gegenstand haben. Daraus folgt, dass von der Kompetenz der Union für ausländische Direktinvestitionen im Sinne von Art. 207 Abs. 1 AEUV diejenigen Regelungen in Kapitel 9 des EUSFTA nicht erfasst sind, welche einen darüberhinausgehenden Schutz gewähren.
- 113 Um dies näher zu erläutern, wird die Bundesregierung im Folgenden zunächst auf die in Art. 9.6 EUSFTA getroffene Regelung zu Enteignungen eingehen (nachfolgend 2.). Weiterhin wird sie zu der in Art. 9.10 EUSFTA vorgesehenen Kündigung mitgliedstaatlicher Investitionsförderverträge Stellung nehmen (nachfolgend 3.). Schließlich wird sie auf diejenigen Bestimmungen in Abschnitt B des Kapitels 9 des EUSFTA zu sprechen kommen, welche die Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten betreffen (nachfolgend 4.).

## **2. Enteignungen**

- 114 Art. 9.6 EUSFTA regelt den Schutz vor Enteignungen, mögliche Ausnahmefälle hiervon sowie die Frage von Ausgleichszahlungen, die in diesem Zusammenhang gegebenenfalls zu leisten sind.

---

<sup>81</sup> Vgl. oben Rn. 52.

### a) Vorbringen der Kommission

115 Diesbezüglich rügt die Kommission, der Rat habe nicht begründet, warum er in den Verhandlungsleitlinien für das EUSFTA die „Enteignungs- und Eigentumsaspekte“ als einen Bereich gemischter Zuständigkeit benannt hat.<sup>82</sup>

116 Sie selbst vertritt die Auffassung,

„dass die ausschließliche Zuständigkeit der Union in Bezug auf Enteignungsklauseln, die üblicherweise in bilateralen Investitionsschutzabkommen enthalten sind, und insbesondere in Bezug auf Artikel 9.6 EUSFTA weder durch Artikel 345 AEUV noch durch Artikel 207 Absatz 6 AEUV eingeschränkt wird.“<sup>83</sup>

### b) Bewertung

117 Die Bundesregierung möchte zunächst an die Rechtsprechung des Gerichtshofs erinnern, der zufolge es nicht dem Rat obliegt, das Vorliegen eines Bereiches gemischter Zuständigkeit zu begründen, sondern es vielmehr Sache der Kommission ist, „die Ausschließlichkeit der Außenkompetenz der Union nachzuweisen, auf die sie sich berufen möchte.“<sup>84</sup>

118 Ob die Kommission diesem Maßstab mit ihren Ausführungen zu Art. 9.6 EUSFTA gerecht wird, erscheint bereits insofern zweifelhaft, als nicht eindeutig erkennbar ist, aus welcher primärrechtlichen Bestimmung sie eine ausschließliche Zuständigkeit der Union für Art. 9.6 EUSFTA herleiten möchte. Die Bundesregierung unterstellt daher, dass die Kommission sich insofern auf Art. 207 AEUV stützt.<sup>85</sup>

119 Dies vorausgeschickt ist die Bundesregierung der Ansicht, dass Art. 207 AEUV der Union keine Kompetenz zum Abschluss völkervertraglicher Regelungen zu Enteignungsfragen vermittelt. Entgegen dem Vorbringen der Kommission kommt Art. 345 AEUV bei der insofern vorzunehmenden Bewertung entscheidende Bedeutung zu.

120 Art. 345 AEUV bestimmt, dass die Verträge die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lassen. Daraus folgt, dass insbesondere alle organisatorischen Grundfragen der Eigentumsordnung in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten

---

<sup>82</sup> Antrag der Kommission, Rn. 294.

<sup>83</sup> Antrag der Kommission, Rn. 297.

<sup>84</sup> Urteil *Kommission / Rat*, zitiert in Fn. 43, Rn. 74 f.; vgl. hierzu bereits oben Rn. 60.

<sup>85</sup> Hierfür sprechen namentlich die Ausführungen in Rn. 274 des Antrags der Kommission.

verbleiben, was nicht zuletzt für Enteignungsfragen gilt.<sup>86</sup> Mit anderen Worten ist den Mitgliedstaaten die Freiheit zur Entscheidung über die Ausgestaltung ihrer jeweiligen Eigentumsordnungen vorbehalten. So dürfen sie beispielsweise das Ziel verfolgen, „für bestimmte Unternehmen eine Zuordnung des Eigentums in öffentliche Trägerschaft einzuführen oder aufrechtzuerhalten“.<sup>87</sup>

- 121 Insofern sind die Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs lediglich dazu verpflichtet, bei der Regelung eigentums- und enteignungsrechtlicher Fragen die ihnen durch die Grundfreiheiten und sonstige zwingende Regeln des Unionsrechts auferlegten Grenzen zu beachten.<sup>88</sup> Im Gegenzug legt Art. 345 AEUV eine Grenze fest, welche die Union bei der Ausübung der ihr durch die Verträge übertragenen Zuständigkeiten nicht überschreiten darf. Die Zuständigkeit für die gemeinsame Handelspolitik nach Art. 207 AEUV bildet dabei keine Ausnahme.
- 122 Hiervon ausgehend stellt sich Art. 345 AEUV mit Blick auf enteignungsrechtliche Fragen als eine Bekräftigung der in Randnummer 112 getroffenen Feststellung dar, dass die Kompetenz der Union für ausländische Direktinvestitionen nach Art. 207 AEUV nur auf die Beseitigung von Beschränkungen bezogen ist, nicht aber auf Regelungen zur Gewährung eines darüberhinausgehenden Schutzes.
- 123 Dies hat zur Folge, dass Art. 207 AEUV der Union keine Vertragsschlusskompetenz für die in Art. 9.6 EUSFTA getroffene Regelung zu Enteignungsfragen vermittelt.

### **3. Kündigung mitgliedstaatlicher Investitionsförderverträge**

- 124 In vergleichbarer Weise verhält es sich hinsichtlich der in Art. 9.10 EUSFTA vorgesehenen Kündigung mitgliedstaatlicher Investitionsförderverträge.
- 125 Art. 9.10 Abs. 1 EUSFTA bestimmt, dass mit Inkrafttreten des EUSFTA alle zwölf Investitionsförderverträge, welche derzeit zwischen einzelnen Mitgliedstaaten und Singapur bestehen,<sup>89</sup> „ungültig“ und vom EUSFTA „ersetzt und verdrängt“ werden. Zur näheren Erläuterung heißt es in Fußnote 19 zu Art. 9.10 EUSFTA, es handele sich

---

<sup>86</sup> Urteil *Annibaldi*, C-309/96, EU:C:1997:631, Rn. 23.

<sup>87</sup> Urteil *Essent*, C-105/12 bis C-107/12, EU:C:2013:677, Rn. 31.

<sup>88</sup> Vgl. etwa Urteile *Kommission / Spanien*, C-463/00, EU:C:2003:272, Rn. 67; *Margarethe Ospelt und Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, C-452/01, EU:C:2003:493, Rn. 24; *Fearon / Irish Land Commission*, 182/83, EU:C:1984:335, Rn. 7.

<sup>89</sup> Vgl. hierzu Annex D zu Kapitel 9 des EUSFTA.

hierbei um eine „Beendigung“ im Sinne von Art. 59 Abs. 1 Buchst. a) des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (im Folgenden: „WVRK“).

126 Die letztgenannten Vorschrift bestimmt:

„(1) Ein Vertrag gilt als beendet, wenn alle Vertragsparteien später einen sich auf denselben Gegenstand beziehenden Vertrag schließen und

- a) aus dem späteren Vertrag hervorgeht oder anderweitig feststeht, daß die Vertragsparteien beabsichtigten, den Gegenstand durch den späteren Vertrag zu regeln [...].“

#### **a) Vorbringen der Kommission**

127 Zu der in Art. 9.10 Abs. 1 EUSFTA vorgesehenen Kündigung mitgliedstaatlicher Investitionsförderverträge finden sich im Antrag der Kommission keine spezifischen Ausführungen. Vielmehr trifft sie lediglich zwei allgemein gehaltene Aussagen zu Art. 9.10 EUSFTA, nämlich dass sich diese Vorschrift

- „auf [...] das Verhältnis zwischen dem EUSFTA und den bestehenden bilateralen Investitionsschutzabkommen der Mitgliedstaaten mit Singapur [beziehe]<sup>90</sup> und sie
- „eindeutig von den anderen Bestimmungen in Kapitel 9 Abschnitt A abhängig [sei] und [...] diese somit [ergänze]<sup>91</sup>“.

#### **b) Bewertung**

128 Mit Blick auf diese Ausführungen hegt die Bundesregierung – wie schon zuvor im Fall des Art. 9.6 EUSFTA<sup>92</sup> – Zweifel daran, ob die Kommission ihrer Darlegungs- und Beweislast gerecht wird. Zugleich unterstellt sie für die Zwecke der vorliegenden Stellungnahme mangels präziserer Angaben im Antragsschriftsatz, dass sich die Kommission auch hier auf Art. 207 AEUV stützen möchte, um eine Vertragsschlusskompetenz der Union für die in Art. 9.10 EUSFTA vorgesehene Kündigungsregelung zu begründen.

129 Hierin liegt erneut eine Überdehnung der Reichweite des Art. 207 AEUV, der im vorliegenden Kontext im Lichte von Art. 3 Abs. 5 Satz 2 EUV zu betrachten ist. Dort wird be-

---

<sup>90</sup> Antrag der Kommission, Rn. 270.

<sup>91</sup> Antrag der Kommission, Rn. 354.

<sup>92</sup> Vgl. oben Rn. 118.

stimmt, dass die Union einen Beitrag zur strikten Einhaltung des Völkerrechts leistet, mithin also auch derjenigen Vorgaben, die sich in Art. 59 Abs. 1 Buchst. a) WVRK finden. Dieser letztgenannten Bestimmung liegt das völkervertragsrechtliche Prinzip zugrunde, dass einmal eingegangene völkerrechtliche Bindungen nur durch die ursprünglichen Vertragspartner wieder aufgehoben werden können.

130 Mit Blick auf Art. 9.10 EUSFTA bedeutet dies, dass die dort vorgesehene Kündigung beziehungsweise Aufhebung der gegenwärtig bestehenden bilateralen Investitionsförderverträge nur dann wirksam werden kann, wenn alle ursprünglichen Vertragspartner dieser Altverträge auch Vertragsparteien des EUSFTA werden, d. h.: Singapur sowie sämtliche Mitgliedstaaten, die mit Singapur eigene Investitionsförderverträge geschlossen haben. Auch dies spricht gegen die Annahme der Kommission, das EUSFTA könne als „Nur-EU“-Abkommen unter Ausschluss der Mitgliedstaaten abgeschlossen werden.

131 Hinzu kommt, dass die Union mit ihrer Verordnung Nr. 1219/2012<sup>93</sup> ausdrücklich anerkannt hat, dass bilaterale Investitionsschutzverträge der Mitgliedstaaten für letztere völkerrechtlich bindend sind – nicht aber für die Union –, und dass bei einer Beendigung dieser Verträge auch auf die Belange der Mitgliedstaaten Rücksicht genommen werden muss. Die Erwägungsgründe dieser so genannten „Grandfathering“-Verordnung“ lauten, soweit hier relevant, wie folgt:

„(5) Auch wenn bilaterale Investitionsschutzabkommen für die Mitgliedstaaten nach dem Völkerrecht bindend bleiben und schrittweise durch Abkommen der Union über denselben Rechtsgegenstand ersetzt werden, so müssen doch die Bedingungen für ihre Fortgeltung und ihr Verhältnis zur Investitionspolitik der Union angemessen geregelt werden. Dieses Verhältnis wird sich in dem Maße weiterentwickeln, wie die Union ihre Zuständigkeit wahrnimmt.

(6) Im Interesse von Investoren aus der Union und ihrer Investitionen in Drittländern sowie der Mitgliedstaaten, die Gastländer für ausländische Investoren und Investitionen sind, sollten bilaterale Investitionsschutzabkommen, in denen die Bedingungen für Investitionen festgelegt und garantiert werden, aufrechterhalten und schrittweise durch Investitionsabkommen der Union ersetzt werden, die hohe Schutzstandards für Investitionen bieten.

---

<sup>93</sup> Verordnung (EU) Nr. 1219/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 zur Einführung einer Übergangsregelung für bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern, Abl. L 351, S. 40.

- (7) Diese Verordnung sollte den Status bilateraler Investitionsschutzabkommen, die die Mitgliedstaaten vor dem 1. Dezember 2009 unterzeichnet haben, nach Maßgabe des Unionsrechts regeln. Diese Abkommen können gemäß dieser Verordnung in Kraft bleiben oder in Kraft treten.<sup>94</sup>

- 132 Aus Sicht der Bundesregierung ist darauf hinzuweisen, dass der hierin angelegte schrittweise Ersatz der Investitionsschutzabkommen der Mitgliedstaaten dahingehend zu verstehen ist, dass auch nach Abschluss eines von der Union verhandelten Abkommens mit Investitionsschutzvorschriften bestehende Investitionen weiterhin über Nachwirkungsfristen der Investitionsschutzabkommen der Mitgliedstaaten geschützt bleiben. Letzteres gilt so lange, bis die Mitgliedstaaten in völkerrechtlich verbindlicher Art – d. h. im Wege eines *actus contrarius* zum ursprünglichen Vertragsschluss – an der Beendigung dieser bilateralen Investitionsschutzabkommen mitgewirkt haben. Hinzu kommt, dass sich die Formulierungen sowohl der Erwägungsgründe als auch des Regelungsteils der „Grandfathering“-Verordnung als das Ergebnis intensiver Erörterungen während des EU-Gesetzgebungsverfahrens darstellen. Auch wenn das Sekundärrecht für die Bestimmung der unionsrechtlichen Kompetenzverteilung nicht maßgeblich ist, liefern die besagten Formulierungen gleichwohl entsprechende Anhaltspunkte für das diesbezügliche Verständnis der handelnden Akteure, d. h. der Kommission, des Rates sowie des Europäischen Parlaments. Denn die „Grandfathering“-Verordnung wurde zeitgleich mit dem EUSFTA verhandelt.
- 133 Es ist daher in sich widersprüchlich, wenn die Kommission einerseits im Rahmen der „Grandfathering“-Verordnung die völkerrechtliche Geltung dieser mitgliedstaatlichen bilateralen Investitionsabkommen anerkennt, sie aber andererseits nun für die Union die Kompetenz reklamiert, mit dem Inkrafttreten des EUSFTA die besagten bilateralen Abkommen zur Beendigung bringen zu können, und zwar ohne dass die hiervon betroffenen Mitgliedstaaten beim Abschluss des EUSFTA in eigener völkerrechtlicher Rechtssubjektivität mitgewirkt hätten.

#### **4. Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten**

- 134 Im Ergebnis gilt nichts anderes hinsichtlich der in Abschnitt B des Kapitels 9 des EUSFTA enthaltenen Bestimmungen, welche die Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten betreffen.

---

<sup>94</sup> Hervorhebungen hinzugefügt.

### a) Vorbringen der Kommission

- 135 Wie bereits im Fall der Enteignungen,<sup>95</sup> so rügt die Kommission auch hier, der Rat habe nicht begründet, warum er insofern von einem Bereich gemischter Zuständigkeit ausgeht.<sup>96</sup>
- 136 Die Kommission selbst meint, dass der Union eine ausschließliche Zuständigkeit für die in Abschnitt B des Kapitels 9 des EUSFTA getroffenen Regelungen zukomme.<sup>97</sup> Wiederum lassen ihre Ausführungen jedoch nicht mit hinreichender Klarheit erkennen, ob sie sich dabei auf Art. 207 AEUV stützt.
- 137 Stattdessen beruft sie sich auf das Gutachten 1/91, aus dem sie folgende Passage zitiert:<sup>98</sup>

„Die Zuständigkeit der Gemeinschaft im Bereich der internationalen Beziehungen und ihre Fähigkeit zum Abschluß internationaler Abkommen umfaßt nämlich notwendig die Fähigkeit, sich den Entscheidungen eines durch solche Abkommen geschaffenen oder bestimmten Gerichts zu unterwerfen, was die Auslegung und Anwendung ihrer Bestimmungen angeht.“<sup>99</sup>

- 138 Ferner erklärt die Kommission:

„Die Tatsache, dass die Union die ausschließliche Zuständigkeit für die Vereinbarung der materiellrechtlichen Bestimmungen in Abschnitt A sowie der Bestimmungen über die Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten besitzt, zieht wiederum nach sich, dass die Union nach internationalem Recht für Verstöße gegen solche Bestimmungen grundsätzlich allein zuständig ist.“<sup>100</sup>

### b) Bewertung

- 139 Wie bereits im Rahmen der Ausführungen zu Art. 9.6 EUSFTA,<sup>101</sup> so möchte die Bundesregierung auch hier zunächst daran erinnern, dass es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht dem Rat obliegt, das Vorliegen eines Bereiches gemischter Zuständigkeit zu begründen. Vielmehr ist es Sache der Kommission, „die Ausschließlich-

---

<sup>95</sup> Vgl. oben Rn. 114.

<sup>96</sup> Antrag der Kommission, Rn. 374.

<sup>97</sup> Antrag der Kommission, Rn. 375.

<sup>98</sup> Antrag der Kommission, Rn. 376.

<sup>99</sup> Gutachten 1/91, zitiert in Fn. 32, Rn. 40.

<sup>100</sup> Antrag der Kommission, Rn. 380.

<sup>101</sup> Vgl. oben Rn. 117.

keit der Außenkompetenz der Union nachzuweisen, auf die sie sich berufen möchte“.<sup>102</sup>

140 Dementsprechend ist auch hier festzuhalten, dass zweifelhaft erscheint, ob die Kommission diesen Maßstäben gerecht wird, da sie nicht präzisiert, aus welcher primärrechtlichen Bestimmung sie eine ausschließliche Zuständigkeit der Union für die in Abschnitt B des Kapitels 9 des EUSFTA getroffenen Regelungen ableiten möchte. Zugleich führen diese fehlenden Erläuterungen erneut dazu, dass die Bundesregierung lediglich vermuten kann, dass die Kommission sich insofern auf Art. 207 AEUV stützt.

141 Hiervon ausgehend vermag die Argumentation der Kommission nicht zu überzeugen.

#### **aa) Zum Gutachten 1/91**

142 Dies gilt zunächst einmal mit Blick auf die vorstehend in Randnummer 137 angesprochenen Ausführungen der Kommission zum Gutachten 1/91. Hieraus möchte die Kommission eine umfassende Zuständigkeit der Union für den Abschluss von Abkommen ableiten, welche einen Mechanismus für die Beilegung von Streitigkeiten vorsehen.<sup>103</sup>

143 Dem ist entgegenzuhalten, dass der Gerichtshof in der von der Kommission zitierten Passage des Gutachtens 1/91 lediglich davon spricht, dass die Gemeinschaft – bzw. heute die Union – „sich“ den Entscheidungen eines durch solche Abkommen geschaffenen oder bestimmten Gerichts unterwerfen kann.<sup>104</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die dieser Passage vorangehende Randnummer des Gutachtens 1/91, wo es heißt:

„Sieht aber ein internationales Abkommen ein eigenes Gerichtssystem mit einem Gerichtshof vor, der für die Regelung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien dieses Abkommens und damit für die Auslegung seiner Bestimmungen zuständig ist, so sind die Entscheidungen dieses Gerichtshofes für die Organe der Gemeinschaft, einschließlich des Gerichtshofes, verbindlich.“<sup>105</sup>

144 Mit anderen Worten hat der Gerichtshof im Gutachten 1/91 zum Ausdruck gebracht, dass die Union im Rahmen internationaler Abkommen für sich selbst Verpflichtungen

---

<sup>102</sup> Urteil *Kommission / Rat*, zitiert in Fn. 43, Rn. 74 f.; vgl. hierzu bereits oben Rn. 60.

<sup>103</sup> Antrag der Kommission, Rn. 376.

<sup>104</sup> Gutachten 1/91, zitiert in Fn. 32, Rn. 40.

<sup>105</sup> Gutachten 1/91, zitiert in Fn. 32, Rn. 39 (Hervorhebungen hinzugefügt).

eingehen kann, die sich auf Streitschlichtungssysteme sowie die Beachtung der hieraus resultierenden Entscheidungen beziehen. Demgegenüber ist in Art. 9.11 Abs. 2 Buchst. e) EUSFTA vorgesehen, dass nicht nur Singapur und die Union die Rolle des Beklagten einnehmen können, sondern auch die Mitgliedstaaten. Mithin würde die Union durch die Bestimmungen in Abschnitt B des Kapitels 9 des EUSFTA, sollte letzteres tatsächlich als „Nur-EU“-Abkommen abgeschlossen werden, nicht nur sich selbst binden, sondern zusätzlich auch die Mitgliedstaaten.

