



---

## Infobrief

---

### **Das Gutachten des EuGH zum EU-Freihandelsabkommen mit Singapur (EUSFTA)**

Zur Zuständigkeitsverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten sowie der Beteiligung des Bundestages am Zustandekommen von EU-Freihandelsabkommen der „neuen Generation“

Nele Behrends, Philipp Kubicki, Hannes Rathke

**Das Gutachten des EuGH zum EU-Freihandelsabkommen mit Singapur (EUSFTA)**

Zur Zuständigkeitsverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten sowie der Beteiligung des Bundestages am Zustandekommen von EU-Freihandelsabkommen der „neuen Generation“

Verfasser: RRn Nele Behrends, ORR Philipp Kubicki, ORR Hannes Rathke  
Aktenzeichen: PE 6 - 3010 - 044/17  
Abschluss der Arbeit: 10. Juli 2017  
Fachbereich: PE 6: Europa

---

Die Wissenschaftlichen Dienste und der Fachbereich Europa des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten 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.

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>5</b>
<b>2.</b>	<b>Allgemeine Erwägungen zum EUSFTA-Gutachten</b>	<b>5</b>
2.1.	Zum Gegenstand des Gutachtens: Zuständigkeitsverteilung, keine Vereinbarkeitsprüfung	5
2.2.	„Neue Generation“ von Freihandelsabkommen	7
2.3.	EU-Freihandelsabkommen als EU-only oder als gemischte Abkommen	9
<b>3.</b>	<b>Zuständigkeitsverteilung in Bezug auf das EUSFTA</b>	<b>12</b>
3.1.	In Bezug auf materiell-rechtliche Bestimmungen	12
3.1.1.	Ausschließliche EU-Zuständigkeit auf Grundlage der Gemeinsamen Handelspolitik	12
3.1.1.1.	Verpflichtungen bezüglich des Marktzugangs	13
3.1.1.2.	Verpflichtungen, die den Handelsverkehr in anderer Weise betreffen	13
3.1.1.3.	Keine Bestandteile der Gemeinsamen Handelspolitik	15
3.1.2.	Ausschließliche EU-Zuständigkeit auf Grundlage impliziter Außenzuständigkeit	16
3.1.2.1.	In Bezug auf Verkehrsdienstleistungen	17
3.1.2.2.	Sonderfall: Dienstleistungen im Binnenschiffverkehr	17
3.1.2.3.	Keine ausschließliche implizite Außenzuständigkeit für Portfolioinvestitionen	18
3.1.3.	Geteilte Zuständigkeit auf Grundlage impliziter EU-Außenzuständigkeit	18
3.1.4.	Keine ausschließliche mitgliedstaatliche Zuständigkeit	19
3.2.	In Bezug auf institutionelle Bestimmungen	20
3.2.1.	Akzessorische Zuständigkeitsbestimmung	20
3.2.2.	Grenzen der akzessorischen Zuständigkeitsbestimmung	21
3.3.	Zusammenfassung	23
<b>4.</b>	<b>Konsequenzen aus dem Gutachten</b>	<b>24</b>
4.1.	Rechtlicher Rahmen	24
4.1.1.	EU-Ebene	24
4.1.1.1.	Verfahren zum Abschluss eines Abkommens	24
4.1.1.2.	Verfahren zur vorläufigen Anwendung	25
4.1.2.	Deutschland	25
4.1.2.1.	Mitwirkung des Bundestages im Verfahren auf EU-Ebene	26
4.1.2.2.	Mitwirkung des Bundestages im nationalen Ratifikationsverfahren	27
4.2.	Konsequenzen des Gutachtens für EUSFTA	29
4.2.1.	Verfahren auf EU-Ebene	29
4.2.2.	Verfahren in Deutschland	30
4.3.	Konsequenzen des Gutachtens für CETA	30
4.3.1.	Verfahren auf EU-Ebene	31
4.3.1.1.	Abschluss von CETA	31

---

4.3.1.2.	Vorläufige Anwendung von CETA	32
4.3.1.3.	Vereinbarkeit der Streitbeilegungsmechanismen von CETA mit dem Unionsrecht	32
4.3.2.	Verfahren in Deutschland	33
4.3.2.1.	Parlamentarische Mitwirkung beim Abschluss von CETA	33
4.3.2.2.	Verfahren vor dem BVerfG	34
4.3.2.2.1.	Erlass einer einstweiligen Anordnung	34
4.3.2.2.2.	Hauptsacheverfahren	35
<b>5.</b>	<b>Fazit</b>	<b>37</b>

## 1. Einleitung

Am 16. Mai 2017 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) sein Gutachten zur Zuständigkeitsverteilung zwischen der Europäischen Union (EU) und den Mitgliedstaaten in Bezug auf das **Freihandelsabkommen mit Singapur** (im Folgenden: **EUSFTA**) verkündet.<sup>1</sup> Beantragt hatte die Kommission. Sie war nach Abschluss der Verhandlungen abweichend vom Rat davon ausgegangen, dass die EU für alle im EUSFTA geregelten Bereiche zuständig sei und das Abkommen daher ohne Beteiligung der Mitgliedstaaten schließen könne (sog. EU-only-Abkommen).<sup>2</sup> Der EuGH sieht die EU hingegen nicht als ausschließlich zuständig für alle im EUSFTA geregelten Gegenstände an und qualifiziert den Freihandelsvertrag im Ergebnis als **sog. gemischtes Abkommen, das nur von der EU und ihren Mitgliedstaaten gemeinsam geschlossen** werden kann.<sup>3</sup> Zum gleichen Ergebnis kommt die Generalanwältin (GA) *Sharpston* in ihren Schlussanträgen zu diesem Verfahren vom 21. Dezember 2016, wenngleich in einzelnen Fragen mit einer zum Teil abweichenden Begründung.<sup>4</sup>

Im Folgenden werden zunächst einige allgemeine Erwägungen dargestellt, die sich auf das Gutachten beziehen bzw. diesem entnehmen lassen (siehe unter 2.). Anschließend wird die vom EuGH vorgenommene Zuständigkeitsverteilung in Bezug auf das EUSFTA nachgezeichnet (siehe unter 3.). Ausgehend vom rechtlichen Rahmen für die Behandlung von Freihandelsabkommen auf EU-Ebene und in Deutschland einschließlich der hierbei bestehenden Mitwirkungsrechte des Bundestages werden sodann die Konsequenzen erörtert, die sich aus dem Gutachten für die weiteren Verfahren betreffend EUSFTA und CETA ergeben (siehe unter 4.).

