



Ausarbeitung

Fragen zur vorläufigen Anwendung und zur Ratifikation des Comprehensive Economic and Trade Agreements (CETA)



Fragen zur vorläufigen Anwendung und zur Ratifikation des Comprehensive Economic and Trade Agreements (CETA)

Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 49/16
Abschluss der Arbeit: 1. April 2016
Fachbereich: PE 6: Fachbereich Europa

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung	4
2.	Voraussetzungen für die vorläufige Anwendung und Inkraftsetzung des CETA	4
2.1.	Voraussetzungen für den Abschluss und die Inkraftsetzung von gemischten Abkommen	4
2.1.1.	Ratifikationslage	4
2.1.2.	Ratifikationsverfahren	4
2.1.2.1.	Ratifikationsverfahren auf EU-Ebene	5
2.1.2.2.	Ratifikationsverfahren in Deutschland	6
2.2.	Voraussetzungen für die vorläufige Anwendung von gemischten Abkommen	6
2.3.	Verhältnis der vorläufigen Anwendung zu den verfassungsrechtlichen Erfordernissen für eine Ratifikation multilateraler Verträge	7
3.	Vorläufige Anwendung des CETA	7
3.1.	Ausschluss der Investitionsbestimmungen von der vorläufigen Anwendung	8
3.1.1.	Unionsrechtliche Zuständigkeitsverteilung	8
3.1.2.	Folgerungen für die Investitionsbestimmungen des CETA	11
3.2.	Zusammenfassung und Folgerungen für die Möglichkeit einer vorläufigen Anwendung von Kapitel 8 CETA auf Grundlage von Art. 218 Abs. 5 AEUV	11

1. Fragestellung

Die Ausarbeitung setzt sich mit der Frage auseinander, unter welchen Bedingungen das zwischen Kanada und der Europäischen Union (EU) vereinbarte Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) vorläufig zur Anwendung gebracht und ratifiziert werden kann.

2. Voraussetzungen für die vorläufige Anwendung und Inkraftsetzung des CETA

Handelsverträge der Union, die als sogenannte gemischte Abkommen geschlossen werden, beruhen auf Zuständigkeiten der EU und der Mitgliedstaaten. Sowohl die Union als auch die Mitgliedstaaten sind Vertragsparteien. Dementsprechend erfordern der Abschluss und die vorläufige Anwendung eines solchen Übereinkommens eine entsprechende Beteiligung der EU und der Mitgliedstaaten.

2.1. Voraussetzungen für den Abschluss und die Inkraftsetzung von gemischten Abkommen

2.1.1. Ratifikationslage

Der Begriff Ratifizierung bezeichnet einerseits den Abschluss des innerstaatlichen bzw. unionsinternen Genehmigungsverfahrens (innerstaatliche Ratifikation) für einen völkerrechtlichen Vertrag. Die innerstaatliche Ratifikation besteht in der Regel aus der Zustimmung des Gesetzgebers (des Parlaments), ggf. ergänzt um bzw. ersetzt durch eine Volksabstimmung, sowie der Unterschrift des Staatsoberhauptes (eigentliche Ratifikation).¹ Entsprechendes gilt gemäß den nachfolgenden Ausführungen für die unionsinterne Ratifikation. Andererseits bezeichnet der Begriff der Ratifikation im Völkerrecht die Notifizierung und Hinterlegung des unterzeichneten völkerrechtlichen Vertrags, der ihm zur Wirksamkeit verhilft (völkerrechtliche Ratifikation).² Die innerstaatliche bzw. unionsinterne Ratifikation geht der völkerrechtlichen Ratifikation voraus.