- 145 Aus Sicht der Bundesregierung kann dem Gutachten 1/91 nicht entnommen werden, dass der Gerichtshof es als zulässig ansähe, wenn die Union durch den Abschluss internationaler Abkommen andere souveräne Völkerrechtssubjekte als sich selbst einer solchen Bindung zu unterwirft. Dies gilt umso mehr, wenn die von der Union vereinbarten Streitschlichtungssysteme auch über Sachverhalte und Rechtsfragen entscheiden sollten, die – wie etwa Portfolioinvestitionen<sup>106</sup> – nicht in die Zuständigkeit der Union fallen, sondern in die der Mitgliedstaaten. Mithin beruft sich die Kommission zu Unrecht auf diese Rechtsprechung.
- 146 Letzteres gilt noch aus einem weiteren Grund, und zwar sowohl mit Blick auf das Gutachten 1/91 als auch die von der Kommission zusätzlich angeführten<sup>107</sup> Gutachten 1/09<sup>108</sup> und 2/13<sup>109</sup>. Bei den internationalen Abkommen, welche Gegenstand dieser Gutachten waren, handelte es sich durchweg um gemischte Abkommen. Letztere wurden entweder von der Union und ihren Mitgliedstaaten bereits gemeinschaftlich abgeschlossen oder sollten in dieser Form gemeinschaftlich abgeschlossen werden. Im vorliegenden Fall hingegen möchte die Kommission eine Unterwerfung der Mitgliedstaaten unter die im EUSFTA vorgesehenen Investor-Staat-Schiedsverfahren erreichen, ohne dass die Mitgliedstaaten selbst Vertragsparteien dieses Freihandelsabkommens werden sollen. Mithin fehlt es an der erforderlichen Vergleichbarkeit der jeweiligen Ausgangslagen, sodass die besagten Gutachten von vornherein nicht zur Stützung der von der Kommission vertretenen Auffassung dienen können.

#### **bb) Verhältnis zu den materiellrechtlichen Bestimmungen in Abschnitt A**

- 147 Widersprochen werden muss zudem ihren vorstehend in Randnummer 138 wiedergegebenen Ausführungen. Hierin geht die Kommission namentlich davon aus, dass die

---

<sup>106</sup> Vgl. hierzu unten Rn. 273 ff.

<sup>107</sup> Antrag der Kommission, Rn. 377.

<sup>108</sup> Gutachten 1/09, *Patentgerichtssystem*, EU:C:2011:123.

<sup>109</sup> Gutachten 2/13, zitiert in Fn. 7.

Union die ausschließliche Zuständigkeit für die materiellrechtlichen Bestimmungen in Abschnitt A des Kapitels 9 des EUSFTA besitze.

- 148 Dass dies unzutreffend ist, hat die Bundesregierung hinsichtlich der in Art. 9.6 sowie 9.10 EUSFTA getroffenen Regelungen bereits gezeigt.<sup>110</sup> Zudem wird sie in Teil D der vorliegenden Stellungnahme noch näher erläutern, dass es der Union auch an einer solchen Zuständigkeit für die so genannten Portfolioinvestitionen fehlt, die ebenfalls in den Regelungsbereich des Kapitels 9 des EUSFTA fallen.<sup>111</sup>
- 149 Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass die Kommission bei ihren in Randnummer 138 wiedergegebenen Ausführungen schon im Ansatz von einer unzutreffenden Annahme ausgeht. Dies hat zur Folge, dass sich ihre Argumentation auch in diesem Punkt als nicht tragfähig erweist, sodass es sich erübrigt, hierauf weiter einzugehen.

### **cc) Bedeutung der finanziellen Verantwortung der Mitgliedstaaten**

- 150 Erwähnt werden muss demgegenüber die Bedeutung der finanziellen Verantwortung der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit den in Kapitel 9 des EUSFTA getroffenen Regelungen.
- 151 Der Gerichtshof hat in seinen Gutachten 1/76 sowie 1/78 entschieden, dass internationale Abkommen, die zu ihrer Durchführung der Mitwirkung der Mitgliedstaaten bedürfen oder eine finanzielle Verantwortung für die Mitgliedstaaten begründen, von letzteren mitabzuschließen sind.<sup>112</sup> Dies ist vorliegend schon insofern von Bedeutung, als das Investor-Staat-Schiedsverfahren, wie es im EUSFTA vorgesehen ist, nach dessen Art. 9.24 gerade auf die Zuerkennung finanzieller Entschädigungen ausgerichtet ist. Folglich ist festzuhalten, dass es auch aus diesem Grund unrichtig ist, wenn die Kommission von einer ausschließlichen Vertragsschlusskompetenz der Union für die in Kapitel 9 des EUSFTA getroffenen Regelungen ausgeht.
- 152 Mit Blick auf die finanzielle Verantwortung der Mitgliedstaaten ist ferner auf die Verordnung Nr. 912/2014<sup>113</sup> hinzuweisen. Letztere dient zur Schaffung der Rahmenbedingungen für die Regelung der finanziellen Verantwortung bei Investor-Staat-Streitigkeiten

---

<sup>110</sup> Vgl. oben Rn. 114 ff.

<sup>111</sup> Vgl. unten Rn. 273 ff.

<sup>112</sup> Gutachten 1/76, *Stilllegungsfonds*, EU:C:1977:63, Rn. 7; Gutachten 1/78, zitiert in Fn. 25, Rn. 60 a. E.

<sup>113</sup> Verordnung (EU) Nr. 912/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 zur Schaffung der Rahmenbedingungen für die Regelung der finanziellen Verantwortung bei Investor-Staat-Streitigkeiten vor Schiedsgerichten, welche durch internationale Übereinkünfte eingesetzt wurden, bei denen die Europäische Union Vertragspartei ist, ABl. L 257, S. 121.

vor Schiedsgerichten, welche durch internationale Übereinkünfte eingesetzt wurden, bei denen die Union Vertragspartei ist. Hiernach gilt Folgendes:

- Art. 3 Abs. 1 Buchst. b) der Verordnung Nr. 912/2014 bestimmt:  
  
„(1) Die finanzielle Verantwortung, die sich aus einer unter eine Übereinkunft fallenden Streitigkeit ergibt, wird nach den folgenden Kriterien aufgeteilt:  
  
[...]  
  
b) bei dem betroffenen Mitgliedstaat liegt die finanzielle Verantwortung, die sich aus einer von ihm vorgenommenen Behandlung ergibt;“
- Zugleich gibt Art. 9 Abs. 1 Buchst. a) der Verordnung Nr. 912/2014 vor, dass die Kommission anstelle des betroffenen Mitgliedstaats als Beklagter agieren kann, wenn neben der Maßnahme des Mitgliedstaates eine damit zusammenhängende Maßnahme der Union angegriffen wird.

153 Diese Bestimmungen der Verordnung Nr. 912/2014 müssen zusammen mit der in Art. 9.15 Abs. 2 und Abs. 3 EUSFTA getroffenen Regelung betrachtet werden. Hiernach will die Kommission darüber entscheiden, wer in einem Schiedsverfahren als „Beklagter“ agiert. Die Kombination dieser Regelungen kann nun zur Folge haben, dass die Mitgliedstaaten im Einzelfall nicht in der Lage sind, ihre in eigener Zuständigkeit erlassenen Maßnahmen selbst vor einem Investor-Staat-Schiedsgericht nach dem EUSFTA zu verteidigen, sie aber gleichwohl die finanzielle Verantwortung tragen müssen.

154 Eine derart weitgehende Konsequenz lässt sich nur dann mit der Budgethoheit der Mitgliedstaaten vereinbaren, wenn die Rechtsgrundlage, aufgrund derer die Mitgliedstaaten in die finanzielle Verantwortung genommen werden können – hier also das EUSFTA – auch von ihnen mitabgeschlossen wird.<sup>114</sup>

#### **IV. Geistiges Eigentum (Kapitel 11)**

155 Kapitel 11 des EUSFTA enthält Regelungen zum geistigen Eigentum.

---

<sup>114</sup> Gutachten 1/78, zitiert in Fn. 25, Rn. 60.

## 1. Vorbringen der Kommission

- 156 Auch hinsichtlich dieser Regelungen ist die Kommission der Auffassung, sie seien durchweg dem Bereich der gemeinsamen Handelspolitik zuzurechnen und fielen daher nach Art. 207 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 AEUV in die ausschließliche Zuständigkeit der Union.<sup>115</sup>
- 157 Zur Begründung verweist die Kommission darauf, dass Art. 207 Abs. 1 AEUV die „Handelsaspekte des geistigen Eigentums“ einschließt.<sup>116</sup> In diesem Zusammenhang beruft sie sich auf das Urteil in der Rechtssache *Daiichi Sankyo*<sup>117</sup> und erklärt, hierin werde klargestellt, dass sämtliche Regelungsgegenstände des TRIPS-Übereinkommens in die ausschließliche Vertragsschlusskompetenz der Union fielen.<sup>118</sup> Die Bestimmungen in Kapitel 11 des EUSFTA würden im Wesentlichen auf denjenigen des TRIPS-Übereinkommens beruhen und letztere ergänzen.<sup>119</sup> Ferner seien die Regelungen des EUSFTA zum geistigen Eigentum nicht isoliert, sondern als Bestandteil eines umfassenden Handelsabkommens zu betrachten.<sup>120</sup> Zudem ergebe sich aus ihrer Zielsetzung ein spezifischer Bezug zum internationalen Handelsverkehr.<sup>121</sup>

## 2. Bewertung

- 158 Die Bundesregierung sieht sich veranlasst, auch diesem Vorbringen entgegenzutreten. Denn anders, als von der Kommission angenommen, verfügt die Union nicht über eine umfassende Vertragsschlusskompetenz für die in Kapitel 11 des EUSFTA enthaltenen Regelungen zum geistigen Eigentum.
- 159 Um dies zu erläutern, wird im Folgenden zunächst auf die Auslegung des Begriffs der „Handelsaspekte des geistigen Eigentums“ durch den Gerichtshof eingegangen (nachfolgend a). Hiervon ausgehend lässt sich festhalten, dass keine ausschließliche Vertragsschlusskompetenz der Union nach Art. 207 AEUV für das gesamte TRIPS-Übereinkommen besteht und sich hieraus auch im Übrigen keine Rückschlüsse für das EUSFTA ziehen lassen (nachfolgend b).

---

<sup>115</sup> Antrag der Kommission, Rn. 407 f., 429.

<sup>116</sup> Antrag der Kommission, Rn. 408.

<sup>117</sup> Urteil *Daiichi Sankyo*, C-414/11, EU:C:2013:520.

<sup>118</sup> Antrag der Kommission, Rn. 410.

<sup>119</sup> Antrag der Kommission, Rn. 411.

<sup>120</sup> Antrag der Kommission, Rn. 412 f., 427.

<sup>121</sup> Antrag der Kommission, Rn. 414 f., 428.

**a) Zum Begriff der „Handelsaspekte des geistigen Eigentums“**

- 160 Der Gerichtshof hat in dem bereits erwähnten Urteil *Daiichi Sankyo*<sup>122</sup> zum Begriff und zur Reichweite der „Handelsaspekte des geistigen Eigentums“ im Sinne von Art. 207 AEUV Stellung genommen.
- 161 Hierbei hat er an seine bereits dargestellte<sup>123</sup> Rechtsprechung zu den übrigen Gegenständen der gemeinsamen Handelspolitik angeknüpft<sup>124</sup> und namentlich das Erfordernis eines spezifischen Bezugs zum internationalen Handelsverkehr auf die „Handelsaspekte des geistigen Eigentums“ übertragen.<sup>125</sup> Mithin ist auch hinsichtlich dieser Aspekte die zuvor in den Randnummern 51 f. angesprochene zweigliedrige Definition aus Zielrichtung („im Wesentlichen den Handelsverkehr fördern, erleichtern oder regeln“) und Wirkung („direkt und sofort auf ihn auswirkt“) zu beachten, sodass es nicht ausreicht, wenn eine Regelung lediglich „bestimmte Auswirkungen“ auf den internationalen Handelsverkehr hat.<sup>126</sup>
- 162 Ferner muss angesichts der Hinweise der Kommission auf das TRIPS-Übereinkommen erneut daran erinnert werden, dass Art. 207 AEUV keinen dynamischen Verweis auf das Wirtschaftsvölkerrecht enthält und der bloße Umstand, dass eine Sachmaterie im WTO-Recht geregelt ist, nicht ausreichend ist für die Annahme, diese Sachmaterie sei auch von Art. 207 AEUV erfasst.<sup>127</sup>

**b) Keine ausschließliche Vertragsschlusskompetenz der Union für das gesamte TRIPS-Übereinkommen**

- 163 Die Kommission stützt ihre Auffassung, dass die Union nach Art. 207 AEUV für sämtliche im 11. Kapitel des EUSFTA getroffene Regelungen zuständig sei, im Wesentlichen auf die Annahme, dass eine auf diese Vorschrift gestützte Vertragsschlusskompetenz der Union für das gesamte TRIPS-Übereinkommen bestehe, welches durch die Regelungen des EUSFTA lediglich ergänzt werde.<sup>128</sup>
- 164 Dem ist zu widersprechen.

---

<sup>122</sup> Urteil *Daiichi Sankyo*, zitiert in Fn. 117.

<sup>123</sup> Vgl. oben insb. Rn. 39 ff.

<sup>124</sup> Urteil *Daiichi Sankyo*, zitiert in Fn. 117, Rn. 51.

<sup>125</sup> Urteil *Daiichi Sankyo*, zitiert in Fn. 117, Rn. 52.

<sup>126</sup> Urteil *Daiichi Sankyo*, zitiert in Fn. 117, Rn. 51.

<sup>127</sup> Vgl. oben Rn. 43.

<sup>128</sup> Antrag der Kommission, Rn. 411 ff.

### aa) Zur Annahme der Kommission

- 165 Zunächst einmal vermittelt Art. 207 AEUV der Union nicht die ausschließliche Vertragsschlusskompetenz für sämtliche im TRIPS-Übereinkommen getroffene Regelungen. Vielmehr bedarf es insofern einer Betrachtung, die zwischen den jeweiligen Bestimmungen dieses Übereinkommens differenziert; dies gilt umso mehr, als die einzelnen Teile des TRIPS sehr unterschiedlichen Charakter haben.<sup>129</sup> Anderenfalls würde dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nicht hinreichend Rechnung getragen.<sup>130</sup> Hiervon ausgehend lässt sich festhalten, dass jedenfalls die Bestimmungen über die Rechtsdurchsetzung nicht unter die gemeinsame Handelspolitik fallen.
- 166 Letzteres gilt zunächst mit Blick auf die Artikel 42 bis 50 des TRIPS-Übereinkommens. Diese Vorschriften verpflichten die Vertragsparteien insbesondere dazu, bestimmte zivilgerichtliche Verfahren zur Durchsetzung der durch dieses Übereinkommen geschützten Rechte bereitzustellen. Zudem werden inhaltliche Anforderungen an die besagten Verfahren gestellt. Folglich regeln die Artikel 42 bis 50 des TRIPS-Übereinkommens der Sache nach Fragen des Gerichtsverfassungs- sowie des Zivilprozessrechts.
- 167 Damit fehlt es diesen Bestimmungen des TRIPS an dem für Art. 207 AEUV erforderlichen spezifischen Bezug zum internationalen Handelsverkehr. Denn ihr wesentlicher Zweck liegt nicht in der Erleichterung, Förderung oder Regelung des internationalen Handelsverkehrs, sondern in der Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Grundsätzen genügenden gerichtlichen Verfahrens. Zudem zeitigen diese Bestimmungen keine unmittelbaren und sofortigen Wirkungen auf den internationalen Handel. Vielmehr kann sich die Existenz rechtsstaatlicher Verfahren nur über einen gewissen Zeitraum hinweg sowie mittelbar und indirekt auf den internationalen Handelsverkehr auswirken, etwa durch die Entstehung eines verbesserten Investitionsklimas.
- 168 Diese Erwägungen gelten umso mehr für Art. 61 des TRIPS-Übereinkommens. Hiernach sind die Vertragsparteien dazu verpflichtet, zumindest die vorsätzliche und gewerbsmäßige Fälschung von Markenwaren sowie die Verletzung von Urheberrechten unter Strafe zu stellen. Der hierdurch begründete Schutz dieser Rechte des geistigen Eigentums geht weit über eine bloße Förderung des Austauschs von Waren und Dienstleistungen hinaus. Zudem gilt es zu bedenken, dass die diesbezüglichen Traditi-

---

<sup>129</sup> So betrifft z. B. Teil II des TRIPS das materielle Zivilrecht, sein Teil III hingegen Zivilprozessrecht, öffentliches Recht und materielles Strafrecht.

<sup>130</sup> Vgl. oben Rn. 10 ff.

onen nicht nur international, sondern auch innerhalb der Union sehr verschieden sind. Nicht zuletzt aus diesem Grund ist die Harmonisierung des materiellen Strafrechts innerhalb der Union nach Maßgabe von Art. 83 Abs. 2 AEUV nur unter besonderen Bedingungen und Verfahren zulässig. Diese Vorgabe, welche gerade der besonderen Sensibilität des Strafrechts Rechnung tragen soll, würde umgangen, wenn die Union mithilfe eines auf Art. 207 AEUV gestützten Abkommens mit bindender Wirkung für die Mitgliedstaaten<sup>131</sup> eine Harmonisierung von Strafvorschriften herbeiführen könnte. Eine derartige Auslegung des Art. 207 AEUV stünde daher im Widerspruch zu den Verträgen.<sup>132</sup>

- 169 Den vorstehenden Überlegungen zur Reichweite der Zuständigkeit der Union für das TRIPS-Übereinkommen nach Art. 207 AEUV steht auch das von der Kommission angeführte Urteil in der Rechtssache *Daiichi Sankyo* nicht entgegen. Denn letzteres hatte primär die Vertragsschlusskompetenz der Union für Art. 27 des TRIPS-Übereinkommens zum Gegenstand.<sup>133</sup> Diese Bestimmung zählt zu Teil II des TRIPS-Übereinkommens, welches den Inhalt der Rechte des geistigen Eigentums regelt, nicht aber Fragen ihrer zivilrechtlichen Durchsetzung beziehungsweise ihres strafrechtlichen Schutzes.

#### **bb) Keine Übertragbarkeit des Urteils *Daiichi Sankyo* auf das EUSFTA**

- 170 Selbst wenn man diesbezüglich anderer Auffassung wäre und annähme, dass die Union nach Art. 207 AEUV eine ausschließliche Vertragsschlusskompetenz für das gesamte TRIPS-Übereinkommen besitzt, ließe sich hieraus nicht auf das Bestehen einer ebensolchen Vertragsschlusskompetenz der Union für sämtliche im EUSFTA getroffenen Regelungen zum geistigen Eigentum schließen.
- 171 Vielmehr ist darauf hinzuweisen, dass in den Gründen des Urteils *Daiichi Sankyo* ein Umstand betont wird, aufgrund dessen sich das TRIPS-Übereinkommen wesentlich vom EUSFTA unterscheidet. Der Gerichtshof unterstreicht nämlich die Besonderheiten der WTO-Rechtsordnung, in deren Rahmen das TRIPS-Übereinkommen geschlossen worden ist, und leitet hieraus das Bestehen eines spezifischen Bezugs zum internationalen Handelsverkehr ab.<sup>134</sup> Das EUSFTA hingegen ist nicht Bestandteil der WTO-Rechtsordnung, hat dementsprechend nicht an deren Besonderheiten teil und weist

---

<sup>131</sup> Vgl. Art. 216 Abs. 2 AEUV.

<sup>132</sup> Vgl. oben Rn. 55.

<sup>133</sup> Urteil *Daiichi Sankyo*, zitiert in Fn. 117, Rn. 61.

<sup>134</sup> Urteil *Daiichi Sankyo*, zitiert in Fn. 117, insb. Rn. 53 f.

somit auch nicht den hieraus resultierenden spezifischen Bezug zum internationalen Handelsverkehr auf.

- 172 Wollte man demgegenüber annehmen, dass sich ein solcher spezifischer Bezug einer Regelung immer bereits dann ergibt, wenn eine Regelung Bestandteil (irgend)eines geplanten Handelsabkommens ist, so würde hierdurch die vom Gerichtshof aufgestellte zweigliedrige Definition, welche auf Zielrichtung und Wirkung der betreffenden Regelung abstellt,<sup>135</sup> faktisch außer Kraft gesetzt.

