

Deutscher Bundestag
18. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschussdrucksache 18(9)939
5. September 2016

Postanschrift	Innstraße 39 94032 Passau
Telefon	0851 509-2330 0851 509-2331
Telefax	0851 509-2332
E-Mail	Christoph.Herrmann@Uni- Passau.de
Datum	03.09.2016

Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages am 5.09.2016, 12-13:30 Uhr

Unionsrechtliche und verfassungsrechtliche Fragen des Abschlusses und der vorläufigen Anwendung des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) zwischen der EU (inkl. Mitgliedstaaten) und Kanada;

Beratungsgegenstände: KOM(2016)443 endg., KOM(2016)444 endg., KOM(2016)470 endg.

I. Vorbemerkung

Vorab darf ich mich für die Einladung als Sachverständiger für die o.g. Öffentliche Anhörung herzlich bedanken und gleichzeitig für die späte Abgabe der schriftlichen Stellungnahme um Entschuldigung bitten. Diese ist einer verspätet zugewandten Einladung sowie einer familiär bedingt eingeschränkten Arbeitsmöglichkeit in den vergangenen Wochen geschuldet, für die ich um Verständnis bitte. Die vorliegende Stellungnahme verzichtet aus diesem Grund (weitgehend) auch auf einen Nachweis der geschilderten Rechtslage bzw. -auffassung durch Urteils- oder Literaturverweise.

II. Einführung

Der zur Diskussion stehende Abschluss von CETA durch die EU und ihre Mitgliedstaaten mit Kanada erfolgt im Kontext geänderter internationaler und europarechtlicher Rahmenbedingungen für die Handelspolitik. Dazu zählen die nach wie vor nicht absehbare weitere Entwicklung der Doha-Runde der WTO, die im Rahmen der WTO mittlerweile erkennbare Tendenz zu einer WTO der „mehreren Geschwindigkeiten“ (GPA, TiSA, ITA)

sowie – insbesondere – der globale Trend zu einer verstärkten Hinwendung der Staaten zum Abschluss von umfassenden regionalen Handels- und Wirtschaftsabkommen (in Reaktion auf die schleppende Doha-Runde). Hier ist insbesondere die Trans-Pacific-Partnership (TPP) zwischen den USA und einer Reihe von Pazifikanrainerstaaten zu nennen. Auch die EU verfolgt seit 2006 wieder verstärkt den Abschluss von bilateralen Handelsabkommen, die einen umfassenden wirtschaftlichen Ansatz verfolgen (sog. „Deep and Comprehensive Trade Agreements“). Seit dem Vertrag von Lissabon und auf Grundlage der durch diesen geänderten Bestimmung über die gemeinsame Handelspolitik (GHP, Art. 207 AEUV, ex-Art. 133 EGV-Nizza) umfasst die Agenda hierbei auch den bislang nahezu ausnahmslos von den Mitgliedstaaten durch bilaterale Abkommen geregelten Investitionsschutz (BITs). Eine umfassende Agenda macht dabei einerseits die Verhandlungen komplexer und damit langwieriger, erlaubt aber umgekehrt auch bereichsübergreifende Kompromisse, die überhaupt erst einen Abschluss ermöglichen.

Diese skizzierte dynamische Entwicklung der internationalen Handelspolitik führt letztlich zurück zu den Wurzeln des Welthandelssystems: bereits mit der in den 1950er Jahren gescheiterten *Havana Charta* war ein solch umfassender Ansatz verfolgt worden. Die kommenden Jahre (und womöglich Jahrzehnte) werden daher geprägt sein von der Entstehung weiterer internationaler Handelsblöcke, innerhalb derer durch eine vertiefte wirtschaftliche Integration neue Wachstumsmöglichkeiten geschaffen werden, die aber gleichzeitig in einem Wettbewerb zum globalen WTO-System wie auch untereinander stehen (*competing regionalism*). Die erfolgreiche Teilhabe der Europäischen Union (samt ihrer Mitgliedstaaten) an diesen Entwicklungen setzt eine handlungsfähige Union voraus.