2.1.2. Ratifikationsverfahren

Sofern es sich bei dem CETA – entsprechend den bisherigen Äußerungen der Bundesregierung und der Kommission – um ein sog. gemischtes Abkommen handelt, hängt sein Inkrafttreten von der Ratifikation durch alle Vertragsparteien, d.h. Kanada, die EU und jeden einzelnen EU-Mitgliedstaat und nicht etwa nur von der Ratifikation durch eine gewisse Anzahl von Vertragsparteien ab. Das Abkommen ist von jedem Mitgliedstaat separat zu ratifizieren, da die Mitgliedstaaten neben der EU unmittelbar in ihrer Eigenschaft als Völkerrechtssubjekte Vertragsparteien des gemischten Abkommens werden. Dementsprechend muss neben der unionsinternen Ratifikation

¹ Vgl. BVerfG, Urteil 2 BvE 4/11 vom 19.6.2012, Rn. 91 ff.

² Vgl. Nettesheim, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 69. Ergänzungslieferung 2013, Art. 59 GG, Rn. 173 ff.

des Abkommens durch die EU nach Art. 207 i.V.m. Art. 218 AEUV auch die innerstaatliche Ratifikation durch die Mitgliedstaaten erfolgen.³

2.1.2.1. Ratifikationsverfahren auf EU-Ebene

Für die Beteiligung der EU an gemischten Übereinkünften bestimmt Art. 218 AEUV ein einheitliches, mehrstufiges Verfahren für die Aushandlung und den Abschluss von Übereinkünften durch die EU, das sowohl die Modalitäten des Verfahrensablaufs als auch die Beteiligung der Unionsorgane auf den einzelnen Stufen regelt:

Nach Abschluss der Vertragsverhandlungen verläuft das unionale Ratifikationsverfahren dergestalt, dass der Vertragstext am Ende der Verhandlungen durch die beteiligten Parteien und deren Delegationsleiter durch Paraphierung zunächst vorläufig fixiert wird.⁴ Die anschließende Unterzeichnung des Abkommens obliegt gem. Art. 218 Abs. 5 AEUV dem Rat, der alternativ die Kommission zur Unterzeichnung des Abkommens ermächtigen kann. Der Rat genehmigt das ausgehandelte und unterschriebene, aber noch nicht ratifizierte Abkommen durch Beschluss (Art. 218 Abs. 2 AEUV). Dabei entscheidet dieser in der Regel mit qualifizierter Mehrheit (Art. 218 Abs. 8 UAbs. 1 iVm Art. 207 Abs. 4 UAbs. 1 AEUV). In den Fällen des Art. 218 Abs. 8 UAbs. 2 sowie Art. 207 Abs. 4 UAbs. 2 und 3 AEUV ist Einstimmigkeit erforderlich. Das Europäische Parlament (EP) ist im Rahmen der Unterzeichnung unverzüglich und umfassend zu informieren (Art. 218 Abs. 10 AEUV).

Erst mit dem Abschluss des Abkommens wird die EU als Völkerrechtssubjekt gem. Art. 47 EUV Vertragspartei, und das Abkommen wird für die Union völkerrechtlich verbindlich. Der völkerrechtliche Abschluss erfolgt nach dem durch das Völkerrecht dafür vorgesehenen Akt.⁵ Als Akt der förmlichen Bestätigung und als Ausdruck des völkerrechtlichen Bindungswillens⁶ korrespondiert auf Unionsseite ein Beschluss des Rates, der die unionsrechtliche Genehmigung des Abkommens und zugleich die Ermächtigung zum völkerrechtlichen Abschluss des Abkommens darstellt (Art. 218 Abs. 6 AEUV).

Die Art der Beteiligung des EP bei dem Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen der Union ergibt sich aus Art. 207 Abs. 3 iVm Art. 218 Abs. 6 AEUV. Gemäß Art. 207 Abs. 2 AEUV gilt im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik das ordentliche Gesetzgebungsverfahren. Daraus folgt, dass der Abschluss des CETA als EU-Abkommen gemäß Art. 207 Abs. 3 iVm 218 Abs. 6 lit. a) Abs. v) AEUV nur nach Zustimmung des EP erfolgen kann.