### **c) Zwischenergebnis**

- 173 Damit lässt sich festhalten, dass die Argumentation, mittels derer die Kommission eine ausschließliche Vertragsschlusskompetenz der Union für sämtliche Bestimmungen des Kapitels 11 des EUSFTA aus Art. 207 AEUV herzuleiten versucht, nicht tragfähig ist.
- 174 Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Kommission das Bestehen einer solchen ausschließlichen Vertragsschlusskompetenz der Union auch nicht auf andere Art – und sei es lediglich hilfsweise – zu begründen versucht. Dies gilt namentlich mit Blick auf die in Art. 3 Abs. 2 AEUV getroffene Regelung. Da der Kommission jedoch insofern, wie zuvor in Randnummer 60 dargestellt, die Darlegungs- und Beweislast obliegt, sieht auch die Bundesregierung von weiteren Ausführungen zu dieser Frage ab.

## **V. Nachhaltige Entwicklung (Kapitel 13)**

- 175 Kapitel 13 des EUSFTA befasst sich mit Handel und nachhaltiger Entwicklung. Neben allgemeinen Bestimmungen finden sich hierin namentlich Regelungen zu Arbeits- (Abschnitt B) und Umweltaspekten (Abschnitt C).

### **1. Vorbringen der Kommission**

- 176 Die Kommission ist der Auffassung, dass auch die Bestimmungen dieses Kapitels vollumfänglich in den Bereich der gemeinsamen Handelspolitik der Union fallen.<sup>136</sup>
- 177 Hierzu vertritt sie unter Verweis auf das Gutachten 2/00:<sup>137</sup>

„Die direkten und sofortigen Auswirkungen auf den Handelsverkehr müssen nicht unbedingt in der *Förderung* oder *Erleichterung* des Handels be-

---

<sup>135</sup> Vgl. oben Rn. 52 und 161.

<sup>136</sup> Antrag der Kommission, Rn. 446.

<sup>137</sup> Gutachten 2/00, zitiert in Fn. 41.

stehen. Damit ein Rechtsakt der Union in den Geltungsbereich des Artikels 207 AEUV fällt, reicht es vielmehr aus, dass ein solcher Rechtsakt ein Instrument darstellt, das *im Wesentlichen* den Handelsverkehr fördern, erleichtern oder *regeln* soll.<sup>138</sup>

- 178 Ferner erklärt die Kommission, sie sei aufgrund der Zielvorgabe des Art. 3 Abs. 5 EUV verpflichtet, eine harmonische und ausgeglichene Entwicklung der Handelspolitik mit dem Ziel einer nachhaltigen Entwicklung sicherzustellen.<sup>139</sup> In diesem Zusammenhang verweist sie auch auf die Sozialklausel des Art. 9 AEUV sowie die in Art. 21 Abs. 2 EUV benannten Ziele für das auswärtige Handeln der Union.<sup>140</sup> Zudem zieht sie eine Parallele zu den Zielvorgaben „des Handelsrechts auf globaler und regionaler Ebene“.<sup>141</sup>
- 179 Mit Blick auf die „spezifischen Pflichten im Rahmen des Kapitels 13 des EUSFTA“ erklärt die Kommission, von diesen mache ebenfalls keine die Beteiligung der Mitgliedstaaten am Abschluss des EUSFTA erforderlich.<sup>142</sup>

## 2. Bewertung

- 180 Die Ausführungen zu Kapitel 13 des EUSFTA sind beispielhaft für die Art und Weise, in welcher die Kommission den Anwendungsbereich des Art. 207 AEUV überdehnt, um eine ausschließliche Zuständigkeit der Union für den Abschluss dieses Freihandelsabkommens zu begründen.
- 181 Was zunächst den Verweis der Kommission auf das Gutachten 2/00 anbelangt, so ist nicht ersichtlich, dass der Gerichtshof in der von der Kommission benannten Passage<sup>143</sup> – oder an einer anderen Stelle dieses Gutachtens – eine Aussage des von der Kommission behaupteten Inhalts getroffen hätte. Vielmehr scheint die Kommission insofern auf die von ihr selbst im Rahmen des damaligen Verfahrens vertretene Rechtsauffassung Bezug zu nehmen.<sup>144</sup> Daher sei hier nochmals daran erinnert, dass in der

---

<sup>138</sup> Antrag der Kommission, Rn. 448 (Hervorhebungen im Original).

<sup>139</sup> Antrag der Kommission, Rn. 467.

<sup>140</sup> Antrag der Kommission, Rn. 468 f.

<sup>141</sup> Antrag der Kommission, Rn. 471.

<sup>142</sup> Antrag der Kommission, Rn. 473.

<sup>143</sup> Gutachten 2/00, zitiert in Fn. 41, Rn. 37.

<sup>144</sup> Vgl. hierzu Gutachten 2/00, zitiert in Fn. 41, Ziff. II.B.2, wo es heißt: „Die Kommission vertritt die Ansicht, dass der Abschluss des Protokolls aufgrund von dessen Ziel und Inhalt im Wesentlichen in die ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft nach Artikel 133 EG falle. Die wirksame Verteidigung des Gesamtinteresses der Gemeinschaft und damit des Interesses aller Mitgliedstaaten verlange, dass das Protokoll auf der Grundlage dieser Bestimmung geschlossen werde.“

Frage der Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit dem Abschluss internationaler Abkommen keine quantitative Betrachtung im Sinne einer „Schwerpunkttheorie“ vorgenommen werden kann. Vielmehr lösen bereits einzelne Bestimmungen in einem internationalen Vertragswerk den Zwang zum Abschluss eines gemischten Abkommens aus.<sup>145</sup>

182 Auch mit Blick auf die vorstehend in Randnummer 178 wiedergegebenen Aussagen der Kommission erinnert die Bundesregierung an die folgenden, bereits in Teil B dieser Stellungnahme getroffenen Feststellungen:

- Bloße Zielbestimmungen der Verträge, wie sie sich in den von der Kommission angeführten Artikeln 3 Abs. 5 und 21 Abs. 2 EUV sowie 9 AEUV finden, bilden keine tragfähige Grundlage für eine erweiternde Auslegung der Sachmaterie der gemeinsamen Handelspolitik.<sup>146</sup>
- Auch mit dem Hinweis auf Regelungen „des Handelsrechts auf globaler und regionaler Ebene“ vermag die Kommission den Anwendungsbereich des Art. 207 AEUV nicht zu erweitern. Denn diese unionsrechtliche Bestimmung enthält keinen dynamischen Verweis auf das Wirtschaftsvölkerrecht.<sup>147</sup>

183 Was schließlich die von der Kommission angesprochenen „spezifischen Pflichten im Rahmen des Kapitels 13 des EUSFTA“ anbelangt, so ist ihrem Vortrag zu widersprechen, dass hieraus keine Verpflichtung zur Beteiligung der Mitgliedstaaten resultiere. Denn sowohl hinsichtlich der Arbeitsaspekte (nachfolgend a) als auch hinsichtlich der Umweltaspekte (nachfolgend b) enthält Kapitel 13 des EUSFTA Regelungen, welche sich nicht unter die Außenhandelskompetenz der Union nach Art. 207 AEUV subsumieren lassen.

#### **a) Arbeitsaspekte**

184 Diesbezüglich sind zu den Arbeitsaspekten zunächst die folgenden Bestimmungen aus dem einleitenden Abschnitt A des Kapitels 13 zu benennen:

- Art. 13.1 EUSFTA: Hierin bestätigen die Vertragsparteien ihr Engagement für die Entwicklung und Förderung des internationalen sowie ihres bilateralen Handels im Sinne der Förderung einer nachhaltigen Entwicklung. Dabei berufen sie sich

---

<sup>145</sup> Vgl. oben Rn. 61 f.

<sup>146</sup> Vgl. oben Rn. 30 ff.

<sup>147</sup> Vgl. oben Rn. 37 ff.

auf verschiedene Instrumente, zu denen namentlich solche der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) zählen. Die Vertragsparteien erkennen diesbezüglich die Unangemessenheit einer infolge des Handels eintretenden Schwächung des Schutzniveaus an, welches durch nationale Arbeitsschutzgesetze gewährleistet wird.

- Art. 13.2 EUSFTA: Hierin wird das Recht der Vertragsparteien anerkannt, über ihre eigenen Umwelt- und Arbeitsschutzniveaus zu bestimmen und ihre diesbezüglichen Rechtsvorschriften bzw. ihre diesbezügliche Politik festzulegen oder zu ändern.

185 Aus dem spezifisch auf die Arbeitsaspekte bezogenen Abschnitt B des Kapitels 13 sind folgende Regelungen in den Blick zu nehmen:

- Art. 13.3 EUSFTA: Hierin erkennen die Vertragsparteien in Übereinstimmung mit den von ihnen übernommenen Verpflichtungen namentlich die Kernarbeitsnormen der IAO an. Zugleich bringen sie zum Ausdruck, dass sie sich weiterhin nachhaltig um die Ratifizierung und Umsetzung der Kernarbeitsnormen der IAO bemühen werden.
- Art. 13.4 EUSFTA: Hierin vereinbaren die Vertragsparteien eine Zusammenarbeit, die sich u. a. auf den Austausch von Informationen und Sichtweisen über die Förderung der Kernarbeitsnormen der IAO erstreckt.

186 Die vorstehend genannten Bestimmungen aus Kapitel 13 des EUSFTA betreffen nicht – im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs<sup>148</sup> – speziell den internationalen Handelsverkehr. Vielmehr handelt es sich hierbei um Regelungen, welche die Arbeitsbedingungen, den Arbeitsschutz und die Zusammenarbeit der Vertragsparteien in diesen Bereichen zum Gegenstand haben. Dementsprechend können sie lediglich bestimmte Auswirkungen auf den internationalen Handelsverkehr haben.<sup>149</sup>

187 Mithin beruft sich die Kommission auch diesbezüglich zu Unrecht auf eine ausschließliche Vertragsschlusskompetenz der Union nach Art. 207 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 AEUV. Richtig ist vielmehr, dass es sich um Aspekte der Sozialpolitik handelt, die primärrechtlich zuvörderst in den Artikeln 151 bis 161 AEUV geregelt sind. In diesem Be-

---

<sup>148</sup> Urteil *Kommission / Rat*, zitiert in Fn. 38, Rn. 57.

<sup>149</sup> Vgl. oben Rn. 51 f.

reich getroffene Maßnahmen fallen nach Maßgabe des Art. 4 Abs. 2 Buchst. b) AEUV in die geteilte Zuständigkeit der Union und der Mitgliedstaaten.

- 188 Auch ist nicht ersichtlich, dass ein Tätigwerden der Union notwendig wäre, weil durch die Bestimmungen des Kapitels 13 des EUSFTA bestehende unionsrechtliche Regeln beeinträchtigt oder in ihrer Tragweite verändert werden könnten, was nach Art. 3 Abs. 2 AEUV zu einer ausschließlichen Vertragsschlusskompetenz der Union führen würde. Da diesbezüglich auch vonseiten der Kommission, die hierfür die Darlegungs- und Beweislast trifft,<sup>150</sup> nichts vorgetragen wird, sieht die Bundesregierung von weitergehenden Ausführungen zu dieser Frage ab.

### **b) Umweltaspekte**

- 189 Hinsichtlich der Umweltaspekte, die primär in Abschnitt C des Kapitels 13 geregelt sind, enthält das EUSFTA ebenfalls Bestimmungen, die nicht der gemeinsamen Handelspolitik zuzurechnen sind, sodass sie nicht der ausschließlichen Zuständigkeit der Union nach Art. 207 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 AEUV unterfallen.

### **aa) Ausgangspunkt**

- 190 Den Ausgangspunkt bildet hierbei wiederum der Umstand, dass ein Rechtsakt (nur) dann Teil der gemeinsamen Handelspolitik sein kann, „wenn er speziell den internationalen Warenaustausch betrifft, weil er im Wesentlichen den Handelsverkehr fördern, erleichtern oder regeln soll und sich direkt und sofort auf ihn auswirkt“.<sup>151</sup>
- 191 Wie nachstehend unter bb) noch näher zu erläutern sein wird, trifft dies bei den Artikeln 13.1 und 13.2 EUSFTA – wie schon im Fall der Arbeitsaspekte – nicht zu. Gleiches gilt hinsichtlich der Artikel 13.6, 13.7, 13.10, 13.11 sowie 13.12 EUSFTA. Sämtliche dieser Bestimmungen weisen entweder keinen oder allenfalls einen mittelbaren Bezug zum Handelsverkehr auf. Stattdessen fallen sie ganz oder teilweise unter die geteilte Außenkompetenz der Union im Bereich der Umweltpolitik nach Maßgabe von Art. 192 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 Buchst. e) AEUV. Denn der Hauptzweck der besagten Regelungen des EUSFTA liegt im Umweltschutz.
- 192 Vor diesem Hintergrund ist es zu kurz gedacht, wenn die Kommission vorträgt, es sei „unbestritten, dass das Unionsrecht die Einbeziehung bestimmter nichthandelsbezoge-

---

<sup>150</sup> Vgl. oben Rn. 60.

<sup>151</sup> Urteil *Kommission / Rat*, zitiert in Fn. 38, Rn. 57.

ner Angelegenheiten in ihre Beziehungen mit der übrigen Welt und vor diesem Hintergrund in die Handelspolitik der Union nicht nur ermöglicht, sondern auch bewusst vorsieht“.<sup>152</sup> Namentlich ist darauf hinzuweisen, dass in den vorstehend in Randnummer 191 benannten Bestimmungen des EUSFTA – anders als in der von der Kommission<sup>153</sup> zitierten *Energy Star*-Rechtsprechung<sup>154</sup> – Umweltbelange nicht lediglich „berücksichtigt“ werden. Vielmehr liegt hier der Schwerpunkt dieser Regelungen. Zudem ging es bei den Vorschriften, welche dem Urteil *Energy Star* zugrunde lagen, um langfristig mögliche positive Auswirkungen auf die Umwelt.<sup>155</sup> Vorliegend verhält es sich – wie auch die Kommission selbst vorträgt – genau umgekehrt, da es hier um mögliche Auswirkungen umweltrechtlicher Regelungen auf den Handel geht.<sup>156</sup> Dementsprechend bilden die Auswirkungen auf den Handel im vorliegenden Fall lediglich einen Reflex beabsichtigter Umweltschutzmaßnahmen, weshalb sie der die Umweltpolitik betreffenden Kompetenznorm zuzuordnen sind.

## **bb) Beispiele**

- 193 Die Bundesregierung wird dies im Folgenden anhand einiger Bestimmungen aus den Abschnitten A und C des Kapitels 13 des EUSFTA näher erläutern. Zugleich möchte sie betonen, dass es sich hierbei lediglich um Beispiele handelt, ohne dass diesen notwendigerweise ein abschließender Charakter zukäme.

### **(1) Art. 13.1 EUSFTA**

- 194 In Art. 13.1 Abs. 2 EUSFTA bekräftigen („recognize“) die Vertragsparteien, dass Umweltschutz, soziale Entwicklung und wirtschaftliche Entwicklung drei Komponenten der nachhaltigen Entwicklung darstellen, die sich gegenseitig verstärken. Diese Bestimmung enthält einen eigenständigen Aussagegehalt ohne spezifischen Handelsbezug. Denn die Ratio dieses Satzes beschränkt sich auf die Anerkennung des Modells der nachhaltigen Entwicklung sowie deren Komponenten. Hieran ändert auch der zweite Satz von Art. 13.1 Abs. 2 EUSFTA nichts, welcher die Vorteile der Zusammenarbeit in handelsbezogenen Sozial- und Umweltbelangen unterstreicht.

---

<sup>152</sup> Antrag der Kommission, Rn. 466.

<sup>153</sup> Antrag der Kommission, Rn. 452.

<sup>154</sup> Urteil *Kommission / Rat* („Energy Star“), C-281/01, EU:C:2002:761, Rn. 39 - 43.

<sup>155</sup> Urteil *Kommission / Rat* („Energy Star“), zitiert in Fn. 154, Rn. 40 f.

<sup>156</sup> Antrag der Kommission, Rn. 454 f., 485, 490.

195 Auch Art. 13.1 Abs. 3 EUSFTA verfolgt als Hauptzweck den Umwelt- bzw. den Arbeitsschutz. Den Vertragsparteien wird untersagt, die Standards ihrer diesbezüglichen Gesetze abzusenken, um Anreize für den Handel zu schaffen. Mithin liegt das spezifische Ziel dieser Bestimmung nicht in der Förderung oder Regelung des Handels, sondern in der Sicherstellung des durch nationale Umwelt- und Arbeitsschutzvorschriften gewährleisteten Schutzniveaus.

### **(2) Art. 13.2 EUSFTA**

196 Art. 13.2 Abs. 1 EUSFTA hat das Recht der Vertragsparteien zum Gegenstand, in den Grenzen bestehender Verträge eigene Arbeits- und Umweltschutzstandards festzuschreiben. Ein Bezug zum Handel bzw. handelspolitischen Regelungen wird hierin nicht hergestellt. Vielmehr besteht der Regelungsgehalt dieser Bestimmung des EUSFTA in der gegenseitigen Zusicherung, bei der nationalen Setzung von Umwelt- und Arbeitsstandards bestimmte Freiheiten zu garantieren. Selbst wenn man mit Blick auf den Gesamtkontext, in welchen sich Art. 13.2 Abs. 1 EUSFTA einreicht, einen Handelsbezug als gegeben ansähe, müsste festgehalten werden, dass hierin nicht das spezifische Regelungsziel dieser Bestimmung liegt.

197 Art. 13.2 Abs. 2 EUSFTA verpflichtet die Vertragsparteien, ihre Gesetze und Politiken weiter zu verbessern und dabei ein hohes Schutzniveau für den Umwelt- und Arbeitsschutz zu erreichen. Mithin sind ausschließlich die letztgenannten Aspekte Gegenstand dieser Regelung, nicht aber der Handel.

### **(3) Art. 13.6 EUSFTA**

198 Die in Art. 13.6 Abs. 2 EUSFTA enthaltene Verpflichtung, multilaterale Umweltverträge auf dem eigenen Hoheitsgebiet effektiv in Gesetze, Regelungen oder Maßnahmen und Praktiken umzusetzen, dient ausschließlich dem Umweltschutz.

199 Zwar besteht eine solche Verpflichtung bereits aufgrund der Mitgliedschaft in den jeweiligen multilateralen Umweltverträgen. Durch die Aufnahme in das EUSFTA werden jedoch diese Verpflichtungen gegenüber dem Vertragspartner eingegangen und somit die besagten Umweltverträge in das bilaterale Verhältnis der Parteien des EUSFTA inkorporiert.

200 Gleiches gilt für die in Art. 13.6 Abs. 3 EUSFTA niedergelegte Bekräftigung des in dem Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen (UNFCCC) niedergelegten Zieles.

#### **(4) Art. 13.7 EUSFTA**

- 201 Nicht anders verhält es sich mit Blick auf Art. 13.7 EUSFTA, soweit hierin die Bedeutung der Erhaltung der Wälder angesprochen ist. Dies berührt ebenfalls die Umweltkompetenz.

#### **(5) Art. 13.10 EUSFTA**

- 202 In Art. 13.10 Buchst. a), b), c), d), f), g) und i) EUSFTA besteht allenfalls ein mittelbarer Handelsbezug. Dieser kann nach Maßgabe der vorstehend in Randnummer 62 angesprochenen Pastis-Theorie nicht als ausreichend angesehen werden, um die bestehende Umweltkompetenz gänzlich zu verdrängen.
- 203 Soweit beispielsweise Art. 13.10 Buchst. a) EUSFTA die Abmilderung negativer Folgen dieses Freihandelsabkommens für „Umweltaspekte“ zum Gegenstand hat, lassen sich hierunter auch reine Umweltschutzmaßnahmen fassen. Damit ist auch die Umweltschutzkompetenz betroffen, sofern man entsprechende Maßnahmen nicht ausschließen will. Gleiches gilt, soweit es in Buchst. b) dieser Bestimmung um Umweltaspekte des Handels geht, die in der WTO oder im Umweltprogramm der Vereinten Nationen oder in multilateralen Umweltübereinkommen bearbeitet werden.

#### **(6) Art. 13.11 EUSFTA**

- 204 In Art. 13.11 Abs. 1 EUSFTA verpflichten sich die Vertragsparteien u. a. dazu, Anstrengungen zu unternehmen, um Investitionen in Umweltgüter und Umweltdienstleistungen zu ermöglichen und zu fördern. Auch diese Maßnahmen betreffen nicht „speziell“ den internationalen Handelsverkehr, sondern können lediglich „bestimmte Auswirkungen“ hierauf haben.<sup>157</sup>
- 205 In Art. 13.11 Abs. 3 EUSFTA erkennen die Vertragsparteien die Notwendigkeit an, bei der Entwicklung öffentlicher Fördermaßnahmen für fossile Brennstoffe hinreichend auf das Erfordernis der Reduzierung von Treibhausgasen zu achten. Dieses Berücksichtigungsgebot ist eine Maßnahme der Umweltpolitik, die als solche in die geteilte Zuständigkeit der Union und der Mitgliedstaaten fällt. In Ermangelung einer abschließenden Harmonisierung und eingedenk der Schutzverstärkungsklausel des Art. 193 AEUV bestehen hierfür weiterhin Kompetenzen der Mitgliedsstaaten. Dies gilt umso mehr, als es in Art. 13.11 Abs. 3 EUSFTA um die Entwicklung nationaler Fördersysteme geht.