Die derzeitigen Auseinandersetzungen um CETA, aber auch um das EU-Singapur-Abkommen, TTIP etc. werden – insbesondere soweit sie gerichtliche Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs oder nationaler Verfassungsgerichte provozieren – hierfür den verfassungsrechtlichen Rahmen konkretisieren. Dass es zu solchen Urteilen kommen wird ist sicher: der Gerichtshof verhandelt derzeit über den Gutachtenantrag der Kommission betr. die kompetenziellen Fragen für das EU-Singapur-Abkommen (das CETA in vielerlei Hinsicht jedenfalls hinreichend ähnelt), beim BVerfG sind bereits zahlreiche Verfassungsbeschwerden und sonstige Verfahren gegen den Abschluss von CETA anhängig gemacht worden. Gleichgültig wie man die rechtlichen Fragen, die durch den vorliegenden Beratungsgegenstand und seinen soeben skizzierten Hintergrund bewertet, bedürfen sie jedenfalls der sorgfältigen Diskussion und Abwägung, zu der diese Anhörung einen guten Beitrag leisten kann.

III. Einordnung von CETA in das Kompetenzgefüge der EU

a. Kompetenzarten in den Außenbeziehungen der EU

Durch den Vertrag von Lissabon ist das Kompetenzsystem der EU erstmalig in den Verträgen (EUV, AEUV) explizit gemacht worden. Danach verfügt die EU über **ausschließliche Zuständigkeiten**, d.h. Bereichen, in denen ausschließlich sie rechtswirksame Handlungen vornehmen kann (soweit sie nicht Kompetenzen auf die Mitgliedstaaten zurück delegiert, Art. 2 I AEUV, wie im Rahmen der Verordnung 1219/2012 zur Einführung einer Übergangsregelung für bilaterale

Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern geschehen). Hiervon kann auch der Abschluss völkerrechtlicher Verträge erfasst sein, wenn er in einem ausschließlichen Kompetenztitel erwähnt wird (so namentlich für den vorliegenden Fall Art. 2 I, 3 I lit. e), 207 III AEUV) oder die Voraussetzungen des Art. 3 II AEUV im Bereich einer im Übrigen nicht ausschließlichen Kompetenz erfüllt sind.

Geteilte Zuständigkeiten erlauben der EU ebenfalls ein rechtswirksames Handeln; die Mitgliedstaaten dürfen aber, solange und soweit die EU noch nicht tätig geworden ist, ebenfalls rechtswirksame Handlungen vornehmen (Art. 2 II AEUV). Auch auf der Grundlage einer geteilten Zuständigkeit kann die EU unzweifelhaft völkerrechtliche Verträge abschließen (so z.B. im Bereich der Umweltpolitik, Art. 2 II, 4 II e), 191 IV, 216 I AEUV). Selbiges gilt im Prinzip auch für den Bereich der **Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen** der EU (Art. 2 V, 6 AEUV), deren Ausübung aber auf die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten ohne Wirkung ist.

Unabhängig von der Frage, in welchen Politikbereich ein Abkommen überhaupt fällt, verfügt die EU nach Maßgabe des Art. 216 I AEUV über die Zuständigkeit zum Abschluss internationaler Abkommen, die wiederum nach Maßgabe des Art. 3 II AEUV ausschließlich sein kann. Mit diesen beiden Vorschriften hat der Vertrag von Lissabon den Versuch unternommen, die vorherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zu ungeschriebenen Außenkompetenzen („*implied powers*“ nach der sog. AETR-Doktrin) sichtbar zu machen. Die genauen Grenzen dieser „ungeschriebenen“ und womöglich ausschließlichen Kompetenzen im Umfeld der GHP wird der Gerichtshof vermutlich im o.g. Verfahren zum EU-Singapur-Abkommen klären.