³ Vgl. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EV, 4. Auflage 2011, Art. 218 EGV, Rn. 29; Vedder, Die Außenbeziehungen der EU und die Mitgliedstaaten: Kompetenzen, gemischte Abkommen, völkerrechtliche Verantwortlichkeit und Wirkungen des Völkerrechts, EuR 2007, Beiheft 3, 57 (77).

⁴ Vgl. Art. 9 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisationen, BGBl. II 1990 S. 1415.

⁵ Vgl. Art. 11 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisationen, BGBl. II 1990 S. 1415.

⁶ Vgl. Art. 11 Abs. 2 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisationen, BGBl. II 1990 S. 1415.

Ergänzend ist anzumerken, dass – abgesehen von den in Art. 218 Abs. 8 UAbs. 2 (Beitritt der EU zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)) und Abs. 11 AEUV (Antrag auf ein Gutachten des EuGH über die Vereinbarkeit einer geplanten Übereinkunft mit den EU-Verträgen) genannten Fällen – das Verfahren zur Aushandlung und zum Abschluss von internationalen Übereinkünften durch die Union und zum Erlass entsprechender Maßnahmen gemäß Art. 218 AEUV zu keinem Zeitpunkt ein Tätigwerden der Mitgliedstaaten vorsieht.

2.1.2.2. Ratifikationsverfahren in Deutschland

Von dem Abschlussverfahren auf EU-Ebene ist das für die Inkraftsetzung eines gemischten Abkommens erforderliche Ratifikationsverfahren durch die Mitgliedstaaten zu unterscheiden.

Der Abschluss völkerrechtlicher Verträge ist in Deutschland in zwei Fällen an ein parlamentarisches Zustimmungsgesetz gebunden: Zum einen bei Verträgen, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln (Art. 59 Abs. 2 S. 1 1. Alt. GG) und zum anderen bei den sogenannten „gesetzesinhaltlichen Verträgen“ (Art. 59 Abs. 2 S. 1 2. Alt. GG).⁷ Soweit das CETA als gemischtes Abkommen abgeschlossen wird spricht der vorliegende Vertragsinhalt dafür, dass die Ratifikation des Vertrages ein entsprechendes Vertragsgesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG voraussetzt.⁸

2.2. Voraussetzungen für die vorläufige Anwendung von gemischten Abkommen

Regelmäßig werden Abkommen bereits bei der Unterzeichnung für vorläufig anwendbar erklärt. Hierfür kann der Rat gemäß Art. 218 Abs. 5 AEUV auf Vorschlag des Verhandlungsführers (d.h. regelmäßig der Kommission) mit in der Regel qualifizierter Mehrheit (Art. 218 Abs. 8 UAbs. 1 iVm Art. 207 Abs. 4 UAbs. 1 AEUV) einen Beschluss erlassen, mit dem die Unterzeichnung der Übereinkunft und gegebenenfalls deren vorläufige Anwendung vor dem Inkrafttreten genehmigt werden.⁹ Bei gemischten Abkommen erfolgt eine solche Erklärung durch den Rat nur für die Aspekte des Abkommens, die in EU-Zuständigkeit liegen. Im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten bewirkt der Ratsbeschluss über die vorläufige Anwendung, dass jedenfalls die Regelungen aus dem Bereich der Zuständigkeit der Union (insbesondere gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. e, 207 AEUV oder Art. 3 Abs. 2 AEUV) schon vor Inkrafttreten des Abkommens als Teil des Unionsrechts dem Vorrang des Unionsrechts unterliegen. Eine Beteiligung der mitgliedstaatlichen Parlamente an dem Verfahren für die vorläufige Anwendung der Übereinkunft durch die EU ist in Art. 218 Abs. 5 AEUV nicht vorgesehen.

⁷ Vgl. BVerfGE 1, 372 (380 ff.).