---

<sup>157</sup> Vgl. oben Rn. 52.

### **(7) Art. 13.12 EUSFTA**

206 In Art. 13.12 EUSFTA geht es um die Aufrechterhaltung u. a. von Umweltschutzstandards. Ein Bezug zum Handelsverkehr wird hierin (lediglich) dadurch hergestellt, dass von den Umweltstandards nicht in einer Weise abgewichen werden darf, die Auswirkungen auf den Handel zwischen den Vertragsparteien hat. Mithin geht es um die Eingrenzung „bestimmter Auswirkungen“, welche ein solches Abweichen zeitigen kann. Hingegen ist diese Regelung nicht – im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs – speziell auf den internationalen Warenaustausch gerichtet, in dem sie sich „direkt und sofort“ auf ihn auswirkt.<sup>158</sup>

### **cc) Keine ungeschriebene ausschließliche Zuständigkeit der Union**

207 Ergänzend weist die Bundesregierung darauf hin, dass hinsichtlich der Umweltaspekte, wie sie in den vorstehend beschriebenen Bestimmungen des EUSFTA enthalten sind, auch nicht vom Bestehen einer ungeschriebenen ausschließlichen Zuständigkeit der Union zum Abschluss dieses Abkommens ausgegangen werden kann. Eine solche ließe sich lediglich unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 2 AEUV annehmen. Aber auch insofern ist weder von der Kommission vorgetragen noch anderweitig ersichtlich, dass die hierfür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt wären.

208 Dies gilt namentlich mit Blick auf die dritte Variante des Art. 3 Abs. 2 AEUV. Hiernach hat die Union die ausschließliche Zuständigkeit für den Abschluss internationaler Übereinkünfte, soweit hierdurch gemeinsame Regeln beeinträchtigt oder deren Tragweite verändert werden könnte. Hierbei handelt es sich um eine Kodifizierung der sogenannten *AETR*-Rechtsprechung des Gerichtshofs, der zufolge von einer ausgeübten Binnenkompetenz auf das Bestehen einer parallelen Außenkompetenz geschlossen werden kann.<sup>159</sup> In den vorliegend in Rede stehenden umweltrechtlichen Regelungsgebieten hat jedoch noch keine weitgehende unionsrechtliche Harmonisierung stattgefunden. Mithin kann hier mangels ausgeübter Innenkompetenz nicht auf eine parallele Außenkompetenz geschlossen werden. Zudem ist die Annahme einer ausschließlichen Unionskompetenz nicht erforderlich, um die Ziele der Union zu verwirklichen oder die Gefahr einer Beeinträchtigung gemeinsamer Vorschriften abzuwenden.

---

<sup>158</sup> Vgl. oben Rn. 52.

<sup>159</sup> Grundlegend Urteil *Kommission / Rat*, 22/70, EU:C:1971:32, Rn. 15/19.

## VI. Transparenz (Kapitel 14)

- 209 Kapitel 14 des EUSFTA enthält eine Reihe von Vorschriften, die dem Zweck seiner transparenten Umsetzung dienen und die gemäß Art. 14.8 EUSFTA vorbehaltlich spezieller Regelungen in anderen Kapiteln des geplanten Abkommens gelten.
- 210 Hierzu haben die französische Regierung und die Bundesregierung im Rahmen der Beratungen des Handelspolitischen Ausschusses bereits vorgetragen, dass namentlich die Regelungsgegenstände des Art. 14.5 EUSFTA (Verwaltungsverfahren) sowie des Art. 14.6 EUSFTA (Rechtsschutz gegen Verwaltungsentscheidungen) auch in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen.<sup>160</sup> Denn die Umsetzung des Abkommens setzt ein umfassendes Tätigwerden der Behörden der Mitgliedstaaten voraus. Dies gilt beispielsweise für ihre Zollbehörden, öffentliche Auftraggeber oder Wettbewerbsbehörden. Dementsprechend ist der *effet utile* der in Kapitel 14 des EUSFTA vorgesehenen Transparenzvorschriften nur gewahrt, wenn sich diese Vorschriften auch an die Behörden der Mitgliedstaaten richten.

### 1. Vorbringen der Kommission

- 211 Demgegenüber geht die Kommission auch mit Blick auf die in Kapitel 14 des EUSFTA enthaltenen Bestimmungen von einer ausschließlichen Zuständigkeit der Union nach Art. 207 AEUV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 AEUV aus. Zur Begründung wählt sie drei Ansatzpunkte:<sup>161</sup>
- Erstens bestehe das Ziel dieser Bestimmungen darin, den Wirtschaftsbeteiligten zu ermöglichen, sich mit dem Regelungsumfeld jeder Vertragspartei besser vertraut zu machen, wodurch Handel und Investitionen zwischen den Vertragsparteien erleichtert würden.
  - Zweitens würden durch die Festlegungen in Kapitel 14 lediglich die bestehenden Transparenzvorschriften des WTO-Übereinkommens klargestellt und verbessert.
  - Drittens sei darauf hinzuweisen, dass die Union – nach Auffassung der Kommission – für die übrigen Kapitel des EUSFTA die ausschließliche Zuständigkeit besitze. Daraus folge, dass die Union auch für die in Kapitel 14 getroffenen Regelungen ausschließlich zuständig sein müsse. Denn diese Regelungen seien hori-

---

<sup>160</sup> Anlage 3 zum Antrag der Kommission.

<sup>161</sup> Antrag der Kommission, Rn. 497.

zontaler Natur und dienen lediglich zur Ergänzung der übrigen Kapitel des EUSFTA.

## 2. Bewertung

212 Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen.

### a) Bezug zu den übrigen Regelungsgegenständen des EUSFTA

213 Um dies zu erläutern, genügt mit Blick auf den dritten in Randnummer 211 wiedergegebenen Begründungsansatz der Hinweis, dass dieser allenfalls dann stichhaltig sein könnte, wenn die Union tatsächlich die ausschließliche Zuständigkeit für alle sonstigen im EUSFTA geregelten Bereiche besäße. Dies ist jedoch – wie gezeigt – nicht der Fall. Daher bedarf es hierzu keiner weiteren Ausführungen.

### b) Erleichterung von Handel und Investitionen

214 Wenn die Kommission in ihrem ersten Begründungsansatz mit einer „Erleichterung“ von Handel und Investitionen argumentiert, stellt sich dies der Sache nach erneut als Ausfluss ihres weiten und dynamischen Verständnisses der Reichweite des Art. 207 AEUV dar.

215 Daher ist auch hier wieder daran zu erinnern, dass es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht genügt, wenn Maßnahmen lediglich „bestimmte Auswirkungen“ auf den internationalen Handelsverkehr haben, um sie der gemeinsamen Handelspolitik zurechnen zu können.<sup>162</sup> Vielmehr bedarf es hierzu eines spezifischen Zusammenhangs in dem Sinne, dass die betreffende Regelung speziell den internationalen Handelsverkehr betrifft.<sup>163</sup>

216 Bei Zugrundelegung dieses Maßstabes kommt der Union für die in Art. 14.5 und Art. 14.6 EUSFTA getroffenen Regelungen keine Vertragsschlusskompetenz auf Grundlage des Art. 207 AEUV zu. Denn diese beiden Normen des EUSFTA enthalten allgemeine Vorgaben zum Verwaltungsverfahren und zum Rechtsschutz gegen Verwaltungsentscheidungen. Einen spezifischen Bezug zum Handelsverkehr weisen sie damit nicht auf.

---

<sup>162</sup> Urteil *Kommission / Rat*, zitiert in Fn. 38, Rn. 57.

<sup>163</sup> Vgl. oben Rn. 52.

- 217 Letzteres ergibt sich bereits aus ihrer im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung zu ermittelnden Zielrichtung. Denn Regelungen zum Verwaltungsverfahren und zum diesbezüglichen Rechtsschutz betreffen alle der Hoheitsgewalt der Union beziehungsweise der Mitgliedstaaten Unterworfenen in gleicher Weise. Damit liegt der wesentliche Zweck solcher Regelungen nicht in der Förderung, Erleichterung oder Regelung des internationalen Handelsverkehrs. Vielmehr sind sie Ausdruck der legitimen Ausübung hoheitlicher Gewalt und damit auch der grundlegenden Werte der Union, wie sie in Art. 2 EUV zum Ausdruck kommen.
- 218 Hiervon ausgehend wirken sich die in Art. 14.5 und Art. 14.6 EUSFTA getroffenen Regelungen allenfalls mittelbar auf den internationalen Handelsverkehr aus. Denn auch wenn transparente Verwaltungsverfahren sowie effektiver Rechtsschutz positive Auswirkungen auf den internationalen Handelsverkehr haben können, so sind diese Folgen doch nur mittelbar und indirekt, indem z. B. ein verbessertes Investitionsklima entsteht.
- 219 Dies wird letztlich auch durch die Kommission selbst bestätigt. Denn diese bringt in ihrer Antragsschrift wiederholt zum Ausdruck, Art. 14.5 und 14.6 spiegeln lediglich die grundlegenden Anforderungen an ein faires Verfahren wider, bei denen es sich um allgemeine Grundsätze des Unionsrechts handele.<sup>164</sup>

### **c) Regelungen des Wirtschaftsvölkerrechts**

- 220 Was schließlich den Verweis der Kommission auf die bestehenden Transparenzvorschriften des WTO-Übereinkommens anbelangt,<sup>165</sup> so erinnert die Bundesregierung nochmals daran, dass Art. 207 AEUV nicht als dynamischer Verweis auf das Wirtschaftsvölkerrecht verstanden werden kann.<sup>166</sup>
- 221 Aber selbst wenn es, wie die Kommission meint, auf den Inhalt von im WTO-Rahmen geschlossenen Abkommen ankäme, ließe sich hieraus nichts für die Annahme einer Vertragsschlusskompetenz der Union hinsichtlich der in Art. 14.5 sowie Art. 14.6 EUSFTA getroffenen Regelungen herleiten. Denn die besagten Bestimmungen des EUSFTA treffen detailliertere Regelungen als die parallelen Bestimmungen in GATT, GATS und TRIPS und gehen über diese hinaus. Damit fehlt es bereits an der Vergleichbarkeit der entsprechenden Regelungen und damit an jener Prämisse, welche die Kommission ihrer Argumentation zugrunde legt.

---

<sup>164</sup> Antrag der Kommission, Rn. 503, 507.

<sup>165</sup> Vgl. oben Rn. 197.

<sup>166</sup> Vgl. oben Rn. 37 ff.

### aa) Regelungen zum Verwaltungsverfahren

- 222 So sieht Art. 14.5 EUSFTA spezifische Regelungen über das Verwaltungsverfahren vor. Ein Vergleich mit den entsprechenden Bestimmungen in GATT, GATS und TRIPS zeigt hingegen, dass letztere lediglich allgemeine Grundsätze und keine bestimmten Verfahrensrechte statuieren.
- 223 Beispielhaft lässt sich insoweit Art. X GATT anführen, wo es in den Absätzen 1 und 3 heißt:

„1. Laws, regulations, judicial decisions and administrative rulings of general application, made effective by any contracting party, pertaining to the classification or the valuation of products for customs purposes, or to rates of duty, taxes or other charges, or to requirements, restrictions or prohibitions on imports or exports or on the transfer of payments therefor, or affecting their sale, distribution, transportation, insurance, warehousing inspection, exhibition, processing, mixing or other use, shall be published promptly in such a manner as to enable governments and traders to become acquainted with them. Agreements affecting international trade policy which are in force between the government or a governmental agency of any contracting party and the government or governmental agency of any other contracting party shall also be published. The provisions of this paragraph shall not require any contracting party to disclose confidential information which would impede law enforcement or otherwise be contrary to the public interest or would prejudice the legitimate commercial interests of particular enterprises, public or private.

[...]

3. a) Each contracting party shall administer in a uniform, impartial and reasonable manner all its laws, regulations, decisions and rulings of the kind described in paragraph 1 of this Article.“<sup>167</sup>

- 224 In ähnlich allgemein gehaltener Weise enthält Art. VI Abs. 1 GATS folgende Regelung:

„In sectors where specific commitments are undertaken, each Member shall ensure that all measures of general application affecting trade in services are administered in a reasonable, objective and impartial manner.“<sup>168</sup>

- 225 Wenn die Kommission schließlich auf das TRIPS-Übereinkommen verweist, so sind auch diesbezüglich keine mit Art. 14.5 EUSFTA vergleichbaren Regelungen erkennbar. Die von ihr angeführten Art. 42 und 41 Abs. 1 TRIPS betreffen den zivilrechtlichen

---

<sup>167</sup> URL: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/06-gatt.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt.pdf) [Stand: 20. November 2015].

<sup>168</sup> ABI. L 336 vom 23. Dezember 1994, S. 191.

Rechtsschutz bei Verletzungen des Rechts am geistigen Eigentum. Die Regelungen zum Verwaltungsverfahren in Art. 49 TRIPS betreffen lediglich bestimmte Verwaltungsverfahren, die an die Stelle von zivilrechtlichen Verfahren treten, sodass auch insoweit kein vergleichbarer Regelungsgehalt vorliegt.

### **bb) Regelungen zur Kontrolle von Verwaltungsverfahren**

- 226 Auch bezüglich Art. 14.6 EUSFTA zieht die Kommission einen unzutreffenden Vergleich mit Verpflichtungen im Rahmen der WTO.
- 227 Unrichtig ist insbesondere ihr Vortrag, Art. 14.6 EUSFTA wiederhole weitgehend die Anforderungen des Art. X Abs. 3 Buchst. b) GATT<sup>169</sup> und habe einen vergleichbaren Inhalt wie Art. VI Abs. 2 Buchst. a) GATS.<sup>170</sup> Letzteres mag auf die in Art. 14.6 Abs. 1 und Abs. 3 EUSFTA vorgesehenen unabhängigen Spruchkörper sowie die Bindung an deren Entscheidungen zutreffen. Anders verhält es sich jedoch hinsichtlich der in Art. 14.6 Abs. 2 Buchst. a) und Buchst. b) EUSFTA normierten Verfahrensanforderungen, die die Gewährung rechtlichen Gehörs betreffen sowie die zulässigen Grundlagen für eine Entscheidung.

## **VII. Streitbeilegung (Kapitel 15)**

- 228 Kapitel 15 des EUSFTA enthält Regelungen zur Streitschlichtung zwischen den Parteien dieses Abkommens. Namentlich ist hierin die Einrichtung von Staat-Staat-Schiedsgerichten vorgesehen.

### **1. Vorbringen der Kommission**

- 229 Das Vorbringen der Kommission zu Kapitel 15 des EUSFTA fällt denkbar knapp aus und ist zudem mit ihrer Stellungnahme zu Kapitel 16 des EUSFTA verbunden.<sup>171</sup> Hervorzuheben ist dabei lediglich, dass die Kommission auch hinsichtlich der in diesen beiden Kapiteln des EUSFTA getroffenen Regelungen davon ausgeht, dass der Union eine ausschließliche Zuständigkeit nach Maßgabe des Art. 207 AEUV zukommt.<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> Antrag der Kommission, Rn. 505.

<sup>170</sup> Antrag der Kommission, Rn. 506.

<sup>171</sup> Antrag der Kommission, Rn. 508 ff.

<sup>172</sup> Antrag der Kommission, Rn. 515.

## **2. Bewertung**

- 230 Aus Sicht der Bundesregierung ist der Kommission auch in diesem Punkt zu widersprechen.
- 231 Sie erinnert dabei namentlich an die bereits zuvor in Randnummer 151 dargestellte Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach internationale Abkommen, die zu ihrer Durchführung der Mitwirkung der Mitgliedstaaten bedürfen, von letzteren mitabzuschließen sind.<sup>173</sup> Insofern gilt es zu berücksichtigen, dass die Union im Rahmen eines Schiedsverfahrens nach dem EUSFTA nicht nur wegen Maßnahmen ihrer eigenen Organe, sondern – zumindest theoretisch – auch wegen Maßnahmen der Mitgliedstaaten verklagt werden kann. In einer solchen Konstellation kann der Fall eintreten, dass eine etwaig zu leistende Abhilfe alleine durch die Mitwirkung eines oder mehrerer Mitgliedstaaten bewirkt werden kann.

## **VIII. Institutionelle, allgemeine und Schlussbestimmungen (Kapitel 17)**

- 232 Im abschließenden Kapitel 17 des EUSFTA, welches institutionelle, allgemeine und Schlussbestimmungen enthält, findet sich Art. 17.6 EUSFTA. Dieser betrifft Fragen der Besteuerung.

### **1. Vorbringen der Kommission**

- 233 Die Kommission trägt hierzu lediglich vor, es handele sich bei Art. 17.6 EUSFTA um eine allgemein anwendbare Bestimmung in Form einer Ausnahme.<sup>174</sup> Zudem äußert sie ganz allgemein mit Blick auf die in Kapitel 17 enthaltenen Bestimmungen, letztere betreffen „eher Verfahrensaspekte oder allgemein anwendbare Ausnahmen als materiellrechtliche Aspekte des Abkommens“.<sup>175</sup> Hieraus leitet die Kommission ab, dass auch „Kapitel 17 des EUSFTA unter die ausschließliche Zuständigkeit der Union fällt“.<sup>176</sup>

### **2. Bewertung**

- 234 Die Kommission verweist im Zusammenhang mit ihrer vorstehend wiedergegebenen Aussage auf keine konkrete Kompetenznorm des Unionsrechts. Es lässt sich daher le-

---

<sup>173</sup> Gutachten 1/76, zitiert in Fn. 112, Rn. 7; Gutachten 1/78, zitiert in Fn. 25, Rn. 60 a. E.

<sup>174</sup> Antrag der Kommission, Rn. 523.

<sup>175</sup> Antrag der Kommission, Rn. 525.

<sup>176</sup> Antrag der Kommission, Rn. 526.

diglich vermuten, dass sie ihre allgemeinen Ausführungen zu Art. 207 AEUV<sup>177</sup> auch auf Art. 17.6 EUSFTA übertragen wissen will, sodass sie diese steuerrechtliche Regelung ebenfalls der gemeinsamen Handelspolitik zurechnet.

- 235 Die Bundesregierung erlaubt sich hierzu zunächst den Hinweis, dass die Kommission mit einer solchen (de facto fehlenden) Argumentation den Anforderungen nicht gerecht wird, die der Gerichtshof hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast aufgestellt hat. Denn wie bereits in Randnummer 60 ausgeführt, obliegt es der Kommission, die Ausschließlichkeit der Außenkompetenz der Union nachzuweisen, auf die sie sich berufen möchte. Hierzu lässt sich der Rechtsprechung des Gerichtshofs entnehmen, dass die Kommission es nicht bei der Aufstellung bloßer Behauptungen belassen kann, sondern sie vielmehr eine konkrete Analyse der einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen vornehmen muss.<sup>178</sup>
- 236 Vor diesem Hintergrund dient es nur der Vollständigkeit, wenn die Bundesregierung darauf hinweist, dass Art. 17.6 EUSFTA keineswegs lediglich den Charakter einer Ausnahmegesetzgebung hat. Stattdessen können von dieser Bestimmung auch materiellrechtliche Regelungen der Mitgliedstaaten berührt sein. Sofern beispielsweise Art. 17.6 Abs. 3 EUSFTA vorsieht, dass keine Vertragspartei aufgrund des Abkommens gehindert ist, bestimmte Regelungen zur steuerlichen Differenzierung zu erlassen, kann dies nur die Mitgliedstaaten betreffen und nicht die Union.
- 237 Zudem muss betont werden, dass sich Art. 17.6 EUSFTA nicht auf bestimmte Steuerarten beschränkt, sondern ausnahmslos alle Steuern erfasst. Dies ist für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens von erheblicher Bedeutung, da der Union für den Bereich der Steuern die Zuständigkeiten lediglich in den Grenzen der Art. 110 ff. AEUV übertragen worden sind. Die hieraus resultierenden Konsequenzen sollen im Folgenden beispielhaft – und nicht abschließend – anhand der Umsatzsteuer (nachfolgend a) sowie der Kraftfahrzeug- und Luftverkehrsteuer (nachfolgend b) erläutert werden.