b. Rechtsgrundlagen für den Abschluss von CETA

Der Kommissionsvorschlag sieht als Rechtsgrundlage für Unterzeichnung und Abschluss von CETA die Art. 91, 100 II sowie Art. 207 IV UA 1 AEUV (iVm Art. 218 AEUV als Verfahrensnorm) vor, d.h. das Abkommen soll auf die Vorschriften über die Verkehrspolitik sowie die gemeinsame Handelspolitik gestützt werden. Die Reihenfolge der Nennung der Rechtsgrundlagen erfolgt ausschließlich nach deren numerischer Reihenfolge, nicht nach ihrer Bedeutung. **Es bestehen keinerlei Zweifel, dass CETA jedenfalls zum allergrößten Teil auf Art. 207 AEUV, d.h. die gemeinsame Handelspolitik gestützt werden kann.** Die Verkehrspolitik (als geteilte Zuständigkeit) wird daneben deswegen herangezogen, weil diesbezüglich Abkommen nach Art. 207 V AEUV ausdrücklich von der GHP ausgenommen sind.

Die GHP stellt ausweislich Art. 3 I lit. e) AEUV eine ausschließliche Zuständigkeit der EU dar, und zwar – anders als nach dem Vertrag von Nizza – in allen ihr unterfallenden Bereichen: Handel mit Waren, Dienstleistungen, Handelsaspekte der Rechte des geistigen Eigentums und – neu eingefügt durch Lissabon – ausländische Direktinvestitionen.

Diskutiert werden im Schrifttum (und sind zwischen Kommission und Mitgliedstaaten/Rat streitig) Strafvorschriften im Bereich geistiges Eigentum, Portfolioinvestitionen, Vorschriften über den Arbeitnehmerschutz sowie die

gegenseitige Anerkennung von bestimmten Standards und Berufsqualifikationen als Teil der GHP. Ob und inwieweit diese Bereiche tatsächlich Art. 207 AEUV unterfallen, kann und wird abschließend nur der EuGH klären können. In den bisherigen Urteilen seit dem Vertrag von Lissabon – sowohl zu Art. 207 AEUV als auch sonst im Bereich des auswärtigen Handelns – ist der Gerichtshof allerdings stets der Kommission (bzw. dem Parlament) gefolgt und hat die Rechtsauffassung des Rates (der Mitgliedstaaten) gerade nicht geteilt. Insbesondere zur GHP hat er in zwei Urteilen¹ deutlich gemacht, dass wegen der grundlegenden Neufassung des Art. 207 AEUV seiner eigenen Rechtsprechung zur GHP prä-Lissabon nur noch begrenzte Aussagekraft zukommt (das bezieht sich insbesondere auf das Gutachten 1/94 über den Beitritt der damaligen EG zur WTO). Es besteht daher nach m.E. eine erhebliche Vermutung dahingehend, dass der Gerichtshof im EU-Singapur-Gutachten eine sehr weitreichende Kompetenz der EU feststellen wird, um der durch den Vertrag von Lissabon unzweifelhaft beabsichtigten Stärkung der außen(handels)politischen Handlungsfähigkeit der EU Wirkung zu verleihen.

Fallen einzelne der in CETA berührten Bereiche nicht unter Art. 207 AEUV, so besteht daneben weiterhin die Möglichkeit, dass sie (wie die Vorschriften über Verkehrsdienstleistungen) von einer geteilten Zuständigkeit der EU oder sogar einer nach Art. 3 II AEUV ausschließlichen Außenzuständigkeit erfasst werden, so dass die EU CETA auch insoweit in jedem Fall abschließen kann. **M.E. enthält CETA keine Vorschriften, für die die EU überhaupt keine Zuständigkeit hat**, d.h. die in die „ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten“ fallen. Im EU-Singapur-Gutachtenantrag hat die Kommission nun explizit auch nach solchen mitgliedstaatlichen Kompetenzreservaten gefragt; bislang hatte sich der Gerichtshof zu solchen praktisch nie zu äußern, vgl. *Klamert*, EuZW 2016, 561).