⁸ Vgl. BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009, 2 BvE 2/08 u. a., Rdnr. 373; Bungenberg, Außenbeziehungen und Außenhandelspolitik, Europarecht (EuR) 2009, S. 195, 204.

⁹ Gemäß Art. 218 Abs. 5 AEUV obliegt die Entscheidung über die Unterzeichnung und ggf. die vorläufige Anwendung alleine dem Rat. Eine Zustimmung des Europäischen Parlaments ist erst für den Abschluss des Abkommens erforderlich. Jedoch hat sich in den vergangenen Jahren die Praxis herausgebildet, dass politisch bedeutende Verträge erst nach einer entsprechenden Zustimmung des Europäischen Parlaments für vorläufig anwendbar erklärt werden, vgl.

Regelungen betreffend die mitgliedstaatliche Zuständigkeit werden hingegen von der vorläufigen Anwendung ausgenommen. Eine vorläufige Anwendung der in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallenden Teile des Abkommens erforderte in Deutschland beim Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 59 Abs. 2 GG einer gesetzlichen Zustimmung. Hierbei ist jedoch anzumerken, dass die in nationaler Zuständigkeit liegenden Vertragsteile von Deutschland üblicherweise nicht vorläufig angewendet werden und daher in aller Regel erst nach Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten Anwendung finden.

2.3. Verhältnis der vorläufigen Anwendung zu den verfassungsrechtlichen Erfordernissen für eine Ratifikation multilateraler Verträge

Wie vorstehend dargestellt tritt ein gemischtes Abkommen erst nach Abschluss der Ratifikationsverfahren in Kraft. Jedoch können sich die Vertragsparteien auf der Grundlage von entsprechenden Vorgaben im jeweiligen Vertrag¹⁰ schon vor dem Inkrafttreten durch entsprechende Beschlüsse und deren Notifizierung zur Ausführung bestimmter Vertragsbestimmungen verpflichten. Damit tritt während des Zeitraums der vorläufigen Anwendung eine inhaltliche, aber noch keine endgültige völkerrechtliche Bindungswirkung im Hinblick auf die für vorläufig anwendbar erklärten Vorschriften ein. Eine vorläufige Anwendung des Abkommens kann dessen eigentliches Inkrafttreten insgesamt nicht ersetzen.

Die vorläufige Anwendung des Abkommens endet, wenn die Beendigung von der anderen Partei notifiziert wird oder wenn der Vertrag nach erfolgreicher Ratifikation in Kraft tritt und somit die provisorische Bindung der Vertragsparteien in eine endgültige übergeleitet wird. Weiterhin wird die vorläufige Anwendung völkervertragsrechtlich dann beendet, wenn die Vertragsparteien die Beendigung der Bindungswirkung bzw. die Absicht, nicht Vertragspartei zu werden (ausdrückliche Ratifikationsverweigerung), notifizieren. Die Vertragsparteien müssen bei einer vorläufigen Vertragsanwendung vor Ratifikation jederzeit mit der Möglichkeit der Verweigerung der Ratifikation rechnen. Die vorläufige Anwendung des Abkommens endet jedoch erst mit der entsprechenden Notifikation einer gescheiterten Ratifikation.

Vor diesem Hintergrund bliebe das CETA im Falle seiner vorläufigen Anwendung völkerrechtlich solange vorläufig anwendbar, bis es in Kraft tritt oder entweder Kanada oder die EU die vorläufige Anwendbarkeit einseitig durch entsprechende Notifikation beenden.

3. Vorläufige Anwendung des CETA

Vor diesem Hintergrund setzt eine vorläufige Anwendung des CETA voraus, dass die betreffenden Teile des Abkommens in die Zuständigkeit der EU fallen. Im Umkehrschluss könnte sich das Erfordernis, das CETA als gemischtes Abkommen zu ratifizieren, insbesondere auf die Regelungen im Bereich der Investitionen stützen lassen (hierzu 2.3.).