#### **a) Umsatzsteuer**

- 238 Nach Art. 113 AEUV ist die Zuständigkeit der Union für die Umsatzsteuer in mehrfacher Hinsicht begrenzt. Sie beschränkt sich auf die Harmonisierung der Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuer, soweit diese Harmonisierung für die Errichtung und

---

<sup>177</sup> Vgl. hierzu oben Rn. 25 sowie die Nachweise in der dortigen Fn. 16.

<sup>178</sup> Urteil *Kommission / Rat*, zitiert in Fn. 43, Rn. 74.

das Funktionieren des Binnenmarktes sowie die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen notwendig ist.

- 239 Die in Art. 17.6 EUSFTA getroffenen Regelungen liegen jenseits der Grenzen dieser Zuständigkeit. Denn im Rahmen des Freihandelsabkommens mit Singapur geht es nicht um die Harmonisierung der Umsatzsteuer mit Blick auf den Binnenmarkt. Zugleich lässt sich den Ausführungen der Kommission nicht entnehmen, dass die in Art. 17.6 EUSFTA getroffene Regelung im Sinne von Art. 3 Abs. 2 AEUV notwendig ist, damit die Union ihre interne Zuständigkeit ausüben kann.

#### **b) Kraftfahrzeug- und Luftverkehrsteuer**

- 240 Bei der Kraftfahrzeug- sowie der Luftverkehrsteuer handelt es sich um nicht harmonisierte Steuern.
- 241 Ein harmonisierter Rechtsrahmen zur Fahrzeugbesteuerung, etwa mit Regelungen zur Steuerentstehung oder zu den zu gewährenden Befreiungen, wurde bislang nicht geschaffen. Nach deutscher Systematik ist die Kraftfahrzeugsteuer eine direkte Steuer. In vielen anderen Mitgliedstaaten wird hingegen keine Kraftfahrzeugsteuer erhoben. Auch die Luftverkehrsteuer ist als nicht harmonisierte Verkehrssteuer ausgestaltet.
- 242 Da sich die in Art. 17.6 EUSFTA getroffene Regelung gleichwohl auch auf diese Steuerarten bezieht, sind die entsprechenden Bestimmungen und Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten hiervon betroffen.

#### **IX. Zwischenergebnis**

- 243 Nach alledem lässt sich festhalten, dass die Kommission zumindest in den vorstehend unter Ziffern I. bis VIII. benannten Beispielfällen zu Unrecht davon ausgeht, der Union stehe nach Maßgabe des Art. 207 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 AEUV eine ausschließliche Zuständigkeit für die im EUSFTA getroffenen Regelungen zu.

#### **D. ZU DEN BESTIMMUNGEN DES EUSFTA, WELCHE DIE KOMMISSION ALS NICHT VON ART. 207 AEUV ERFASST ANSIEHT**

- 244 Im Folgenden kommt die Bundesregierung auf diejenigen Bestimmungen des EUSFTA zu sprechen, bei denen selbst die Kommission nicht davon ausgeht, dass die Union über eine ausschließliche Zuständigkeit nach Art. 207 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1

AEUV verfügt. Wie bereits erwähnt,<sup>179</sup> finden sich diese Bestimmungen in Kapitel 8 des EUSFTA mit Blick auf Hilfsdienstleistungen im Seeverkehr (nachfolgend I.) sowie Kapitel 9 des EUSFTA hinsichtlich Portfolioinvestitionen (nachfolgend II.).

- 245 In beiden Fällen vertritt die Kommission, dass die Union aufgrund anderer unionsrechtlicher Bestimmungen als Art. 207 AEUV eine ausschließliche Zuständigkeit besitze.<sup>180</sup> Jedoch vermögen auch ihre diesbezüglichen Ausführungen nicht zu überzeugen.

### **I. Dienstleistungen, Niederlassung und elektronischer Geschäftsverkehr (Kapitel 8)**

- 246 Dies gilt zunächst einmal mit Blick auf die Darlegungen der Kommission zu den im siebten Unterabschnitt des Kapitels 8 des EUSFTA enthaltenen Bestimmungen, die Hilfsdienstleistungen im Seeverkehr betreffen. Wie bereits erläutert,<sup>181</sup> geht es dabei um die in Art. 8.56 Abs. 3 Buchst. b) sowie Art. 8.56 Abs. 6 EUSFTA getroffenen Regelungen.
- 247 Entgegen der Auffassung der Kommission besteht für die Erbringungsarten 1, 2 und 4 der besagten Hilfsdienstleistungen keine implizite ausschließliche Kompetenz der Union auf Grundlage des Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV (nachfolgend 1.). Ebenso wenig vermögen die hilfsweisen Ausführungen der Kommission zum Bestehen einer geteilten Zuständigkeit nach Art. 216 Abs. 1 Fall 2 in Verbindung mit Art. 91 Abs. 1 AEUV zu überzeugen (nachfolgend 2.).

#### **1. Keine implizite ausschließliche Zuständigkeit der Union**

- 248 Eine implizite ausschließliche Zuständigkeit der Union besteht weder hinsichtlich der Regelungen des Art. 8.56 Abs. 3 Buchst. b) EUSFTA (nachfolgend b) noch für diejenigen des Art. 8.56 Abs. 6 EUSFTA (nachfolgend c). Um dies zu erläutern, bedarf es zunächst noch einiger Ausführungen zum n Prüfungsmaßstab (nachfolgend a).

##### **a) Prüfungsmaßstab**

- 249 Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV sieht vor, dass die Union die ausschließliche Zuständigkeit für den Abschluss internationaler Übereinkünfte besitzt, soweit der Abschluss gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte.

---

<sup>179</sup> Vgl. oben, insb. Rn. 4, 24, 95 und 104 f.

<sup>180</sup> Antrag der Kommission, Rn. 527.

<sup>181</sup> Vgl. oben 94 f.

250 Da es sich hierbei um eine Kodifizierung der so genannten *AETR*-Rechtsprechung handelt, ist Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV im Lichte derjenigen Erläuterungen auszulegen, welche sich im Urteil *AETR*<sup>182</sup> sowie der hierauf aufbauenden Rechtsprechung finden.<sup>183</sup> So hat der Gerichtshof im Gutachten 1/13 zur Gefahr der Beeinträchtigung gemeinsamer Regeln beziehungsweise der Veränderung ihrer Tragweite durch völkerrechtliche Verpflichtungen der Mitgliedstaaten ausgeführt:

„Die Feststellung einer solchen Gefahr setzt keine völlige Übereinstimmung zwischen dem von den völkerrechtlichen Verpflichtungen erfassten Bereich und dem Bereich der Unionsregelung voraus [...]. Völkerrechtliche Verpflichtungen können die Tragweite der Unionsregeln insbesondere dann beeinträchtigen oder verändern, wenn die Verpflichtungen einen Bereich betreffen, der bereits weitgehend von solchen Regeln erfasst ist [...].“<sup>184</sup>

Dabei hat der Gerichtshof betont, dass angesichts des Umstandes, dass

„[...] die Union nur über begrenzte Ermächtigungen verfügt, das Bestehen einer Zuständigkeit, zumal einer ausschließlichen, nur auf der Grundlage von Schlussfolgerungen angenommen werden [kann], die aus einer umfassenden und konkreten Analyse des Verhältnisses zwischen der geplanten internationalen Übereinkunft und dem geltenden Unionsrecht gezogen werden.“<sup>185</sup>

251 Diesen Anforderungen werden die Ausführungen der Kommission nicht gerecht.

#### **b) Art. 8.56 Abs. 3 Buchst. b) EUSFTA**

252 Art. 8.56 Abs. 3 Buchst. b) EUSFTA enthält die Verpflichtung zur Inländerbehandlung u. a. in Bezug auf den Zugang zu Häfen, die Benutzung der Infrastruktur und die Inanspruchnahme von Seeverkehrshilfsleistungen der Häfen sowie die damit verbundenen Gebühren und sonstigen Abgaben, die Zollerleichterungen und die Zuweisung von Liegeplätzen sowie von Lade- und Löscheinrichtungen. Diese Verpflichtung wird in Art. 8.56 Abs. 4 EUSFTA dahingehend konkretisiert, dass die Vertragsparteien insbesondere keine Ladungsanteilvereinbarungen mit anderen Staaten abschließen dürfen beziehungsweise bestehende Vereinbarungen dieser Art kündigen müssen.

---

<sup>182</sup> Grundlegend hierzu Urteil *Kommission / Rat* („*AETR*“), 22/70, EU:C:1971:32, insb. Rn. 20/22.

<sup>183</sup> Urteil *Kommission / Rat*, C-114/12, EU:C:2014:2151, Rn. 67.

<sup>184</sup> Gutachten 1/13, *Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung*, EU:C:2014:2303, Rn. 72 f. (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>185</sup> Gutachten 1/13, zitiert in Fn. 184, Rn. 74.

### **aa) Vorbringen der Kommission**

- 253 Die Kommission trägt vor, der von Art. 8.56 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 4 EUSFTA betroffene Sachbereich sei durch die Verordnung Nr. 4055/86<sup>186</sup> bereits weitgehend unionsrechtlich geregelt.<sup>187</sup>
- 254 Insbesondere verweist die Kommission auf Art. 1 der Verordnung Nr. 4055/86.<sup>188</sup> Dessen Abs. 1 bestimmt, dass die Dienstleistungsfreiheit im Seeverkehr zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Dienstleistungserbringers gilt. Abs. 2 dieser Bestimmung erstreckt die Geltung der Verordnung zudem auf außerhalb der Union ansässige Staatsangehörige der Mitgliedstaaten und – unter bestimmten Bedingungen – auch auf die von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats kontrollierten Linienreedereien mit Sitz außerhalb der Union.
- 255 Ferner bezieht sich die Kommission auf die Artikel 3 bis 6 der Verordnung Nr. 4055/86, welche Ladungsanteilvereinbarungen zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten betreffen.<sup>189</sup> Hiernach sind solche Vereinbarungen grundsätzlich unzulässig und können nur aufgrund außergewöhnlicher Umstände nach Ermächtigung durch die Union abgeschlossen werden.
- 256 Nach Ansicht der Kommission würden die besagten Regelungen der Verordnung Nr. 4055/86 beeinträchtigt, wenn es den Mitgliedstaaten unbenommen bliebe, mit Drittstaaten bilaterale Abkommen über Dienstleistungen im Seeverkehr abzuschließen.<sup>190</sup>

### **bb) Bewertung**

- 257 Es ist unzutreffend, wenn die Kommission vorträgt, der relevante Sachbereich sei aufgrund der Verordnung Nr. 4055/86 bereits „weitgehend geregelt“ im Sinne der *AETR*-Rechtsprechung.<sup>191</sup>

---

<sup>186</sup> Verordnung (EWG) Nr. 4055/86 des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf die Seeschifffahrt zwischen Mitgliedstaaten sowie zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern, ABl. L 378, S. 1.

<sup>187</sup> Antrag der Kommission, Rn. 197 ff.

<sup>188</sup> Antrag der Kommission, Rn. 201 ff.

<sup>189</sup> Antrag der Kommission, Rn. 206 ff.

<sup>190</sup> Antrag der Kommission, Rn. 212.

<sup>191</sup> Vgl. oben Rn. 247.

- Wie bereits ausgeführt,<sup>192</sup> enthält Art. 8.56 Abs. 3 Buchst. b) EUSFTA Verpflichtungen in Bezug auf Hilfsdienstleistungen im Seeverkehr.
- Demgegenüber ist der Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 4055/86 im Bereich der Seeschifffahrt zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten nach Maßgabe ihres Art. 1 Abs. 4 Buchst. b) auf die Beförderung von Personen oder Gütern auf dem Seewege zwischen den Häfen beschränkt. Damit trifft die Verordnung Nr. 4055/86 keine Regelungen zu (Hilfs-)Dienstleistungen im Hafenbereich.

Vor diesem Hintergrund fallen die in Art. 8.56 Abs. 3 Buchst. b) EUSFTA getroffenen Bestimmungen nicht in den Sachbereich der von der Kommission angeführten unionsrechtlichen Regelungen.

258 Ferner ist darauf hinzuweisen, dass sich auch die persönlichen Anwendungsbereiche der betreffenden Regelungen im EUSFTA sowie der Verordnung Nr. 4055/86 nicht decken. Nach Maßgabe von Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 der Verordnung Nr. 4055/86 gilt letztere nur für Staatsangehörige von Mitgliedstaaten oder für von diesen kontrollierte Unternehmen. Angesichts dessen ist es unzutreffend, wenn die Kommission vorträgt, die besagte Verordnung decke „die Behandlung der Staatsangehörigen von Drittländern“ ab.<sup>193</sup> Zwar definiert die Kommission „Staatsangehörige von Drittländern“ als „Schiffahrtsunternehmen, die in Drittländern ansässig sind“.<sup>194</sup> Mit dieser Gleichsetzung geht sie jedoch über den wesentlichen Umstand hinweg, dass die Verordnung gerade nicht auf in Drittstaaten ansässige Schiffahrtsunternehmen anwendbar ist, die von Drittstaatsangehörigen kontrolliert werden.

259 Nach alledem fehlt es mit Blick auf Art. 8.56 Abs. 3 Buchst. b) EUSFTA bereits an der Grundvoraussetzung für die Annahme einer impliziten ausschließlichen Zuständigkeit der Union nach Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV.

### **c) Art. 8.56 Abs. 6 EUSFTA**

260 Im Ergebnis nicht anders verhält es sich bei den in Art. 8.56 Abs. 6 EUSFTA getroffenen Regelungen.

261 Diese Vorschrift bestimmt im Hinblick auf die Erbringer internationaler Seeverkehrsdienstleistungen, dass ihnen auf nichtdiskriminierende Weise Hilfsdienstleistungen im

---

<sup>192</sup> Vgl. oben Rn. 92 f., 252.

<sup>193</sup> Antrag der Kommission, Rn. 209.

<sup>194</sup> Antrag der Kommission, Rn. 209.

Hafenbereich zur Verfügung gestellt werden müssen. Wie in Randnummer 94 erläutert, zählen hierzu Verpflichtungen in Bezug auf Lotsendienste, Schub- und Schleppboothilfe, Bevorratung, Betankung und Wasserversorgung, Abfall- und Ballastentsorgung, Dienstleistungen des Hafenmeisters, Navigationshilfen sowie landgestützte Betriebssysteme, die für den Betrieb des Schiffes unerlässlich sind, einschließlich Kommunikation, Wasser- und Stromversorgung, Einrichtungen für dringende Reparaturen, Ankerplätze, Liegeplätze und Anlegedienste.

#### **aa) Vorbringen der Kommission**

262 Die Kommission trägt insofern vor, es handele sich um „eine weitere Ausarbeitung der Pflichten in Bezug auf die Inländerbehandlung im internationalen Seeverkehr“<sup>195</sup> gemäß Art. 8.56 Abs. 3 und Abs. 4 EUSFTA. Da die Union für diese Verpflichtungen gemäß Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV ausschließlich zuständig sei, erstreckte sich diese ausschließliche Zuständigkeit auch auf die in Art. 8.56 Abs. 6 EUSFTA geregelten Hilfsdienstleistungen im Hafen.<sup>196</sup>

#### **bb) Bewertung**

263 Diese Argumentation der Kommission vermag schon insofern nicht zu überzeugen, als für die in Art. 8.56 Abs. 3 und Abs. 4 EUSFTA getroffenen Regelungen – wie gezeigt<sup>197</sup> – keine implizite ausschließliche Zuständigkeit der Union nach Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV besteht.

264 Selbst wenn man letzteres anders sähe, wäre gleichwohl darauf hinzuweisen, dass sich die in Art. 8.56 Abs. 6 EUSFTA geregelten Hilfsdienstleistungen keineswegs pauschal als Konkretisierungen der Verpflichtungen nach Art. 8.56 Abs. 3 und Abs. 4 EUSFTA verstehen lassen. Vielmehr fehlt es an der allgemeinen Vergleichbarkeit der in Abs. 3 dieser Vorschrift einerseits und ihrem Abs. 6 andererseits behandelten Hilfsdienstleistungen. Namentlich werden Lotsendienste durch Körperschaften des öffentlichen Rechts, die so genannten Lotsenbrüderschaften, bereitgestellt und können somit nicht auf dem freien Markt angeboten werden. Der Grund hierfür liegt darin, dass diese Dienstleistungen Belange der öffentlichen Sicherheit betreffen und daher – anders als andere in Art. 8.56 Abs. 6 EUSFTA genannte und von Art. 8.56 Abs. 3 Buchst. b) EUFTA erfasste Hilfsdienstleistungen – nicht einem Wettbewerbsdruck unterworfen

---

<sup>195</sup> Antrag der Kommission, Rn. 214.

<sup>196</sup> Antrag der Kommission, Rn. 214.

<sup>197</sup> Vgl. oben Rn. 257 ff.

werden dürfen. Damit aber sind Verpflichtungen in Bezug auf Lotsendienste kein bloß präzisierender Annex der Verpflichtungen zur Liberalisierung des Hafenzugangs, der Hafeninfrastukturnutzung sowie der Hafendienstleistungen.

## **2. Zur hilfsweise geltend gemachten geteilten Zuständigkeit der Union**

265 Nicht überzeugend ist es ferner, wenn die Kommission hilfsweise eine Zuständigkeit der Union für die im EUSFTA geregelten Hilfsdienstleistungen im Seeverkehr als Ausübung einer geteilten Zuständigkeit darzustellen versucht.

### **a) Vorbringen der Kommission**

266 Insofern argumentiert die Kommission, die Zuständigkeit der Union folge daraus, dass die im EUSFTA getroffenen Regelungen über Hilfsdienstleistungen im Seeverkehr nach Art. 216 Abs. 1 Fall 2 AEUV zur Verwirklichung eines in den Verträgen festgesetzten Zieles erforderlich sei. Das hiernach zu verwirklichende Ziel sieht die Kommission in der Regelung der Verkehrsdienstleistungen zwischen der Union und Drittländern, die im Rahmen der Verkehrspolitik gemäß Art. 91 Abs. 1 und Art. 100 Abs. 2 AEUV angestrebt sei.<sup>198</sup>

### **b) Bewertung**

267 Die Kommission substantiiert ihr diesbezügliches Vorbringen gerade an den entscheidenden Stellen nicht. Namentlich fehlt es hierin an jeglicher Darlegung zu der Frage, welche Gründe vorliegend für eine Erforderlichkeit im Sinne von Art. 216 Abs. 1 Fall 2 AEUV sprechen könnten. Aus Sicht der Bundesregierung wird die Kommission damit ihrer Darlegungs- und Beweislast nicht gerecht. Im Übrigen ist auf Folgendes hinzuweisen:

268 Wollte man – wie es offenkundig der Intention der Kommission entspricht – den Begriff der „Erforderlichkeit“ im Sinne dieser Vorschrift weit fassen, so liefere dies im Ergebnis darauf hinaus, Art. 216 Abs. 1 Fall 2 AEUV den Charakter einer Generalklausel beizumessen. Dem ist entgegenzuhalten, dass der AEUV nur einen Kompetenztitel kennt, dem der Charakter einer solchen Generalklausel zukommt, nämlich Art. 352 AEUV. Zur Vermeidung von Wiederholungen erlaubt sich die Bundesregierung, insofern auf ihre Ausführungen in den Randnummern 55 ff. zu verweisen.

---

<sup>198</sup> Antrag der Kommission, Rn. 245 ff.