c. Abschluss als sog. „gemischtes Abkommen“

Nach dem Vorgesagten verfügt die EU also über eine **umfassende Kompetenz für den Abschluss von CETA**, die jedenfalls für die größten Teile des Abkommens auch eine ausschließliche Kompetenz der EU darstellt. Die EU wäre damit **m.E. berechtigt und in der Lage, CETA alleine, d.h. als sog. EU-only-Abkommen abzuschließen**. Auch der (womöglich) geteilte Charakter der Zuständigkeit für die Verkehrspolitik und andere Bereiche bedeutet nämlich gerade nicht – das wird leider häufig übersehen – dass ein gemischtes Abkommen rechtlich zwingend geboten ist. Allenfalls lässt sich argumentieren, dass die Mitgliedstaaten (im Rahmen der Grenzen ihrer Loyalitätspflicht, Art. 4 III EUV) einen Anspruch auf Abschluss eines gemischten Abkommens haben (bzw. ihm ggfs. einzeln beitreten können), um gemeinsam mit der EU ihre geteilte Zuständigkeit auszuüben.

Rechtlich zwingend geboten ist ein gemischtes Abkommen hingegen nur dann, wenn der EU für einen Teilbereich des Abkommens jedwede Kompetenz fehlt (was m.E. bei CETA nicht der Fall ist), oder wenn das Unionsrecht ein gemischtes Abkommen explizit vorschreibt – letzteres war der Fall im alten Art. 133 Abs. 6 EGV-Nizza. Eine derartige Anordnung gibt es im Unionsrecht aber heute nicht mehr.

¹ EuGH C-414/11 (*Daiichi Sankyo*) und C-137/12 (*Kommission/Rat*).

Ob bei Vorliegen einer umfassenden, aber nicht vollends ausschließlichen EU-Außenkompetenz ein **gemischtes Abkommen abgeschlossen werden soll ist damit eine politische Frage**, die im Ringen zwischen den Unionsorganen Rat, Kommission und Parlament sowie den Mitgliedstaaten entschieden werden muss und ggfs. auch auf Wünsche der Drittstaatenpartner eingehen kann (die z.B. eine auch völkerrechtliche Bindung der Mitgliedstaaten wünschen oder umgekehrt die Komplexität eines gemischten Abkommens scheuen).

Aber auch wenn ein Abkommen wie hier CETA womöglich umfassend in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fällt (also z.B. vollständig von Art. 207 und Art. 3 II AEUV abgedeckt ist), **bleibt der Abschluss eines gemischten Abkommens möglich**. Hierzu bedarf es jedoch dann der impliziten Rückdelegation von Kompetenzen der EU an die Mitgliedstaaten gemäß Art. 2 I AEUV. Diese kann sowohl in einem internen Rechtssetzungsakt regelhaft für eine Gruppe von Fällen geschehen (wie in Verordnung 1219/2012, s.o.) oder im Einzelfall für ein bestimmtes Abkommen. Dem Vorschlag, CETA als gemischtes Abkommen abzuschließen, ist damit insoweit auch der Inhalt zu entnehmen, im Einzelfall Kompetenzen an die Mitgliedstaaten zurück zu delegieren. Die Grenze hierfür setzen lediglich Loyalitätspflichten der Organe und der Mitgliedstaaten. Auf eine solche Rückdelegation haben die Mitgliedstaaten aber naturgemäß keinen Anspruch.

Nach dem Vorgesagten **könnte die EU CETA also auch als EU-only-Abkommen abschließen**, wie es die Kommission ursprünglich vorschlagen wollte. Der Abschluss als **gemischtes Abkommen stellt sich danach als politische Entscheidung** dar, die ungeachtet der durch den EuGH noch zu klärenden Kompetenzfragen **rechtmäßig** ist – entweder als bloße Ausübung politischen Gestaltungsermessens bei der Nutzung geteilter Zuständigkeiten oder als Rückdelegation von Zuständigkeiten an die Mitgliedstaaten im Einzelfall.