Im Hinblick auf die Unterzeichnung und ggf. die vorläufige Anwendung des CETA ist anzumerken, dass dessen Rechtsnatur weiterhin ungeklärt ist: Die Mitgliedstaaten haben sich sowohl im Ausschuss der Ständigen Vertreter als auch durch entsprechende Stellungnahmen der nationalen Parlamente für den Abschluss u.a. von CETA als gemischtes Abkommen ausgesprochen. Jedoch

¹⁰ Für das CETA sieht Kapitel 30 (Final Provisions), Art. 30.7 die Möglichkeit einer vorläufigen Anwendung vor.

sind die Mitgliedstaaten im aktuellen Text des CETA-Vertragsentwurfs auch nach Abschluss der Rechtsförmlichkeitsprüfung („legal scrubbing“) noch in eckige Klammern gesetzt und stehen somit aus Sicht der Kommission nicht als Vertragsparteien fest. Vor diesem Hintergrund sowie mit Blick auf das vor dem EuGH anhängige Verfahren¹¹ zur Bewertung entsprechender Zuständigkeiten der EU kann derzeit noch keine abschließende Bewertung erfolgen, welche Bereiche des CETA in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen und ob das CETA dementsprechend als gemischtes Abkommen ratifiziert werden muss.¹² Die folgende Darstellung ist daher als eine vorläufige Einschätzung zu verstehen.

3.1. Ausschluss der Investitionsbestimmungen von der vorläufigen Anwendung

Fraglich ist, ob die Regelungen des CETA, welche den Bereich Investitionen betreffen, gem. Art. 3 Abs. 1 lit. e, 207 Abs. 1 S. 1 AEUV in die ausschließliche Zuständigkeit der EU für die gemeinsame Handelspolitik fallen. Das wäre der Fall, wenn der Investitionsbegriff des CETA dem in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fallenden Begriff der ausländischen Direktinvestition gem. Art. 207 Abs. 1 S. 1 AEUV entsprechen würde.

3.1.1. Unionsrechtliche Zuständigkeitsverteilung

Der Begriff der ausländischen Direktinvestition findet sich im Primärrecht in den Art. 64 Abs. 2, 207 Abs. 1 AEUV, ohne hier jedoch definiert zu werden. Anhaltspunkte zur Bestimmung des Begriffs ergeben sich sekundärrechtlich aus der Begriffsbestimmung in der Richtlinie 88/361/EWG¹³ sowie in Nr. 6.1 Anhang II (Definitionen nach Art. 10) der Verordnung (EG) Nr. 184/2005¹⁴. Danach liegt dem Begriff der ausländischen Direktinvestition das Verständnis einer internationalen Investition zugrunde, die von einem Direktinvestor getätigt wird, um eine langfristige Beteiligung

¹¹ Gerichtshof der Europäischen Union, Antrag der Europäischen Kommission auf ein Gutachten nach Art. 218 Abs. 11 AEUV vom 10. Juli 2015 zu der Frage, ob die Europäische Union über die erforderliche Zuständigkeit verfügt, um das Freihandelsabkommen mit Singapur allein zu unterzeichnen und abzuschließen, Gutachten 2/15, Antrag der Europäischen Kommission abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CU0002&from=DE>; vgl. hierzu die Stellungnahme der Bundesrepublik Deutschland vom 7. Januar 2016 in dem Gutachtenverfahren 2/15, BReg-Dok 4/2016, in EuDox abrufbar unter <http://eudoxap01.bundestag.btg:8080/eudox/dokumentinhalt?id=129415>.

¹² Vgl. hierzu auch Franz C. Mayer, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vom 28. August 2014, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen.property=pdf.bereich=bmwi2012.sprache=de.rwb=true.pdf>.

¹³ Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178/11, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:31988L0361&qid=1408630689611&from=DE>.

¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 184/2005 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Januar 2005 betreffend die gemeinschaftliche Statistik der Zahlungsbilanz, des internationalen Dienstleistungsverkehrs und der Direktinvestitionen, ABl. L 35/23, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 519/2013 der Kommission vom 21. Februar 2013, ABl. L 158/7, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:02005R0184-20140101&qid=1408623107786&from=DE>.

an einem in einem anderen Wirtschaftsgebiet ansässigen Unternehmen einschließlich eines entsprechenden Kontrollerwerbs zu erhalten.¹⁵

Dieses Verständnis einer ausländischen Direktinvestition entspricht der allgemeinen Auffassung, von einer solchen Investition als eine grenzüberschreitende Beteiligungen am Kapital oder an Stimmrechten eines Unternehmens mit dem Ziel, eine langfristige Beteiligung an einem in einer anderen Volkswirtschaft ansässigen Unternehmen durch den Erwerb von mindestens 10 % der Stammaktien bzw. des Stimmrechts zu erwerben, wovon auch Beteiligungskapital, reinvestierte Gewinne und sonstige Anlagen im Zusammenhang mit Transaktionen zwischen verbundenen Unternehmen erfasst werden.¹⁶

Demgegenüber sollen grenzüberschreitende Investitionen, die nicht auf Kontrolle, sondern lediglich auf die Verzinsung des eingesetzten Kapitals abzielen, als sog. Portfolioinvestitionen nicht unter den Begriff der ausländischen Direktinvestitionen fallen.¹⁷ In diesem Sinne hat auch der EuGH im Kontext von Art. 56 Abs. 1 EG (nunmehr: Art. 63 AEUV) zwischen Direktinvestitionen (Form der Beteiligung an einem Unternehmen durch Besitz von Aktien, die die Möglichkeit verschafft, sich tatsächlich an der Verwaltung dieser Gesellschaft und deren Kontrolle zu beteiligen) und Portfolioinvestitionen (Erwerb von Wertpapieren auf dem Kapitalmarkt allein in der Absicht einer Geldanlage, ohne auf die Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens Einfluss nehmen zu wollen) unterschieden.¹⁸ Vor diesem Hintergrund der unionsrechtlichen Auslegung des Begriffs der ausländischen Direktinvestition wird vertreten, dass nur solche Investitionen in die ausschließliche Zuständigkeit der EU gem. Art. 3 Abs. 1 lit. e, 207 Abs. 1 S. 1 AEUV fallen, die dem Kontrollerwerb eines Unternehmens dienen.¹⁹ Dementsprechend hat auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Vertrag von Lissabon im Kontext seiner Beurteilung der Gemeinsamen Handelspolitik ausgeführt:

¹⁵ Communication from the European Community and its Member States, 16 April 2002, WTO Doc. WT/WGTI/W/15, Rn. 8 ff., abrufbar unter http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/july/tradoc_111123.pdf; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Auf dem Weg zu einer umfassenden europäischen Auslandsinvestitionspolitik, KOM(2010) 343 endg., S. 4 f. mit Nachweisen zur Rechtsprechung des EuGH, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0343&qid=1408624304848&from=DE>; EuGH, Rs. C-446/04 (Test Claimants), Rn. 180 f.

¹⁶ EZB, Monatsbericht August 2014, S. X; OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, Fourth Edition 2008, S. 17 f., abrufbar unter <http://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf>; vgl. auch Mayr, "Mixed" oder "EU-only" – Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU "gedeckt"?, EuR 2015, S. 575 (590 f.).

¹⁷ Communication from the European Community and its Member States, 16 April 2002, WTO Doc. WT/WGTI/W/15, Rn. 20; KOM(2010) 343 endg., S. 4 f.

¹⁸ EuGH, verb. Rs. C-282/04 und C-283/04 (Kommission/Niederlande), Rn. 19 mit Verweis auf EuGH, Rs. C-222/97 (Trummer und Mayer), Rn. 21; EuGH, Rs. C-483/99 (Kommission/Frankreich), Rn. 36 f.; EuGH, Rs. C-98/01 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Rn. 39 f.