- 269 Vor diesem Hintergrund lässt sich die Erforderlichkeit im Sinne von Art. 216 Abs. 1 Fall 2 AEUV nur unter engen Voraussetzungen bejahen. Namentlich hat der Gerichtshof die Erforderlichkeit verneint, wenn sich durch Maßnahmen im Rahmen der unionsrechtlichen Vorschriften das Handeln von Union und Mitgliedstaaten konzertieren ließ, um Verzerrungen oder Diskriminierungen zu verhindern, die durch den Abschluss separater Abkommen von Mitgliedstaaten mit Drittstaaten hervorgerufen werden könnten.<sup>199</sup> Dafür, dass entsprechende konzertierende Maßnahmen nicht möglich sind oder nicht ausreichen würden, trägt die Kommission die Darlegungslast.<sup>200</sup>
- 270 Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 91 Abs. 1 AEUV der Rat und das Europäische Parlament die Verkehrspolitik einschließlich ihrer internationalen Aspekte im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens durchführen. Dies würde unterlaufen, folgte man der Argumentation der Kommission. Denn im Rahmen des Abschlusses von Abkommen nach Art. 216 Abs. 1 Fall 2 in Verbindung mit Art. 218 AEUV ist das Europäische Parlament lediglich durch ein Zustimmungs- beziehungsweise Anhörungserfordernis eingebunden. Die Beteiligung des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen, welche Art. 91 Abs. 1 AEUV vorsieht, um den Besonderheiten des Verkehrs gerecht zu werden, entfielen sogar gänzlich.
- 271 Überdies genügt für das Vorliegen einer Zuständigkeit der Union aufgrund einer geteilten Zuständigkeit nicht bereits die bloße Feststellung, es bestehe eine geteilte Zuständigkeit. Vielmehr muss die Union im Rahmen dieser geteilten Zuständigkeit bereits tätig geworden sein; anderenfalls liegt nach Maßgabe des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 AEUV die Regelungskompetenz bei den Mitgliedstaaten.
- 272 Gleichwohl behauptet die Kommission in ihrem Hilfsvorbringen noch nicht einmal, dass die Union in Bezug auf die hier in Rede stehenden Verkehrsdienstleistungen bereits regelnd tätig geworden sei. Das diesbezügliche Schweigen der Kommission könnte man allenfalls als impliziten Verweis auf ihre vorangehenden Ausführungen zu Sekundärrechtsakten im Bereich der Verkehrsdienstleistungen deuten.<sup>201</sup> Aber auch hiermit ließe sich eine Kompetenz der Union nicht begründen. Denn eine mitgliedstaatliche Kompetenz für einen Sachbereich im Rahmen einer geteilten Zuständigkeit ist nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 AEUV nur ausgeschlossen, „sofern und soweit“ die Union in diesem Sachbereich bereits Regelungen erlassen hat. Damit genügt es hier – im Unter-

---

<sup>199</sup> Urteil *Kommission / Deutschland*, C-476/98, EU:C:2002:631, Rn. 85.

<sup>200</sup> Urteil *Kommission / Deutschland*, zitiert in Fn. 199, Rn. 85.

<sup>201</sup> Verordnung Nr. 4055/86 und Richtlinie 2014/66, vgl. Antrag der Kommission, Rn. 198 ff., 217 ff.

schied zum Fall der ausschließlichen Kompetenz nach Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV in Verbindung mit der *AETR*-Rechtsprechung des Gerichtshofs<sup>202</sup> – nicht, dass ein Sachbereich unionsrechtlich so weitgehend geregelt ist, dass eine Kompetenzausübung durch die Mitgliedstaaten gemeinsame Regeln beeinträchtigen könnte. Vielmehr ist insofern auf das Protokoll Nr. 25 über die Ausübung der geteilten Zuständigkeit hinzuweisen, wo es heißt:

„Ist die Union in einem bestimmten Bereich im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union betreffend die geteilte Zuständigkeit tätig geworden, so erstreckt sich die Ausübung der Zuständigkeit nur auf die durch den entsprechenden Rechtsakt der Union geregelten Elemente und nicht auf den gesamten Bereich.“<sup>203</sup>

Die hiernach zur Kompetenzermittlung erforderliche Einzelfallprüfung findet sich im Vorbringen der Kommission an keiner Stelle. Daher sei lediglich der Vollständigkeit halber noch darauf hingewiesen, dass die zuvor angesprochenen Sekundärrechtsakte im Bereich der Verkehrsdienstleistungen<sup>204</sup> nicht alle der in Art. 8.56 EUSFTA aufgeführten Hilfsdienstleistungen abdecken.

## **II. Investitionen (Kapitel 9)**

273 Wie bereits zuvor in den Randnummern 104 ff. erläutert, meint die Kommission, dass die meisten Regelungen, welche sich in dem Investitionen betreffenden Kapitel 9 des EUSFTA finden, der gemeinsamen Handelspolitik im Sinne von Art. 207 AEUV zuzurechnen seien. Eine Ausnahme hiervon macht sie lediglich für den Bereich der so genannten Portfolioinvestitionen.<sup>205</sup> Bei diesen handelt es sich um Investitionen, die rein der Geldanlage dienen, ohne dass die Anleger hiermit unternehmerische Zwecke verfolgen.

### **1. Vorbringen der Kommission**

274 Hinsichtlich der Portfolioinvestitionen vertritt die Kommission, der Union komme eine stillschweigende ausschließliche Zuständigkeit für die in Kapitel 9 des EUSFTA getroffenen Regelungen zu. Dabei argumentiert sie zusammengefasst wie folgt:<sup>206</sup>

---

<sup>202</sup> Vgl. hierzu oben, Rn. 249 ff.

<sup>203</sup> Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>204</sup> Vgl. Fn. 201.

<sup>205</sup> Antrag der Kommission, Rn. 275, 316, 527.

<sup>206</sup> Antrag der Kommission, Rn. 316, 335 ff.

- Portfolioinvestitionen stellen „Kapitalverkehr“ im Sinne des Art. 63 AEUV dar.
- Die in Kapitel 9 des EUSFTA vorgesehenen Behandlungsstandards würden zumindest weitgehend durch „gemeinsame Regeln“ des Unionsrechts abgedeckt, welche in Art. 63 Abs. 1 AEUV in Bezug auf Portfolioinvestitionen festgelegt seien.
- Diese „gemeinsamen Regeln“ des Art. 63 Abs. 1 AEUV könnten durch diejenigen Bestimmungen in Kapitel 9 des EUSFTA, welche auf Portfolioinvestitionen anwendbar seien, beeinträchtigt oder in ihrer Tragweite verändert werden. Vor diesem Hintergrund komme der Union eine implizite ausschließliche Vertragsschlusskompetenz nach Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV zu.

275 Hilfsweise geht die Kommission davon aus, dass die Union zumindest über eine geteilte Zuständigkeit im Bereich der Portfolioinvestitionen verfügt.<sup>207</sup> Diesbezüglich trägt sie vor,

„dass der Abschluss internationaler Abkommen innerhalb des Inhalts des Kapitels 9 EUSFTA in Bezug auf Portfolioinvestitionen im Sinne des Artikels 216 Absatz 1 AEUV ‚erforderlich‘ ist, um das in Artikel 63 Absatz 1 AEUV festgelegte Unionsziel im Rahmen der Unionspolitik über den freien Kapitalverkehr zu verwirklichen.“<sup>208</sup>

## 2. Bewertung

276 Die Bundesregierung ist wie die Kommission der Ansicht, dass Portfolioinvestitionen nicht von Art. 207 Abs. 1 AEUV erfasst sind (nachfolgend a). Hingegen widerspricht sie der Auffassung der Kommission, dass für die Regelungen des Kapitels 9 des EUSFTA eine implizite ausschließliche Vertragsschlusskompetenz der Union nach Art. 63 AEUV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV besteht, soweit die besagten Regelungen Portfolioinvestitionen betreffen (nachfolgend b). Ferner ist die Bundesregierung der Auffassung, dass der Union für Portfolioinvestitionen auch keine geteilte Vertragsschlusskompetenz nach Art. 216 AEUV zukommt (nachfolgend c).

### a) Portfolioinvestitionen nicht Bestandteil der gemeinsamen Handelspolitik

277 Die Kommission geht zutreffend davon aus, dass Regelungen zu Portfolioinvestitionen nicht der gemeinsamen Handelspolitik im Sinne von Art. 207 AEUV unterfallen.

---

<sup>207</sup> Antrag der Kommission, Rn. 316, 368 ff.

<sup>208</sup> Antrag der Kommission, Rn. 372.

- 278 Diesbezüglich erlaubt sich die Bundesregierung, auf die einschlägige Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zu verweisen. Auch letzteres hat sich in seinem bereits erwähnten<sup>209</sup> Urteil zum Vertrag von Lissabon dahingehend geäußert, dass Investitionen, die nicht dem Erwerb der Kontrolle über ein Unternehmen dienen, nicht den „ausländischen Direktinvestitionen“ im Sinne von Art. 207 Abs. 1 AEUV zuzurechnen sind.<sup>210</sup>
- 279 Zudem erinnert die Bundesregierung nochmals an die in Art. 207 Abs. 6 AEUV getroffene Regelung, aus der sich ergibt, dass Art. 207 Abs. 1 AEUV der Union keine Annexkompetenz für weitere Investitionsarten vermittelt.<sup>211</sup>

### **b) Keine implizite ausschließliche Zuständigkeit der Union**

- 280 Entgegen der Annahme der Kommission kommt der Union auch keine implizite ausschließliche Vertragsschlusskompetenz nach Art. 63 AEUV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV für die Portfolioinvestitionen betreffenden Regelungen des Kapitels 9 des EUSFTA zu.
- 281 Hinsichtlich des insofern anzulegenden Prüfungsmaßstabes erlaubt sich die Bundesregierung zur Vermeidung von Wiederholungen, auf ihre Ausführungen in den Randnummern 249 ff. zu verweisen.
- 282 Bevor die Bundesregierung hierauf für den Fall der Portfolioinvestitionen näher eingeht (nachfolgend cc), möchte sie zunächst die Bedeutung unterstreichen, welche den Vorgaben des Art. 207 AEUV (nachfolgend aa) sowie des Art. 64 Abs. 2 AEUV (nachfolgend bb) in diesem Zusammenhang zukommt.

### **aa) Bedeutung der Vorgaben des Art. 207 AEUV**

- 283 Im Zuge der Vertragsänderungen durch den Vertrag von Lissabon ist eine ausdrückliche Beschränkung des Art. 207 AEUV auf handelsbezogene ausländische Direktinvestitionen erfolgt. Der europäische Vertragsgesetzgeber hat also bewusst davon abgesehen, die Gesamtheit ausländischer Investitionen der gemeinsamen Handelspolitik im Sinne von in Art. 207 AEUV zuzurechnen. Bereits hieraus lässt sich schließen, dass die Annahme einer stillschweigenden ausschließlichen Zuständigkeit der Union für Portfolioinvestitionen dem Willen des Vertragsgesetzgebers zuwiderliefe.

---

<sup>209</sup> Vgl. oben Rn. 17 ff.

<sup>210</sup> Urteil 2 BvE 2/08, zitiert in Fn. 10, Rn. 379.

<sup>211</sup> Vgl. hierzu bereits oben, Rn. 26 ff.

- 284 Bestätigt wird dies durch die Entstehungsgeschichte des Art. 207 AEUV. So wurde bereits im Kontext der Verhandlungen zu den Verträgen von Amsterdam und Nizza über eine Ausweitung der gemeinsamen Handelspolitik auf multilaterale Investitionsregeln diskutiert, wie sie etwa für den OECD-Entwurf des *Multilateral Agreement on Investment (MAI)* erwogen wurden. Im Zuge dieser Diskussionen wurde jedoch entschieden, der Union keine derart weitreichende Zuständigkeit für Investitionsfragen zu übertragen. Stattdessen wurde mittels des in Art. 207 AEUV verwendeten Begriffs der „ausländischen Direktinvestitionen“ lediglich ein Kompetenztitel für handelsbezogene Direktinvestitionen geschaffen, die im Rahmen der WTO mitgeregelt werden mussten.<sup>212</sup>
- 285 Die somit bewusst getroffene Entscheidung für eine Begrenzung der Unionskompetenz würde umgangen, wenn man der Kommission folgend davon ausginge, dass die im Rahmen von Art. 207 AEUV nicht gewährte Zuständigkeit der Union für Portfolioinvestitionen gleichwohl als implizite Zuständigkeit über Art. 63 AEUV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV hergeleitet werden kann. Eine solche Annahme liefe aus Sicht der Bundesregierung auf eine offene Umgehung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung hinaus.<sup>213</sup>

#### **bb) Bedeutung der Vorgaben des Art. 64 Abs. 2 AEUV**

- 286 Gegen die Herleitung einer impliziten Unionskompetenz für Portfolioinvestitionen aus Art. 63 AEUV spricht überdies die Tatsache, dass diese Vorschrift als reiner Verbotsstatbestand konzipiert ist und nicht als Kompetenzgrundlage.
- 287 Unionsrechtliche Maßnahmen zur Verwirklichung des Zieles eines freien Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern sind vielmehr ausweislich des klaren Wortlautes von Art. 64 Abs. 2 AEUV auf diese Vorschrift und nicht auf Art. 63 AEUV zu stützen. Dabei sind nicht zuletzt die von Art. 64 Abs. 2 AEUV aufgezeigten Grenzen zu beachten. Dies gilt namentlich für die hierin enthaltene Beschränkung auf Direktinvestitionen:

„[...] beschließen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen [...]“<sup>214</sup>

---

<sup>212</sup> Vgl. zum Ganzen *Krajewski*, 42 CML Rev. (2005), 91, 111; vgl. auch: *Bischoff*, 48 CML Rev. (2011), 1527, 1540.

<sup>213</sup> Vgl. hierzu umfassend oben Rn. 10 ff.

<sup>214</sup> Hervorhebungen hinzugefügt.

Der in Art. 64 Abs. 2 AEUV verwendete Begriff der „Direktinvestitionen“ schließt dabei ebenso wieder gleichlautende Begriff in Art. 207 AEUV Portfolioinvestitionen aus.<sup>215</sup>

288 Hiervon ausgehend würde es sowohl eine Umgehung der in Art. 64 Abs. 2 AEUV verankerten Beschränkung der Unionskompetenz auf Direktinvestitionen als auch einen Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung darstellen, wenn man gleichwohl annähme, dass sich eine implizite Zuständigkeit der Union für Portfolioinvestitionen über Art. 63 AEUV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV herleiten ließe.

### **cc) Nichtvorliegen der Voraussetzungen einer impliziten ausschließlichen Zuständigkeit**

289 Aber selbst wenn der Gerichtshof hinsichtlich der vorstehend unter aa) und bb) dargelegten Argumente gegenteiliger Auffassung wäre, würde die sich anschließende Prüfung zu dem Ergebnis führen, dass die Voraussetzungen für das Bestehen einer ausschließlichen Zuständigkeit der Union nach Art. 63 AEUV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV nicht erfüllt sind. Es ist nämlich nicht feststellbar, dass die in Kapitel 9 des EUSFTA getroffenen Regelungen erforderlich wären, um zu verhindern, dass gemeinsame Unionsregeln im Sinne der *AETR*-Rechtsprechung<sup>216</sup> beeinträchtigt oder in ihrer Tragweite verändert werden.

290 Insofern erscheint bereits fraglich, ob die primärrechtliche Bestimmung des Art. 63 AEUV, auf welche die Kommission in diesem Zusammenhang abstellt, überhaupt als „gemeinsame Regel“ im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV angesehen werden kann, oder ob hierzu nicht vielmehr allein sekundärrechtliche Bestimmungen zählen.

291 Letztlich kann dies jedoch dahinstehen. Denn in jedem Fall lässt sich festhalten, dass die Reichweite der in Kapitel 9 EUSFTA getroffenen Regelungen erheblich über den Schutzbereich des Art. 63 AEUV hinausgehen (nachfolgend (1)), wie sich anhand von Beispielen näher erläutern lässt (nachfolgend (2)). Damit aber fehlt es an dem in Randnummer 250 wiedergegebenen Erfordernis aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach die im EUSFTA geregelten Verpflichtungen einen Bereich betreffen müssten, der bereits weitgehend von gemeinsamen Regeln erfasst ist.<sup>217</sup> Mangels dessen kann Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV vorliegend nicht zur Anwendung gelangen, um

---

<sup>215</sup> Bröhmer, in: Callies/Ruffert, 4. Aufl., Art. 64 AEUV, Rn. 6.

<sup>216</sup> Vgl. oben Rn. 249 ff.

<sup>217</sup> Gutachten 1/13, zitiert in Fn. 184, Rn. 73.

eine ausschließliche Zuständigkeit der Union für die in Kapitel 9 des EUSFTA getroffenen Regelungen mit Blick auf Portfolioinvestitionen zu begründen.

### **(1) Schutzbereich des Art. 63 AEUV**

292 Art. 63 AEUV stellt als Grundnorm der Kapitalverkehrsfreiheit ein Verbot auf, das sich gegen die Einführung neuer beziehungsweise die Beibehaltung bestehender Beeinträchtigungen des Kapitalverkehrs richtet. Hiervon ausgehend vermitteln die in Art. 63 ff. AEUV getroffenen Regelungen Unionskompetenzen im Bereich des Marktzugangs, nicht aber für den von Kapitel 9 des EUSFTA primär geregelten Schutz bereits getätigter Investitionen.

293 Die Art. 63 ff. AEUV verfolgen nämlich das Ziel, alle den Binnenmarkt beeinträchtigenden Ungleichbehandlungen bei der Ausübung der Wirtschaftstätigkeit im Markt oder beim Zu- bzw. Austritt aus dem Markt<sup>218</sup> sowie alle unterschiedslos anwendbaren Regelungen, die den Marktzutritt in der Union beschränken, indem der Kapitalverkehr generell untersagt, an bestimmte Kriterien geknüpft oder einer spezifischen Belastung unterworfen wird,<sup>219</sup> zu verbieten. Hiervon erfasst sind neben Regelungen, die den Erwerb von Beteiligungen verbieten, auch solche, die die Möglichkeit einschränken, sich an der Verwaltung oder Kontrolle einer Gesellschaft zu beteiligen.<sup>220</sup> Damit zielen die Art. 63 ff. AEUV auf die Regelung beziehungsweise Untersagung staatlicher Maßnahmen, die

- unmittelbar den Kapitalverkehr erschweren, verhindern oder an Bedingungen knüpfen beziehungsweise
- sich spezifisch auf den Marktzugang auswirken oder aufgrund ihrer diskriminierenden Wirkung einen unmittelbaren Einfluss auf die Anlageentscheidung ausländischer Investoren haben.

294 Soweit die Kommission in ihrem Antrag bemüht ist darzulegen, dass sich eine implizite ausschließliche Unionskompetenz über diese Marktzugangsfragen hinaus auch auf allgemeine Schutzvorschriften für getätigte Portfolio- sowie Direktinvestitionen erstreckt,<sup>221</sup> steht dies bereits mit den von ihr selbst angeführten Urteilen des Gerichts-

---

<sup>218</sup> *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 56 AEUV, Rn. 4 ff.

<sup>219</sup> *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 56 AEUV, Rn. 21.

<sup>220</sup> *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 56 AEUV, Rn. 22.

<sup>221</sup> Antrag der Kommission, Rn. 340.

hofs zur Kapitalverkehrsfreiheit nicht in Einklang. Diese Urteile betreffen nämlich beispielsweise

- unmittelbare Beschränkungen der Zulassung einer Investition durch die Festsetzung von Auflagen,<sup>222</sup>
- Beschränkungen der Folgewirkungen von Direktinvestitionen in Unternehmen, die den Erwerb einer effektiven Kontrolle entsprechend dem eingebrachten Kapital verhindern und sich somit spezifisch auf den Beteiligungserwerb auswirken,<sup>223</sup>
- Beschränkungen der Folgewirkungen von Investitionen durch die Statuierung staatlicher Sonderbefugnisse, die dazu führten, dass „die Situation des Erwerbers einer Beteiligung als solche“ beschränkt wurde,<sup>224</sup> sowie
- diskriminierende staatliche Maßnahmen, die spezifische Auswirkungen auf die Investitionsentscheidungen ausländischer Investoren hatten.<sup>225</sup>

295 Ausgehend von dieser Rechtsprechung ließe sich im vorliegenden Fall allenfalls argumentieren, dass der Union nach Art. 63 AEUV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV eine implizite Zuständigkeit zur Festschreibung der Schutzstandards in Art. 9.7 EUSFTA (Kapitaltransfer) sowie Art. 9.3 EUSFTA (Inländergleichbehandlung) zukommt, sofern man der Auffassung wäre, dass die Beschränkung des Art. 64 Abs. 2 AEUV auf Direktinvestitionen nicht greift.<sup>226</sup> Insofern müsste jedoch noch ergänzt werden, dass das Diskriminierungsverbot nur insoweit von Art. 63 ff. AEUV abgedeckt würde, wie Diskriminierungen unmittelbare Auswirkungen auf die Anlageentscheidung ausländischer Investoren haben.

---

<sup>222</sup> Urteil *Libert u. a.*, C-197/11 und C-203/11, EU:C:2013:288, Rn. 64 ff.

<sup>223</sup> Urteil *Kommission / Deutschland*, C-112/05, EU:C:2007:623, Rn. 52; vgl. auch Urteil *Kommission / Italien*, C-174/04, EU:C:2005:350, Rn. 30.

<sup>224</sup> Dieses Kriterium hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu „goldenen Aktien“ stets betont, vgl. etwa Urteile *Kommission / Portugal*, C-543/08, EU:C:2010:669, Rn. 68; *Kommission / Portugal*, C-212/09, EU:C:2011:717, Rn. 65. Neben dieser Rechtsprechung zu „goldenen Aktien“ fällt hierunter auch das anderweitig angeführte Urteil *Kommission / Spanien*, C-463/00, EU:C:2003:272, Rn. 57.