IV. **Konsequenzen für den verfassungsrechtlich geboten Mitwirkungsumfang des Deutschen Bundestages**

a. **Grundlagen der Mitwirkungs-/Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestages**

Die Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestages fallen unterschiedlich aus, soweit sie die Unterzeichnung und den Abschluss des Abkommens seitens der EU sowie dessen vorläufige Anwendung sowie in der Folge die Unterzeichnung durch die BRD betreffen.

b. **Hinsichtlich des Abschlusses von CETA seitens der EU**

Unterzeichnung und Abschluss von CETA seitens der EU erfolgen in den EU-Organen, d.h. durch Kommission, Rat und Europäisches Parlament nach Maßgabe der Art. 207 IV und Art. 218 AEUV. Die Bundesregierung wirkt im Rat über ihren Vertreter an der Beschlussfassung mit. Auf diese Beschlussfassung kann der Bundestag nach Maßgabe der Vorschriften des Art. 23 II, III GG i.V.m. dem EUZBBG

Einfluss nehmen. Konkret folgen hieraus die üblichen (und dem Bundestag hinreichend bekannten) Informations- und Stellungnahmerechte nach dem EUZBBG. Diese umfassen unzweideutig auch beabsichtigte völkerrechtliche Verträge der EU (§ 5 I Nr. 5 und Nr. 11 EUZBBG).

Über diese Mitwirkungsrechte hinausweisende Einwirkungsrechte (bzw. –Pflichten) aus dem Gedanken der „Integrationsverantwortung“ treffen den Deutschen Bundestag hingegen m.E. nicht, und zwar auch und gerade nicht mit Blick auf Art. 218 IX AEUV und die darin vorgesehene Möglichkeit der Einrichtung von beschließenden Gremien in völkerrechtlichen Verträgen der Union.

Der Topos der Integrationsverantwortung wurde vom BVerfG mit Blick auf dynamische Entwicklungsmöglichkeiten im Unionsrecht entwickelt, die aus Sicht des BVerfG faktisch eine Kompetenzausweitung der EU darstellen würden bzw. mit einer Übertragung von Hoheitsrechten der Bundesrepublik Deutschland einhergingen (z.B. beim Übergang zur qualifizierten Mehrheitsabstimmung im Bereich bereits übertragener Kompetenzen). Das BVerfG hat im maßgeblichen Lissabon-Urteil trotz der Befassung mit Fragen der Handelspolitik (mit Blick auf die WTO) mit keinem Wort die Möglichkeit erwähnt, dass auch insoweit die Integrationsverantwortung berührt wäre. Auch der Rechtsprechung zu „unionsrechtsergänzenden Verträgen“, die in das EUZBBG Eingang gefunden hat, lässt sich nicht entnehmen, dass Verträge mit Drittstaaten hierunter fallen könnten.

Einer Übertragung des Gedankens stehen zudem auch grundlegende rechtliche Unterschiede zwischen den dynamischen Elementen des Unionsrechts und schlicht völkervertraglichen Bindungen der EU (bzw. der Bundesrepublik Deutschland als Partei eines gemischten Abkommens) entgegen.

Bereits die Überlegung, Art. 218 IX AEUV stelle eine den im IntVG aufgezählten Fällen vergleichbare Konstellation dar, geht in die Irre. Als abstrakte Verfahrensvorschrift ist Art. 218 IX AEUV notgedrungen unspezifisch und weit gehalten. Die erforderliche Eingrenzung ergibt sich aber bereits aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung der EU (Art. 4 I, 5 I, II EUV). Die EU kann in völkerrechtlichen Verträgen Vertragsgremien nur insoweit zur Fassung rechtswirksamer Beschlüsse ermächtigen, wie ihre Außenkompetenz reicht. Die sachliche Begrenzung der nach Art. 218 IX AEUV möglichen Kompetenzübertragung findet also bereits auf der Ebene der Vertragsschlusszuständigkeit statt. Es handelt sich also bei Art. 218 IX AEUV um eine Kompetenzausübungsvorschrift der EU, nicht um eine Kompetenzüberführung auf die Unionsebene. Zwar hat das BVerfG auch Art. 352 AEUV, der strukturell durch Schaffung von Sekundärrecht eine Kompetenzausübung der EU darstellt, in den Bereich der Integrationsverantwortung einbezogen. Dieser unterscheidet sich aber maßgeblich von Art. 218 IX AEUV dadurch, dass er gerade vom Fehlen einer Unionskompetenz ausgeht („... und sind in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen...“) und seine Nutzung somit Kompetenz-erweiternd wirkt. Während also die inhaltliche Begrenzung in Art. 352 AEUV mitgeschrieben werden muss, bedarf es dessen bei Art. 218 IX AEUV gerade nicht, weil dieser ohnehin nur nach Maßgabe der vertraglichen Zuständigkeiten, Ziele und Verfahren genutzt werden kann und darf.