¹⁹ BVerfGE 123, 267 (421) mit Verweis auf Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2009, S. 15 f.

„Mit der Erweiterung der gemeinsamen Handelspolitik auf "ausländische Direktinvestitionen" (Art. 207 Abs. 1 AEUV), wird der Europäischen Union auch für diesen Bereich eine ausschließliche Kompetenz zugewiesen. Allerdings spricht vieles dafür, dass der Begriff "ausländische Direktinvestitionen" nur diejenigen Investitionen umfasst, die dem Kontrollwerb eines Unternehmens dienen (vgl. Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2009, S. 15 f.). Dies hätte zur Folge, dass die ausschließliche Kompetenz nur für Investitionen dieses Typs besteht, während darüber hinausgehende Investitionsschutzverträge als gemischte Abkommen geschlossen werden müssten.“²⁰

Hierbei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass bezüglich der Frage, ob auch Portfolioinvestitionen dem Begriff der ausländischen Direktinvestitionen unterfallen, insbesondere im Hinblick auf die Verwendung des Begriffs im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 64 Abs. 2 AEUV), auch die Auffassung vertreten wird, dass das Kapitel über den Abbau von Beschränkungen des Kapital- und Zahlungsverkehrs im Hinblick auf Direkt- und Portfolioinvestitionen zwar die Möglichkeit des Abschlusses internationaler Abkommen über Investitionen, einschließlich Portfolioinvestitionen, nicht ausdrücklich vorsehe. Da aber internationale Investitionsabkommen den Geltungsbereich der im AEUV-Kapitel über den Kapital- und Zahlungsverkehr vorgegebenen gemeinsamen Regeln berührten, ergäbe sich daraus implizit die ausschließliche Zuständigkeit der Union für den Abschluss von Abkommen in diesem Bereich.²¹ Diese weite Auslegung und Begründung einer ausschließlichen Zuständigkeit könnte sich auf die mit der sog. AETR-Rechtsprechung des EuGH²² entwickelten Parallelität zwischen der Innenkompetenz und der Außenkompetenz stützen und fände vorliegend ihre primärrechtliche auf Grundlage in den Art. 3 Abs. 2 i. V. m. 63 ff. AEUV.²³

Angesichts dieser Sachlage weisen beispielsweise *Bungenberg*²⁴ und *Herrmann*²⁵ zutreffend darauf hin, dass letztlich dem EuGH im Rahmen von Art. 19 Abs. 1 EUV die Aufgabe zukommt, die Reichweite der Kompetenz des Art. 207 AEUV im Kontext des internationalen Investitionsschutzrechts zu bestimmen. Für eine abschließende Entscheidung darüber, ob auch Portfolioinvestitionen in die (ausschließliche) Unionszuständigkeit fallen, bleibt somit das Ergebnis im Gutachtenverfahren 2/15 abzuwarten.

²⁰ BVerfGE 123, 267 (421).

²¹ KOM(2010) 343 endg., S. 9; vgl. hierzu Herrmann, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, EuZW 2010, S. 207 (209).

²² EuGH, Rs. 22/70 (AETR), Rn. 22; EuGH, Gutachten 1/76 (Stillegungsfonds); EuGH, Rs. C-476/98 (Open Skies), Rn. 83; EuGH, Gutachten 1/03 (Übereinkommen von Lugano), Rn. 125 ff.

²³ Zum Streitstand vgl. Bungenberg, Europäischer Internationaler Investitionsschutz, in: von Arnould, EnzEuR, Band 10 – Europäische Außenbeziehungen, 2014, § 13, Rn. 13.

²⁴ Bungenberg, Europäischer Internationaler Investitionsschutz, in: von Arnould, EnzEuR, Band 10 – Europäische Außenbeziehungen, 2014, § 13, Rn. 13.