<sup>225</sup> Neben der von der Kommission insofern angeführten Rechtsprechung zu diskriminierenden Steuern auf Dividenden, Zinsen, Erlösen aus der Übertragung von Aktien oder dem Wert von finanziellen Vermögenswerten (Fn. 254 bis 257 des Antrags der Kommission) fällt hierunter auch das anderweitig von ihr angeführte Urteil *Idryma Typou*, C-81/09, EU:C:2010:622, Rn. 58.

<sup>226</sup> Vgl. oben Rn. 286 ff.

## **(2) Beispiele**

- 296 Demgegenüber gehen in den nachfolgend dargestellten Fällen die im EUSFTA getroffenen Regelungen erheblich über den Schutzbereich der Art. 63 ff. AEUV hinaus. Daher lässt sich jedenfalls insofern keine implizite ausschließliche Zuständigkeit der Union nach Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV annehmen.
- 297 Die Bundesregierung betont ausdrücklich, dass es sich hierbei lediglich um Beispielfälle handelt, weshalb der nachfolgenden Darstellung kein abschließender Charakter zukommt.

### **(a) Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“**

- 298 Besonders deutlich wird das Hinausgehen über den Schutzbereich der Art. 63 ff. AEUV im Fall des in Art. 9.4 EUSFTA verankerten Gebots der „gerechten und billigen Behandlung“ (FET). Letzteres betrifft den Schutz einer Investition nach deren Betätigung. Umfasst werden dabei vom FET-Standard im EUSFTA insbesondere spezifische verfahrensrechtliche Garantien (Art. 9.4 Abs. 2 Buchst. a) und Buchst. b) EUSFTA), der Schutz vor staatlicher Willkür und bösgläubigem Verhalten (Art. 9.4 Abs. 2 Buchst. c) und Buchst. d) EUSFTA) sowie konkrete Ausprägungen des Vertrauensschutzes (Art. 9.4 Abs. 2 Buchst. e) EUSFTA).
- 299 Die Kommission meint, in diesen vielfältigen durch den FET-Standard abgedeckten Konstellationen bestehe „die Wahrscheinlichkeit“, dass staatliche Verstöße die betreffende Investition verhinderten oder beschränkten, weshalb sie in den Anwendungsbereich des Art. 63 AEUV fielen.<sup>227</sup>
- 300 Dem ist entgegenzuhalten, dass bereits der Wortlaut der in Art. 9.4 Abs. 2 EUSFTA getroffenen Regelungen keinen Hinweis darauf enthält, dass es hiernach eines spezifischen Einflusses auf den Marktzugang von Kapital oder des Vorliegens einer Diskriminierung bedürfte. Vielmehr sind hierin allgemeine Anforderungen an die Ausübung hoheitlicher Gewalt aufgestellt. Damit aber fehlt es an dem zuvor erläuterten Spezifikum aller in der Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannten Fallgruppen von nach Art. 63 AEUV verbotenen Beschränkungen.

---

<sup>227</sup> Antrag der Kommission, Rn. 352.

**(b) Gebot des „vollen Schutzes und der vollen Sicherheit“**

- 301 Auch der in Art. 9.1 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 4 EUSFTA gewährte umfassende Schutz („full protection and security“) geht weit über den Schutz- und Regelungsgehalt der Art. 63 ff. AEUV hinaus.
- 302 Nach den besagten Bestimmungen des EUSFTA umfasst diese „full protection and security“ den physischen Schutz von Investoren sowie ihren Investitionen einschließlich der Portfolioinvestitionen. Mithin resultiert hieraus die Notwendigkeit für die Vertragsparteien, Schutzmaßnahmen zu ergreifen, die sich gegen Einwirkungen durch Dritte richten. Ein derartiger Schutz müsste in der Praxis von den Mitgliedstaaten in eigener Verantwortung geleistet werden, da die Union weder über entsprechende eigene Sicherheitsorgane noch über eine Zuständigkeit für die innere Sicherheit in den Mitgliedstaaten verfügt.
- 303 Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Umfang des zu gewährenden physischen Schutzes nicht auf das nach Art. 63 ff. AEUV erforderliche Maß – d.h. auf Marktzugangsfragen – begrenzt ist und er überdies im jeweiligen Einzelfall bestimmt wird. Mithin kann ein Schiedsgericht in einem solchen Einzelfall Anforderungen an die Union beziehungsweise die Mitgliedstaaten stellen, die weit über diejenigen Anforderungen hinausgehen, welche das Primärrecht zum Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit vorsieht. Vor diesem Hintergrund kann die Union die im EUSFTA vorgesehenen weitgehenden Vertragszusagen nicht allein abgeben, sondern es bedarf insofern der Mitwirkung der Mitgliedstaaten.

**(3) Zwischenergebnis**

- 304 Nach alledem lässt sich festhalten, dass die Voraussetzungen für das Bestehen einer ausschließlichen Zuständigkeit der Union nach Art. 63 AEUV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 Fall 3 AEUV mit Blick auf die Portfolioinvestitionen betreffenden Bestimmungen in Kapitel 9 des EUSFTA nicht erfüllt sind.

**c) Zur hilfsweise geltend gemachten geteilten Zuständigkeit der Union**

- 305 Nicht zu überzeugen vermag schließlich der hilfsweise Vortrag der Kommission, wonach die Union zumindest über eine geteilte Zuständigkeit für Portfolioinvestitionen gemäß Art. 216 AEUV verfüge.<sup>228</sup>

---

<sup>228</sup> Antrag der Kommission, Rn. 368 ff.

306 Nach Maßgabe von Art. 216 Abs. 1 AEUV käme die Annahme einer Zuständigkeit zum Abschluss einer entsprechenden Übereinkunft nur in Betracht,

- wenn dies in den Verträgen vorgesehen ist

oder wenn der Abschluss einer Übereinkunft

- im Rahmen der Politik der Union entweder zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich oder
- in einem verbindlichen Rechtsakt der Union vorgesehen ist oder aber
- gemeinsame Vorschriften beeinträchtigen oder deren Anwendungsbereich ändern könnte.

Im vorliegenden Fall ist jedoch keine dieser vier Varianten erfüllt.

307 Mit Blick auf die erstgenannte Variante ist darauf hinzuweisen, dass internationale Abkommen mit Drittstaaten im Bereich der Art. 63 ff. AEUV – mithin also über den Marktzugang von Investitionen zwischen Mitgliedstaaten und im Verhältnis zu Drittstaaten – weder im EUV noch im AEUV vorgesehen sind.

308 Zur zweiten Variante lässt sich festhalten, dass der Abschluss eines entsprechenden Abkommens betreffend Portfolioinvestitionen auch nicht zur Verwirklichung der in den Unionsverträgen festgelegten Ziele erforderlich ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen erlaubt sich die Bundesregierung, insofern auf ihre Ausführungen zur Reichweite des durch die Art. 63 ff. AEUV intendierten Schutzes zu verweisen.<sup>229</sup> Hiernach steht fest, dass ein solch umfassender Schutz von Portfolioinvestitionen, wie er in Kapitel 9 des EUSFTA vorgesehen ist, nicht zu den von den Unionsverträgen vorgesehenen Zielen gehört.

309 Ein solcher Schutz ist auch nicht in einem verbindlichen Rechtsakt der Union vorgesehen, sodass die dritte Variante des Art. 216 Abs. 1 AEUV ebenfalls nicht eingreift.

310 Zudem besteht nicht im Sinne der vierten Variante dieser Vorschrift die Gefahr einer Beeinträchtigung gemeinsamer Regelungen des Unionsrechts beziehungsweise einer Änderung ihres Anwendungsbereichs durch eigene Abkommen der Mitgliedstaaten, wenn das EUSFTA nicht abgeschlossen würde. Denn die Union hat den Schutz getätigter Portfolioinvestitionen bislang nicht geregelt und sie verfügt auch nicht über die

---

<sup>229</sup> Vgl. oben Rn. 292 ff.

entsprechende interne Zuständigkeit in einem Umfang, wie er den in Kapitel 9 des EUSFTA vorgesehenen Regelungen entspricht.

- 311 Selbst wenn man all dies anders sähe – *quod non* – und annähme, dass der Union nach Art. 216 Abs. 1 AEUV eine geteilte Kompetenz für die Portfolioinvestitionen betreffenden Regelungen des EUSFTA zukommt, ließe sich hieraus nicht ableiten, dass die Union insofern zu einem alleinigen Vertragsschluss befugt wäre. Vielmehr ist in diesem Zusammenhang an die bereits in den Randnummern 150 ff. dargestellte Rechtsprechung des Gerichtshofs zu erinnern, wonach internationale Abkommen, die zu ihrer Durchführung der Mitwirkung der Mitgliedstaaten bedürfen oder eine finanzielle Verantwortung für die Mitgliedstaaten begründen, von diesen mitabzuschließen sind.<sup>230</sup>

### III. Zwischenergebnis

- 312 Damit lässt sich festhalten, dass auch die Argumentation der Kommission zu denjenigen Teilaspekten des EUSFTA, welche sie selbst als nicht von Art. 207 AEUV erfasst ansieht, nicht zu überzeugen vermag.

## E. ERGEBNIS

- 313 Nach alledem ist das EUSFTA nicht als „Nur-EU“-Abkommen zu schließen, sondern als gemischtes Abkommen unter Beteiligung der Mitgliedstaaten.
- 314 Dass insofern allein die Rechtslage entscheidend ist, nicht aber etwaige weitergehende Motive der Kommission, hat der Gerichtshof in seiner folgenden Aussage aus dem Gutachten 2/00 mit besonderer Klarheit zum Ausdruck gebracht:

„[D]ie praktischen Schwierigkeiten bei der Durchführung gemischter Abkommen, auf die sich die Kommission zur Rechtfertigung der Heranziehung von Artikel 133 EG – der der Gemeinschaft eine ausschließliche Zuständigkeit im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik verleiht – beruft, [können] nicht als relevant für die Wahl der Rechtsgrundlage eines Rechtsakts der Gemeinschaft angesehen werden [...].“<sup>231</sup>

- 315 Dementsprechend ist die Vorlagefrage aus Sicht der Bundesregierung wie folgt zu beantworten:

---

<sup>230</sup> Gutachten 1/76, zitiert in Fn. 112, Rn. 7; Gutachten 1/78, zitiert in Fn. 25, Rn. 60 a.E.

<sup>231</sup> Gutachten 2/00, zitiert in Fn. 41, Rn. 41.

Die Europäische Union verfügt nicht über die erforderliche Zuständigkeit, um das Freihandelsabkommen mit Singapur allein zu schließen.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Henze', is positioned above the printed name.

Dr. Björn Beutler, LL.M.

Henze

*Professor Dr. iur. Bernhard Kempen*



*Professor Dr. Wolfgang Weiß*



An das  
Bundesverfassungsgericht  
Schlossbezirk 3  
76131 Karlsruhe

16. April 2018

**2 BvR 1823/16**      *Huber/Bode/Kolb* u.a. wg. CETA

In dem o.g. Verfahren der Verfassungsbeschwerde wird für die Beschwerdeführer ergänzend Folgendes vorgetragen:

## **I. Einleitung**

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. 10. 2016, dem Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes unter Auflagen nicht stattzugeben, gehen die Beschwerdeführer nach Beginn der neuen Legislaturperiode und inzwischen erfolgter Regierungsbildung davon aus, dass nun die Ratifikation des CETA in der Bundesrepublik Deutschland vorbereitet wird. Die Beschwerdeführer nehmen zudem an, dass in dem von ihnen angestregten Verfahren der Verfassungsbeschwerde gegebenenfalls noch vor der Beschlussfassung über das entsprechende Zustimmungsgesetz eine Entscheidung in der Hauptsache getroffen wer-

den wird. Falls dies nicht geschehen sollte, wäre die bereits in der Verfassungsbeschwerdeschrift vom 29. 08. 2016 (S. 8 f.) angekündigte und dann herbei zu führende Erweiterung des Beschwerdegegenstandes auf das deutsche Zustimmungsgesetz zum CETA in das anhängige Verfahren leicht zu integrieren.

In Bezug auf das hier zunächst vollumfänglich weiterverfolgte Rechtsschutzziel der Beschwerdeführer im Hauptsacheverfahren wird klargestellt, dass die Beschwerdeführer ihren bisherigen Vortrag hinsichtlich der Hauptsache aufrechterhalten. Dies gilt namentlich auch mit Blick auf die von der vorläufigen Anwendung des CETA nunmehr ausgenommenen Vertragsteile (vgl. ergänzender Schriftsatz vom 09. 10. 2016, S. 3). Gerügt wird die erfolgte bzw. bevorstehende Zustimmung bzw. Nichtablehnung durch den deutschen Ratsvertreter in Bezug auf die Beschlüsse über das CETA als solches, insbesondere hinsichtlich des Unterzeichnungs- und Ratifizierungsbeschlusses. Dass zumindest der Ratifizierungsbeschluss unter dem Vorbehalt erfolgter mitgliedstaatlicher Ratifizierungsprozesse stehen mag, ändert nichts daran, dass dieser auf Unionsebene jederzeit – ggf. unter dem Vorbehalt der Zustimmung aller mitgliedstaatlichen Parlamente – getroffen werden kann.

## **II. Replik auf die Schriftsätze des Deutschen Bundestages und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, insbesondere zur Notwendigkeit einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gem. Art. 267 AEUV**

Entgegen der Haltung des Bundestages besteht die Notwendigkeit einer Vorlage an den EuGH. In der hier vertretenen Verfassungsbeschwerde wird die Unvereinbarkeit der Zustimmung Deutschlands zu dem CETA bzw. seiner vorläufigen Anwendung mit den Anforderungen des GG gerügt. Bei dieser zunächst allein verfassungsrechtlichen Frage geht es aber zentral um die Auslegung und das Verständnis bestimmter Regelungen im CETA. Dieses stellt als Abkommen (auch) der Union einen unionalen Hoheitsakt gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV dar.

Die verfassungsrechtlichen Fragen sind in ihrer Beantwortung gerade von der Klärung zahlreicher Auslegungsfragen bezüglich CETA abhängig, insbesondere im Hinblick auf die Reichweite der EU-Zuständigkeiten für den Abschluss eines Abkommens, das eine internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit (ISDS) und Vertragsgremien mit bedeutsamen, zum Teil weitreichenden autonomen Zuständigkeiten einsetzt (Kompetenzfrage), ferner im Hinblick auf die sich aus unionsverfassungsrechtlichen Grundsätzen wie der Autonomie des Unionsrechts und der demokratischen Legitimation ergebenden Grenzen für die Zuständigkeiten der EU (Legitimationsfrage). Letztere steuern den Umfang, in dem die EU das CETA abschließen darf, und geben Einschränkungen der Reichweite und Maßgaben für das Verständnis des CETA. Erst die Beantwortung dieser genuin unionsrechtlichen Fragen durch den EuGH ermöglicht die Klärung des Inhalts des CETA und damit des Sachverhalts, der für eine präzise verfassungsrechtliche Würdigung notwendig ist. Entgegen der Argumentation der Fraktion der Grünen gilt dies auch für die Kompetenzfrage, also die Frage, ob die Europäische Union ultra vires gehandelt hat.

Dass das CETA als gemischtes Abkommen abgeschlossen wird, lässt die Bedeutung der Kompetenzabgrenzung für die Beantwortung verfassungsrechtlicher Fragen nicht entfallen. So macht es bei der Betrachtung der Anforderungen an die Vertragsgremien einen Unterschied, ob diese sich ausschließlich im Anwendungsbereich der EU-Zuständigkeiten bewegen, oder auch mitgliedstaatliche Zuständigkeiten berühren, zumal wenn nach dem CETA in aller Regel nur die EU und Kanada in den Ausschüssen vertreten sind. Das ist wichtig nicht zuletzt im Hinblick auf die Tätigkeit der Ausschüsse in der schon seit 21. 09. 2017 laufenden vorläufigen Anwendung des CETA, die ohne Zustimmung des Bundestags erfolgte. Von der vorläufigen Anwendung sind nur die Ausschusszuständigkeiten im Investitionskapitel ausgenommen.

Die Vorlage ist geboten, weil sich der EuGH zu diesen Fragen noch nicht geäußert hat. Die Einschätzungen des EuGH zur Kompetenzfrage im Singapurgutachten sind wegen der Unterschiedlichkeit der Regelungen des CETA im Vergleich zum Freihandelsabkommen mit Singapur nicht ohne weiteres, zumindest nicht in jedem Detail übertragbar.

Der von Belgien eingereichte Gutachtenantrag zielt auf Klärung der Fragen der unionsrechtlichen Zulässigkeit des ISDS; inwieweit die dort vorgetragenen Argumente indes sich mit den Fragestellungen und Argumenten aus der Sicht der deutschen Verfassung decken, kann hier nicht abschließend beurteilt werden. Jedenfalls hat der EuGH sich bislang nicht zur Vereinbarkeit eines ISDS in einem EU-Abkommen mit dem EU-Recht geäußert. In der Achmea-Entscheidung (Rs C-284/16) geht es um einen anderen Sachverhalt: Die unionsrechtliche Beurteilung von ISDS in bilateralen Investitionsschutzabkommen, die von den Mitgliedstaaten abgeschlossen wurden. Die Übertragbarkeit der Achmea-Entscheidung auf die Investitionsgerichtsbarkeit nach dem CETA ist in der Literatur streitig. Die Frage ist keineswegs eindeutig beantwortet. Ebenso wenig liegt bisher eine Klärung der Frage nach Grundlage und Grenzen (etwa aus dem Demokratiegebot und dem institutionellen Gleichgewicht in der EU) der EU-Zuständigkeit zur Einsetzung von Vertragsgremien mit bedeutsamen Entscheidungszuständigkeiten durch den EuGH vor.

### **III. Anregung von Vorlagefragen**

1. Verfügt die EU über eine alleinige oder eine geteilte Kompetenz, das CETA Abkommen mit Kanada (ABl. 2017 L 11/23 ff.) abzuschließen, insbesondere hinsichtlich der CETA-Bestimmungen über den internationalen Seeverkehr (Kapitel XIV), über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (Kapitel XI), über den Arbeitsschutz und die nachhaltige Entwicklung (Kapitel XXII und XXIII CETA)? Falls und soweit eine geteilte

Zuständigkeit insoweit vorliegt, darf die EU gleichwohl auch insoweit alleine das CETA-Abkommen abschließen und zuvor auch für vorläufig anwendbar erklären oder greift sie dadurch in die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten über?

2. Ist der Beschluss 2017/38 (ABl. 2017 L 11/1080) des Rates zur vorläufigen Anwendung des CETA mit Art. 218 Abs. 5 AEUV und mit den Kompetenzen der EU vereinbar, insbesondere in Ansehung, dass Art. 1 nur wenige Regelungen ausnimmt?
  - a) Ist es für die Reichweite der Zuständigkeit des Rates, nach Art. 218 Abs. 5 AEUV das CETA-Abkommen in diesem Umfang für vorläufig anwendbar zu erklären, relevant, dass dafür nach Art. 218 Abs. 5 AEUV keine Zustimmung des Europäischen Parlaments erforderlich ist?
  - b) Ist es aufgrund der Zustimmungsbedürftigkeit für den Abschluss von CETA nach Art. 218 Abs. 6 AEUV durch das Europäische Parlament geboten, die vorläufige Anwendung des CETA nach Art. 218 Abs. 5 AEUV nur nach Zustimmung des Europäischen Parlaments zu erteilen? Ist es für die Beantwortung dieser Frage relevant, dass bereits die vorläufige Anwendung eines Abkommens endgültige, dauerhafte Wirkungen auslösen kann, etwa infolge der Anwendung von Art. 30.8 Abs. 4 CETA?
3. Ist Art. 30.7 Abs. 3 c) CETA dahin auszulegen, dass nicht nur die EU, sondern auch jeder Mitgliedstaat alleine als Vertragspartei die vorläufige Anwendung des CETA beenden kann?
  - a) Falls Ja, beendet die Kündigung der vorläufigen Anwendung des CETA durch einen Mitgliedstaat dann die vorläufige Anwendung

des CETA für alle Mitgliedstaaten oder nur für diesen Mitgliedstaat?

- b) Falls die Kündigung nur die vorläufige Anwendung für den kündigenden Mitgliedstaat beendet, ist Art. 30.7 Abs. 3 d) CETA dann dahin zu verstehen, dass dieser Mitgliedstaat dann auch nicht mehr an die bereits gefassten Beschlüsse der CETA-Ausschüsse gebunden ist?
- c) Falls die letzte Frage bejaht wird, gilt diese fehlende Bindungswirkung dann auch gegenüber Unionsrecht, das in Umsetzung dieser Beschlüsse der CETA-Ausschüsse ergangen ist?