Art. 218 IX AEUV kann also per se nicht die Integrationsverantwortung auslösen. Allenfalls kann die Frage aufgeworfen sein, ob die in einem Vertrag (wie hier in CETA) vorgesehenen Ausschüsse sich kompetenziell in den Grenzen der der EU übertragenen Zuständigkeiten halten und ob ihre Zuständigkeiten selbst hinreichend konkret beschrieben sind. Insoweit begeben die in CETA vorgesehenen Ausschüsse m.E. keinen Bedenken, zumal für wichtige Entscheidungen ohnehin die Zustimmung der Vertragsparteien erforderlich ist. Generell ist die Einrichtung von Gremien und Ausschüssen auf vertraglicher Grundlage gängige völkerrechtliche Praxis. Dazu zählt auch, dass diese z.B. über ihre Verfahrensregelungen selbst entscheiden können (z.B. der Appellate Body der WTO). Die Mitwirkung in derartigen Gremien ist regelmäßig exekutives Prärogativ. Ferner ist vorliegend zu bedenken, dass CETA explizit keine unmittelbare Wirkung entfalten kann (Art. 30.6 CETA), so dass selbst an sich für die Vertragsparteien verbindliche Beschlüsse von Vertragsgremien in der Unionsrechtsordnung einer Umsetzung bedürfen. Schlussendlich erfordern Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses Einvernehmen (Art. 26.3 CETA), können also nicht gegen den Willen der von der Unionsseite entsandten Vertreter getroffen werden. Darüber hinaus enthält die Befugnis des Gemischten Ausschusses einen expliziten Vorbehalt bezüglich binnenverfassungsrechtlicher Anforderungen der Vertragsparteien.

In der Vergangenheit wurden immer wieder vergleichbare Ausschüsse eingerichtet und auch – soweit ersichtlich – niemals von den zuständigen Gerichten für unions- oder verfassungsrechtlich unzulässig erachtet. Ganz im Gegenteil hat der EuGH z.B. Assoziationsratsbeschlüssen sogar unmittelbare Wirkung in der Unionsrechtsordnung und Anwendungsvorrang gegenüber mitgliedstaatlichem Rechts zugesprochen (und unbeanstandet gelassen). Solche Wirkungen kämen CETA-Ausschussbeschlüssen nicht einmal zu. Auch das WTO-Recht führt über seine Verweisung auf internationale Standards in TBT- und SPS-Abkommen zu einer indirekten Bindung an Beschlüsse solcher bzw. noch schwächer legitimierter Gremien (Internationale Standardisierungsorganisationen) und knüpft an deren Nichtbeachtung rechtliche Konsequenzen. Auch innerhalb des Unionsrechts sind Abweichungen vom Regelrechtssetzungsverfahren bekannt, so namentlich die Übertragungsmöglichkeiten nach Art. 290, 291 AEUV sowie die Möglichkeit der vereinfachten Änderung völkerrechtlicher Verträge nach Art. 218 VII AEUV.

Dass die Einrichtung der mit eng umgrenzten und sachlich auf den Abkommensgegenstand bezogenen Kompetenzen ausgestatteten CETA-Ausschüsse sogar „*Änderungen der vertraglichen Grundlagen der Union ... vergleichbare Regelungen*“ (Art. 23 I 3 GG) darstellen sollen, durch die das „*Grundgesetz seinem Inhalt nach ergänzt oder geändert wird*“ ist vor diesem Hintergrund schlichtweg nicht nachvollziehbar.