²⁵ Herrmann, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, EuZW 2010, S. 207 (209).

3.1.2. Folgerungen für die Investitionsbestimmungen des CETA

Ausgehend von der Annahme, dass Portfolioinvestitionen in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen stellt sich die Frage, ob der Investitionsbegriff des CETA nur ausländische Direktinvestitionen betrifft und dieser Bereich des CETA damit in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fällt.

Zwar deutet die Formulierung in Kapitel 8 Art. 8.1 des CETA („*asset that an investor owns or controls*“) darauf hin, dass ausländische Direktinvestitionen von den Regelungen des CETA erfasst werden sollen. Die anschließenden Formulierungen gehen jedoch darüber hinaus und legen ein umfassendes Verständnis des Investitionsbegriffs im CETA nahe. Zudem differenziert die Definition des Begriffs der Investition im Gegensatz beispielsweise zu der Definition der OECD²⁶ nicht zwischen ausländischen Direktinvestitionen und Portfolioinvestitionen.

Angesichts des weiten, nicht explizit auf ausländische Direktinvestitionen beschränkten Definition von „covered investment“ in Art. 8.1 (Definitions) CETA, lässt sich somit vertreten, dass auch Portfolioinvestitionen vom CETA erfasst sein sollen, die – gemäß der unter 3.1.1. dargestellten Erwägungen – in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen. Entsprechendes lässt sich annehmen für Bestimmungen in Kapitel 8 CETA betreffend Eigentumsfragen in Art. 8.12 CETA (Expropriation) sowie Investitionsstreitigkeiten auf Grundlage von Kapitel 8 Sektion F betreffend staatliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die diese in ihrer ausschließlichen Kompetenz vornehmen.

In diesen Fällen ginge der Regelungsbereich des CETA im Bereich der Investitionen über die ausschließliche Zuständigkeit der EU gem. Art. 3 Abs. 1 lit. e, 207 Abs. 1 S. 1 AEUV hinaus und das CETA wäre aufgrund der insoweit geteilten Zuständigkeit als gemischtes Abkommen abzuschließen.²⁷

3.2. Zusammenfassung und Folgerungen für die Möglichkeit einer vorläufigen Anwendung von Kapitel 8 CETA auf Grundlage von Art. 218 Abs. 5 AEUV

Der Regelungsgehalt des Vertragstextes des CETA spricht im Kontext des zugrundeliegenden Verhandlungsmandats des Rates an die Kommission dafür, dass Kapitel 8 CETA insbesondere im Hinblick auf den weiten Investitionsbegriff (Art. 8.1 CETA), Eigentumsfragen (Art. 8.12 CETA) und Investitionsstreitigkeiten um staatliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die diese in ihrer ausschließlichen Kompetenz vornehmen, insgesamt auch in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, da potentiell alle Vorschriften des Kapitels 8 CETA auf Portfolioinvestitionen und Maßnahmen der Mitgliedstaaten in eigener Kompetenz Anwendung finden können. Vor diesem Hintergrund wäre das CETA dementsprechend als gemischtes Abkommen der EU und der Mitgliedstaaten abzuschließen.

²⁶ Vgl. OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, Fourth Edition 2008, S. 17.

²⁷ Vgl. Mayr, "Mixed" oder "EU-only" – Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU "gedeckt"?, EuR 2015, S. 575 (595 ff.).

Ausgehend von der Annahme, dass Kapitel 8 CETA (auch) in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, wären die Voraussetzungen des Art. 218 Abs. 5 AEUV nicht gegeben, wonach nur solche Bestimmungen vorläufig angewendet werden dürfen, die in die alleinige Kompetenz der EU fallen. Dementsprechend könnte Kapitel 8 CETA aus hiesiger Sicht insgesamt nicht vorläufig angewendet werden.

- Fachbereich Europa -