4. Sind Art. 26.3 Abs. 2 und 26.2 Abs. 4 CETA so zu verstehen, dass die im CETA vorgesehenen Beschlüsse der dort genannten CETA-Ausschüsse bereits mit ihrer Annahme völkerrechtlich für alle Parteien verbindlich sind und dafür keiner weiteren nachfolgenden Annahme oder Ratifikation durch die Vertragsparteien bedürfen, es sei denn dies ist im CETA andernorts ausdrücklich vorgesehen?

- a) Falls letztere Frage bejaht wird, erwachsen diese Beschlüsse der CETA-Ausschüsse dann über Art. 216 Abs. 2 AEUV bzw infolge ihres Zusammenhangs mit dem Abkommen, zu dessen Umsetzung sie ergehen, auch in unionsrechtliche Bindung?
- b) Falls letztere Frage bejaht wird, löst dies infolge Art. 216 Abs. 2 AEUV oder wegen des Zusammenhangs der Beschlüsse mit dem Abkommen eine unionsrechtliche Pflicht zu ihrer Umsetzung für die EU- Organe und die Mitgliedstaaten aus?

5. Sind die Art. 2.4 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 2.13 CETA über die Änderungen der Zollsätze im Anhang des CETA und Art. 30.2 Abs. 2 CETA über Änderung der Anhänge und Protokolle des CETA, die den CETA-Ausschüsse verbindliche Beschlussfassungszuständigkeiten verleihen, dahin auszulegen, dass die Verbindlichkeit dieser Beschlüsse der CETA-Ausschüsse auf völkerrechtlicher oder auf unionsrechtlicher Ebene der nachfolgenden Ratifikation oder anderweitigen Annahme durch alle Vertragsparteien einschließlich der EU-Mitgliedstaaten bedarf?

Soweit diese Frage verneint wird: Werden diese Beschlüsse für die EU und ihre Mitgliedstaaten dann nur über das vereinfachte Verfahren nach Art. 218 Abs. 7 und Abs. 9 AEUV verbindlich? Gilt das vereinfachte Verfahren nach Art. 218 Abs. 9 AEUV auch in Ansehung der Grenzen, die die demokratischen Grundsätze nach Art. 10 EUV und die Stellung des Europäischen Parlamentes in der Annahme von Vertragsänderungen nach Art. 207 und Art. 218 AEUV der Anwendung des vereinfachten Verfahrens insoweit setzen? Folgt aus der Meroni-Rechtsprechung und Art. 290 Abs. 1 AEUV ein allgemeiner Grundsatz der Nichtübertragbarkeit erheblicher Entscheidungen an Gremien wie die CETA-Ausschüsse, der die Anwendung des vereinfachten Verfahrens nach Art. 218 Abs. 7 und Abs. 9 AEUV für die oben benannten Beschlussfassungszuständigkeiten der CETA-Ausschüsse ausschließt oder eingrenzt? Ist es bei der Beantwortung der Fragen unter dieser Ziffer 5. relevant, ob diese Beschlüsse der CETA-Ausschüsse während der vorläufigen Anwendung des CETA getroffen werden, oder gelten im Hinblick darauf, dass die vorläufige Anwendung des CETA ohne konstitutive Beteiligung des Parlamentes nur aufgrund des o.g. Ratsbeschlusses erfolgte, nicht noch zusätzliche Grenzen für eine Anwendung des vereinfachten Verfahrens nach Art. 218 Abs. 9 AEUV im Hinblick auf die Stellung des Europäischen Parlamentes?

6. Sind die Beschlussfassungszuständigkeiten der CETA-Ausschüsse nach Art. 26.1 Abs. 5 e) CETA über bindende Auslegungen, nach Art. 4.7 Abs. 1 f) in Verbindung mit Art. 26.1 Abs. 5 c) CETA zur Änderung des Kapitels 4, und nach Art. 21.7 Abs. 5 und Art. 21.7 Abs. 7 CETA über Maßnahmen zur Durchführung der Produktwarnungen vereinbar mit Unionsrecht im Hinblick auf seine demokratischen Grundsätze nach Art. 10 EUV und die Stellung des Europäischen Parlamentes in der Annahme von Vertragsänderungen nach Art. 207 und Art. 218 AEUV und in der Gesetzgebung?

a) Soweit die vorstehende Frage bejaht wird: Gelten die vereinfachten Verfahren nach Art. 218 Abs. 7 und Abs. 9 AEUV für diese Beschlussfassungszuständigkeiten auch in Ansehung der Grenzen, die die demokratischen Grundsätze nach Art. 10 EUV und die Stellung des Europäischen Parlamentes der Anwendung des vereinfachten Verfahrens insoweit setzen? Folgt aus der Meroni-Rechtsprechung und Art. 290 Abs. 1 AEUV ein allgemeiner Grundsatz der Nichtübertragbarkeit erheblicher Entscheidungen an Ausschüsse wie die CETA Ausschüsse, der die Anwendung der vereinfachten Verfahren nach Art. 218 Abs. 7 und Abs. 9 AEUV für die oben benannten Beschlussfassungszuständigkeiten der CETA-Ausschüsse ausschließt oder eingrenzt?

b) Ist es bei der Beantwortung der vorstehenden Fragen unter Ziffer 6 relevant, ob diese Beschlüsse der CETA-Ausschüsse während der vorläufigen Anwendung des CETA getroffen werden, oder gelten im Hinblick darauf, dass die vorläufige Anwendung des CETA ohne konstitutive Beteiligung des Parlamentes nur aufgrund des o.g. Ratsbeschlusses erfolgte, nicht noch zusätzliche Grenzen für eine Anwendung des vereinfachten Verfahrens nach

Art. 218 Abs. 9 AEUV im Hinblick auf die Stellung des Europäischen Parlamentes? Ist es für die Beantwortung der unter Ziffer 6 formulierten Fragen bei der Beurteilung insbesondere von Art. 21.7 CETA relevant, ob die Umsetzung der Inhalte eines Beschlusses des CETA Gremiums es erfordert, dass der Unionsgesetzgeber, und damit auch das Europäische Parlament, EU Sekundärrecht ändert oder neues erlässt?

7. Ist die Zuständigkeit des CETA Joint Committee nach Art. 8.29 CETA vereinbar mit Unionsrecht im Hinblick auf seine demokratischen Grundsätze nach Art 10 EUV und die Stellung des Europäischen Parlamentes in der Annahme von Vertragsänderungen nach Art. 207 und Art. 218 AEUV?

a) Falls letztere Frage bejaht wird: Ist für die Zuständigkeit nach Art. 8.29 CETA das vereinfachte Verfahren nach Art. 218 Abs. 7 oder Abs. 9 AEUV anwendbar, obwohl dort institutionelle Änderungen aus der Zuständigkeit von beschließenden Vertragsgremien ausgenommen sind?

b) Falls letztere Frage bejaht wird: Ist die Anwendung des vereinfachten Verfahrens nach Art. 218 Abs. 9 AEUV auf die Beschlussfassung nach Art. 8.29 CETA vereinbar mit den demokratischen Grundsätzen nach Art. 10 EUV und der Stellung des Europäischen Parlaments? Folgt aus der Meroni-Rechtsprechung und Art. 290 Abs. 1 AEUV ein allgemeiner Grundsatz der Nichtübertragbarkeit erheblicher Entscheidungen an Ausschüsse wie die CETA Ausschüsse, der die Anwendung der vereinfachten Verfahren nach Art. 218 Abs. 7 und Abs. 9 AEUV für die Beschlussfassungszuständigkeit des CETA Joint Committee nach Art. 8.29 CETA ausschließt oder eingrenzt?

8. Ist die Zuständigkeit des CETA Joint Committee nach Art. 8.28 Abs. 7 g) CETA vereinbar mit Unionsrecht im Hinblick auf seine demokratischen Grundsätze nach Art. 10 EUV und die Stellung des Europäischen Parlamentes in der Annahme von Vertragsänderungen nach Art. 207 und Art. 218 AEUV?

Falls letztere Frage bejaht wird: Ist das vereinfachte Verfahren nach Art. 218 Abs. 9 AEUV für die Festlegung der Arbeitsweise des Berufungsgerichts anwendbar auch in Ansehung der Grenzen, die die demokratischen Grundsätze nach Art. 10 EUV und die Stellung des Europäischen Parlamentes insoweit setzen? Folgt aus der Meroni-Rechtsprechung und Art. 290 Abs. 1 AEUV ein allgemeiner Grundsatz der Nichtübertragbarkeit erheblicher Entscheidungen an Ausschüsse wie das CETA Joint Committee, der die Anwendung der vereinfachten Verfahren nach Art. 218 Abs. 7 und Abs. 9 AEUV für diese Beschlussfassungszuständigkeit ausschließt oder eingrenzt?

9. Ist die Zuständigkeit des CETA Joint Committee nach Art. 8.31 Abs. 3 CETA vereinbar mit Unionsrecht im Hinblick auf seine demokratischen Grundsätze nach Art. 10 EUV und die Stellung des Europäischen Parlamentes in der Annahme von Vertragsänderungen nach Art. 207 und Art. 218 AEUV?

Falls letztere Frage bejaht wird: Ist das vereinfachten Verfahrens nach Art. 218 Abs. 9 AEUV für die Beschlussfassung über verbindliche Auslegungen des CETA anwendbar auch in Ansehung der Grenzen, die die demokratischen Grundsätze nach Art. 10 EUV und die Stellung des EP insoweit setzen? Folgt aus der Meroni-Rechtsprechung und Art. 290 Abs. 1 AEUV ein allgemeiner Grundsatz der Nichtübertragbarkeit erheblicher Entscheidungen an Ausschüsse wie das CETA Joint Committee, der der Anwen-

derung der vereinfachten Verfahren nach Art. 218 Abs. 7 und Abs. 9 AEUV für diese Beschlussfassungszuständigkeit ausschließt oder eingrenzt?

10. Sind die Zuständigkeit des CETA Ausschusses nach Art. 8.44 Abs. 2 und Art. 8.44 Abs. 3 b) CETA vereinbar mit Unionsrecht im Hinblick auf seine demokratischen Grundsätze nach Art. 10 EUV und die Stellung des Europäischen Parlamentes in der Annahme von Vertragsänderungen nach Art. 207 und Art. 218 AEUV?

Falls letztere Frage bejaht wird: Ist das vereinfachte Verfahren nach Art. 218 Abs. 9 AEUV für diese Beschlussfassungszuständigkeiten der CETA Ausschüsse anwendbar auch in Ansehung der Grenzen, die die demokratischen Grundsätze nach Art. 10 EUV und die Stellung des EP der Anwendung des vereinfachten Verfahrens nach Art. 218 Abs. 9 AEUV für die Rechtsetzung in Form der Festlegung des Verhaltenskodex und der Verfahrensregeln setzen? Folgt aus der Meroni-Rechtsprechung und Art. 290 Abs. 1 AEUV ein allgemeiner Grundsatz der Nichtübertragbarkeit erheblicher Entscheidungen an Ausschüsse wie diesen CETA Ausschuss, der die Anwendung der vereinfachten Verfahren nach Art. 218 Abs. 7 und Abs. 9 AEUV auf diese Beschlussfassungszuständigkeiten ausschließt oder eingrenzt?

11. Ist Art. 26.1 Abs. 5 a), g), h) CETA dahin auszulegen, dass dem CETA Joint Committee Veränderungen des institutionellen Aufbaus des CETA erlaubt sind, die dieser Ausschuss durch bindende Beschlüsse nach Art. 26.3 Abs. 2 CETA vornimmt, insbesondere die Errichtung neuer Ausschüsse und Zuständigkeitsveränderungen?

Falls letztere Frage bejaht wird: Ist dieses Mandat des CETA Joint Committee mit Art. 218 Abs. 9 AEUV vereinbar, der die Ergänzung oder Änderung des institutionellen Rahmens von der Anwendung des vereinfachten Verfahrens ausnimmt?

12. Ist Art. 30.6 CETA dahin zu verstehen, dass er die unmittelbare Wirkung des CETA ausschließt?

Falls letzteres bejaht wird: Gilt der Ausschluss der unmittelbaren Wirkung in Art. 30.6 CETA auch für die Beschlüsse von CETA Ausschüsse?

Ist Art. 30.6 CETA mit Art. 19 Abs. 1 EUV und dem dort verankerten Rechtsschutzauftrag der Mitgliedstaaten, mit Art. 47 GRCharta und der Eigenart des Unionsrechts, dem einzelnen Rechte zu gewähren, vereinbar?

13. Ist bei der Beschlussfassung im Rat nach Art. 218 Abs. 9 AEUV über die seitens der EU zu vertretenden Standpunkte bei der Beschlussfassung in den CETA Ausschüssen nach den oben in Frage 4 bis einschließlich 11 genannten CETA Regeln stets die qualifizierte Mehrheit genügend oder bedarf es im Hinblick auf geteilte Zuständigkeiten der EU oder wegen der Berührung nationaler Zuständigkeiten der Einstimmigkeit im Rat?

14. Sind Art. 267 und Art. 344 AEUV dahingehend auszulegen, dass sie den Bestimmungen des CETA über die Rechtsprechungsgewalt des durch Kapitel 8 Abschnitt F CETA eingerichteten „Investitionsgerichts“ entgegenstehen?

a) Kann es im Rahmen von Verfahren vor dem „Investitionsgericht“ zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts kommen, insbesondere weil das CETA als anwendbares Recht (Art. 8.31 Abs. 1 CETA) selbst als integraler Bestandteil des Unionsrechts (vgl. Art. 216 Abs. 2 AEUV) gilt, oder weil die Anhänge, Protokolle und Ausnahmedefinitionen in Anhang I zu Vorbehalten zu CETA auf EU-Rechtsakte verweisen, so dass deren Einschlägigkeit und Bedeutung für einen beim „Investitionsgericht“ anhängigen Fall von diesem beurteilt werden wird/muss?

- b) Ist auch das Unionsrecht Bestandteil des in Art. 8.31 Abs. 2 CETA genannten internen Rechts einer Vertragspartei?
  - c) Falls die Frage zu Nr. 14 Buchst. b bejaht wird: Kann es im Rahmen von Verfahren vor dem „Investitionsgericht“ zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts kommen, insbesondere weil das „Investitionsgericht“ in seinen Verfahren das interne Recht einer Vertragspartei gem. Art. 8.31 Abs. 2 CETA „als Tatsache heranziehen“ kann?
  - d) Falls mindestens eine der Fragen zu Nr. 14 Buchst. a und c bejaht wird: Gehört das „Investitionsgericht“ zum Rechtssystem der EU i.S.v. Art. 267 AEUV mit der Folge, dass es im Falle von Auslegungsfragen über das Unionsrecht zur Anrufung des EuGH verpflichtet ist?
  - e) Falls die Frage zu Nr. 14 Buchst. d verneint wird: Unterliegt eine letztinstanzliche Entscheidung des „Investitionsgerichts“ der Kontrolle durch ein Gericht eines Mitgliedstaates, die gewährleistet, dass die unionsrechtlichen Fragen, die das „Investitionsgericht“ behandelt hat, eventuell im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens dem EuGH vorgelegt werden könnten?
15. Sind Art. 267 und Art. 344 AEUV dahingehend auszulegen, dass sie den Bestimmungen aus Art. 8.22 Abs. 1 lit. f CETA entgegenstehen?
- a) Ist auch das Unionsrecht Bestandteil des in Art. 8.22 Abs. 1 lit. f CETA genannten internen Rechts?
  - b) Falls die Frage zu Nr. 15 Buchst. a bejaht wird: Kann die Autonomie des Rechtssystems der Europäischen Union umgangen werden, indem vom CETA begünstigte kanadische Investoren zunächst ein nach dem internen Recht eines Mitgliedstaates klageweise ange-

strengtes Verfahren – ggf. nach erfolgter Vorlage vor den EuGH gem. Art. 267 AEUV – vor einem Gericht eines Mitgliedstaates betreiben und vor dessen rechtskräftigem Abschluss (z.B. bei für sie absehbar ungünstigem Ausgang) die Klage zurücknehmen, um dann denselben Klagegegenstand vor dem durch Kapitel 8 Abschnitt F des CETA eingerichteten „Investitionsgericht“ zu verfolgen?

c) Ist in der vorgenannten Konstellation gewährleistet, dass die zunächst zur Anwendung gelangten Normen des internen Rechts – ggf. unter Berücksichtigung der Auslegung durch den EuGH nach zunächst erfolgter Vorlage gem. Art. 267 AEUV – von dem „Investitionsgericht“ berücksichtigt werden?

16. Sind Art. 267 und Art. 344 AEUV dahingehend auszulegen, dass sie den Bestimmungen aus Art. 8.23 Abs. 2 d) CETA entgegenstehen?

a) Kann auch das Unionsrecht Bestandteil der in Art. 8.23 Abs. 2 d) CETA genannten „etwaige[n] sonstige[n] von den Streitparteien einvernehmlich festgelegte[n] Regeln“ sein?

b) Falls die Frage zu Nr. 16 Buchst. a bejaht wird: Kann die Autonomie des Rechtssystems der Europäischen Union umgangen werden, indem das Unionsrecht oder Teile davon gem. Art. 8.23 Abs. 2 lit. d CETA für Klageerhebungen vor dem „Investitionsgericht“ für anwendbar erklärt werden?

c) Ist in der vorgenannten Konstellation gewährleistet, dass die für anwendbar erklärten Normen des Unionsrechts von dem „Investitionsgericht“ berücksichtigt und ggf. Auslegungsstreitigkeiten dem EuGH gem. Art. 267 AEUV vorgelegt werden?

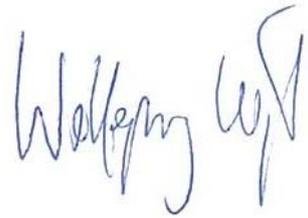
17. Ist Art. 18 AEUV dahingehend auszulegen, dass er den Bestimmungen über den Zugang zu dem durch Kapitel 8 Abschnitt F des CETA eingerichteten „Investitionsgericht“ gem. Art. 8.18 Abs. 1 i.V.m. Art. 8.1 und 8.2 CETA entgegensteht?
- a) Ist ein Unionsbürger nur dann als „Investor“ im Sinne der Definition aus Art. 8.1 CETA zu qualifizieren, wenn er eine Investition in Kanada und nicht in einem – von seinem Herkunftsstaat verschiedenen – Mitgliedstaat der EU tätigen möchte?
  - b) Falls die Frage zu Nr. 17 Buchst. a bejaht wird: Ist Unionsbürgern der Zugang zu dem „Investitionsgericht“ gem. Art. 8.18 Abs. 1 i.V.m. Art. 8.2 Abs. 1 lit. a CETA verwehrt, soweit sie eine Investition in einem (von ihrem Herkunftsstaat verschiedenen) Mitgliedstaat der EU tätigen möchten?
  - c) Falls die Frage zu Nr. 17 Buchst. b bejaht wird: Kann die Tatsache, dass Investoren mit kanadischer Staatsangehörigkeit – anders als Investoren mit Unionsbürgerschaft – unter der vorgenannten Konstellation bei im Übrigen identischen Voraussetzungen alternativ zu einem Zugang zu staatlichen Gerichten (vgl. Art. 8.22 Abs. 1 lit. f CETA) einen Zugang zum „Investitionsgericht“ erhalten, unionsrechtlich gerechtfertigt werden?

Diese komplexen Fragen sind unseres Erachtens nötig, um die verfassungsrechtlichen Fragen nach der hinreichenden Legitimation und eventuell weiteren zusätzlichen Legitimationsanforderungen, die aus dem GG abgeleitet werden könnten, präzise und abschließend beantworten zu können. Dafür muss neben der Kompetenzverteilung auch geklärt werden, welche Bindungswirkung die CETA-Ausschussbeschlüsse haben, in welchen Verfahren diese hergestellt werden, in welchen Verfahren die unionale Zustimmung erfolgt (ob also das vereinfachte Verfahren nach Art. 218 Abs. 9 und gegebenenfalls nach Art. 218 Abs.7 AEUV angewend-

bar ist), ob es für die Anwendung dieser vereinfachten Verfahren unionsverfassungsrechtliche Grenzen gibt und ob diese bei den einzelnen Zuständigkeitszuweisungen des CETA überschritten werden. Diese Fragen müssen je für sich bei den problematischen Beschlussfassungszuständigkeiten gestellt werden (näher dazu: *Wolfgang Weiß*, Demokratische Legitimation und völkerrechtliche Governancestrukturen, in: Kadelbach [Hrsg.], *Die Welt und Wir*, 2017, S. 151 [200-203]). Zudem muss ermittelt werden, ob und inwieweit der Statuierung einer CETA-Investitionsgerichtsbarkeit nach den Grundsätzen der Achmea-Entscheidung Grenzen gezogen sind.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Kempen', on a light-colored rectangular background.

Professor Dr. Bernhard Kempen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Wolfgang Weiß', on a white background.

Professor Dr. Wolfgang Weiß