Eine (analoge) Anwendung des Art. 23 I GG oder des IntVG auf das Abstimmungsverhalten des deutschen Vertreters im Rat bei Beschlussfassung über die Kommissionsvorschläge zu CETA, ggfs. sogar das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat, findet daher weder im GG noch in der Rechtsprechung des BVerfG eine Grundlage.

c. Hinsichtlich des Abschlusses von CETA durch die Bundesrepublik Deutschland

Soweit CETA infolge der Einstufung als gemischtes Abkommen auch von der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen werden soll, stellt es einen völkerrechtlichen Vertrag der BRD dar, dessen Zustimmungserfordernisse sich nach Art. 59 GG bestimmen. Dem Deutschen Bundestag kommt danach ein Beteiligungsrecht im Rahmen des erforderlichen Zustimmungsgesetzes zu, weil CETA sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung bezieht. Diese Mitwirkungsmöglichkeit ist jedenfalls mit Blick auf die an sich in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallenden Bereiche von CETA wegen der Loyalitätspflicht nach Art. 4 III EUV zurückhaltend auszuüben: eine Ablehnung von CETA wegen Bestimmungen, für die der BRD nach den Unionsverträgen an sich die Kompetenz fehlt (und die lediglich durch die Rückdelegation wieder auflebt) verbietet sich danach.

d. Hinsichtlich des Beschlusses über die vorläufige Anwendung von CETA

Die Entscheidung, CETA als gemischtes Abkommen abzuschließen ist unter praktischen Gesichtspunkten mit erheblichen Problemen behaftet: die erforderlichen Zustimmungs- und Ratifikationsverfahren in den 28 Mitgliedstaaten werden voraussichtlich mehrere Jahre erfordern und können in Einzelfällen auch (konsultative) Referenden mit sich bringen. Es ist durchaus wahrscheinlich, dass die Ratifikation in einzelnen Mitgliedstaaten womöglich auch scheitert. Aus Sicht der EU, die CETA wie oben beschrieben auch alleine abschließen könnte, ist die vorläufige Anwendung daher eine notwendige Kehrseite der Einstufung als gemischtes Abkommen. Dabei handelt es sich um ein im Völkerrecht tradiertes Instrumentarium (vgl. Art. 25 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge), das mitunter auch sehr lange maßgebliche völkerrechtliche Bindungen schaffen kann (und soll). So wurde beispielsweise das GATT 1947 vom 1.01.1948 bis zum Inkrafttreten der WTO-Verträge am 1.01.1995 lediglich provisorisch angewendet.

Im Unionsrecht findet die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge seit dem Vertrag von Amsterdam eine ausdrückliche Regelung (s. Art. 300 II UA 1 EGV-Amsterdam, heute Art. 218 V AEUV). Danach wird der Beschluss über die vorläufige Anwendung eines Vertrages der EU (damals der EWG) anlässlich des Beschlusses über dessen Unterzeichnung mit den gleichen Mehrheiten gefasst. Generell ist die vorläufige Anwendung von EU-Abkommen der Regelfall und gerade für gemischte Abkommen praktisch bedeutsam.

Die Kommission hat in KOM(2016)470 endg. die umfassende provisorische Anwendung von CETA durch die EU vorgeschlagen. Dies entspricht durchaus der Kommissionspraxis, die einen ebensolchen Vorschlag auch für das EU-Korea-Abkommen gemacht hatte (COM(2010)136 final). Der Rat beschließt bei gemischten Abkommen regelmäßig allerdings nur die vorläufige Anwendbarkeit der in die ausschließliche EU-Zuständigkeit fallenden Teile (regelmäßig also Freihandelsabkommen im engeren Sinne) (so auch bei EU-Korea, in dem durch Ratsbeschluss vereinzelte Bereiche (Strafvorschriften zum Schutz geistigen

Eigentums und ein Protokoll über Kulturzusammenarbeit) ausgenommen wurden, s. Art. 3 Beschluss 2011/265/EU, ABl. 2011 Nr. L 127/1).

Gleichwohl wäre eine solche weitreichende vorläufige Anwendung unionsrechtlich zulässig, da die EU – wie oben ausgeführt – für sämtliche Bereiche von CETA über Kompetenzen verfügt. Dass sie für Teilbereiche nur geteilt ist steht einer vorläufigen Anwendung nicht entgegen. Unzulässig („*ultra vires*“) wäre eine vorläufige Anwendung nur für solche Vorschriften, für die die EU über keinerlei Kompetenzen verfügt. Solche sind m.E. nach aber nicht ersichtlich.

Damit stellt sich die Frage, wie umfangreich CETA provisorisch angewendet werden soll ebenso wie seine Einstufung als gemischtes Abkommen als politische Entscheidung zwischen Kommission, Rat und Parlament dar. Die Kommission hat insoweit auch bereits in einem *Non-Paper* vom 13.07.2016 (182/16) für das *Trade Policy Committee* (Handelspolitischer Ausschuss nach Art. 207 III UA 3 AEUV) Kompromissbereitschaft erkennen lassen.

Das Mitwirkungsrecht des Deutschen Bundestages beschränkt sich danach auf das oben beschriebene Maß nach Art. 23 II, III GG i.V.m. dem EUZBBG. Ein Zustimmungsgesetz wäre nur dann erforderlich, wenn auch die Bundesrepublik Deutschland die vorläufige Anwendung völkerrechtsverbindlich für sich erklären wollte.

Von einem etwaigen Scheitern einer mitgliedstaatlichen Ratifikation von CETA bliebe die vorläufige Anwendung durch die EU unberührt. Da es sich bei CETA nach der hier dargelegten Rechtsauffassung um ein lediglich fakultativ gemischtes Abkommen handelt, spricht in einem solchen Fall mehr dafür, ein Inkrafttreten als EU-only-Abkommen herbeizuführen, als seine vorläufige Anwendung wegen endgültigen Nicht-Inkrafttretens zu beenden (für eine Beendigung bedürfte es eines entsprechenden Ratsbeschlusses auf Vorschlag der Kommission, der nicht der Zustimmungspflicht des Europäischen Parlaments bedarf).

V. Mitwirkungsrecht des Bundesrates?

Das Mitwirkungsrecht des Bundesrates richtet sich hinsichtlich der unionsbezogenen Beschlüsse des Rates nach Art. 23 IV bis VI GG i.V.m. den Vorschriften des EUZBLG samt Anlage. Für den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages durch die EU führt dies zu einem eingeschränkten Beteiligungsrecht nach Abschnitt VII. Ziff. 3 der Anlage. Dieses sieht eine Beteiligung nach dem EUZBLG nur für die Verhandlungen über das Mandat der Kommission, nicht hinsichtlich der Beschlussfassung über den Abschluss des Vertrages im Rahmen des Art. 207 III AEUV vor. Dies entspricht der ausschließlichen Bundeszuständigkeit für vergleichbare Verträge nach Art. 32 GG (der durch Art. 23 IV GG ebenfalls in Bezug genommen wird). Eine Anwendung des Art. 23 VI GG ist danach von vornherein ausgeschlossen.

Hinsichtlich des Abschlusses von CETA durch die Bundesrepublik Deutschland gelten die allgemeinen Regeln, d.h. Art. 59 II i.V.m. Art. 77 Abs. 3 GG. Inwieweit das Zustimmungsgesetz danach ein Einspruchs- oder Zustimmungsgesetz aus Sicht der deutschen Gesetzgebungsorgane darstellt bedürfte einer Einzelfallprüfung, die hier

vorliegend nicht geleistet werden kann. Dabei sind allerdings wiederum nur solche Vorschriften von CETA heranzuziehen, für die sich die Kompetenz der EU auf eine geteilte Zuständigkeit beschränkt. Ob sich im Ergebnis damit aus Art. 74 II, I Nr. 25 GG eine Zustimmungspflichtigkeit wegen der investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen von CETA ergibt, hängt maßgeblich davon ab, ob der Gerichtshof auch den Investitionsschutz für Portfolioinvestitionen als ungeschriebene ausschließliche Außenkompetenz der EU qualifizieren wird.

Sehr gerne werde ich die hier niedergelegte Rechtsauffassung im Rahmen der Anhörung auch weiter erläutern.

Freundliche Grüße,

A handwritten signature in cursive script, reading "Christoph Herrmann", followed by a horizontal line extending to the right.

Prof. Dr. Christoph Herrmann, LL.M.