## 2. Allgemeine Erwägungen zum EUSFTA-Gutachten

### 2.1. Zum Gegenstand des Gutachtens: Zuständigkeitsverteilung, keine Vereinbarkeitsprüfung

Der EuGH weist zu Beginn seines Gutachtens ausdrücklich darauf hin, dass sich dieses allein in der **Prüfung der Zuständigkeitsverteilung** nach Unionsrecht in Bezug auf das EUSFTA und der damit zusammenhängenden Frage erschöpft, ob es **von der EU allein oder zusammen mit ihren Mitgliedstaaten** zu schließen ist.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (EUSFTA) vom 16.5.2017, online abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=236602> (letztmaliger Abruf am 09.11.17).

<sup>2</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 1, 12-16. Siehe zum Verhandlungsprozess die Angaben in Rn. 3 ff.

<sup>3</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 245, 282, 304, 305.

<sup>4</sup> GA Sharpston, Schlussanträge zu Gutachten 2/15 (EUSFTA) vom 21.12.2016, vorläufige deutsche Fassung online abrufbar unter [http://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf?doclang=DE&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=186494&occ=first&dir=&cid=274759](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=DE&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=186494&occ=first&dir=&cid=274759) (letztmaliger Abruf am 09.11.17).

<sup>5</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 1, 29 f., wobei sich der Gutachtentenor auf die Zuständigkeitsverteilung im EUSFTA beschränkt, vgl. Rn. 305. Die daraus folgende Art des Abkommens als EU-only oder gemischtes beantwortete der Gerichtshof an den jeweils einschlägigen Stellen in seiner Begründung, vgl. Rn. 245, 282, 304.

Aus dem begrenzten Verfahrensgegenstand folgt zunächst, dass die Feststellungen des Gerichtshofs zur Zuständigkeitsverteilung und Art des Abkommens nur für die Fassung des EUSFTA Geltung beanspruchen können, die dem EuGH durch die Kommission zusammen mit dem Antrag vorgelegt wurde. Hierbei handelte es sich um eine **vorläufige Fassung des Abkommens vom 15. Juli 2015**.<sup>6</sup> Welche Konsequenzen Kommission und Rat aus dem Gutachten im Hinblick auf den endgültigen Inhalt des Abkommens ziehen werden, welche Zuständigkeitsverteilung sich daraus ergibt und ob es dann noch als gemischtes oder EU-only-Abkommen zu schließen ist, ist zum jetzigen Zeitpunkt offen, verschiedene Optionen sind denkbar.<sup>7</sup>

Zu berücksichtigen ist der konkrete Verfahrensgegenstand sodann bei der **Übertragung der gutachterlichen Aussagen auf** andere, vor allem **zukünftige Freihandelsabkommen**. Eine uneingeschränkte Übertragung kommt nur hinsichtlich der allgemeinen und abstrakten Aussagen in Betracht, die der EuGH zum Verständnis der unionsrechtlichen Kompetenzgrundlagen trifft, etwa zur Reichweite der Gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 207 Abs. 1 AEUV<sup>8,9</sup>. Konkrete Schlussfolgerungen, wie die Zuständigkeitsverteilung zu bewerten ist und ob die Mitgliedstaaten an einem Vertragsschluss zu beteiligen sind, lassen sich nur am Maßstab des jeweiligen Inhalts eines Abkommens treffen und können daher nicht pauschal vorweggenommen werden.<sup>10</sup>

Dies gilt es auch bei der Frage zu beachten, auf welche Art und Weise **mitgliedstaatliche Parlamente** an einem Verfahren zum Abschluss von EU-Freihandelsverträgen zu beteiligen sind. Unmittelbare Vorgaben hierfür lassen sich ohnehin nicht aus dem Unionsrecht, sondern dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten – in Deutschland aus Art. 23 Abs. 2 und 3 Grundgesetz (GG) i. V. m. dem EUZBBG<sup>11</sup> einerseits sowie (ggfs.) aus Art. 59 Abs. 2 GG andererseits – entnehmen.<sup>12</sup> Für deren Anwendung bilden die konkret bestehende Zuständigkeitsverteilung und die daraus folgende Art des Abkommens jedoch zentrale Vorfragen.<sup>13</sup>

Die verfahrensgegenständliche Beschränkung auf Fragen der Zuständigkeitsverteilung und der Art des zu schließenden Abkommens hat schließlich zur Folge, dass die **Vereinbarkeit der EUSFTA-Verpflichtungen mit den Verträgen** in dem Gutachten keine Rolle spielt. Der Gerichtshof

---

<sup>6</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 2.

<sup>7</sup> Siehe hierzu unten unter 4.2.1., S. 29.

<sup>8</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, konsolidierte Fassung online abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0004.01/DOC\\_3&format=PDF](http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0004.01/DOC_3&format=PDF) (letztmaliger Abruf am 09.11.17).

<sup>9</sup> Vgl. bspw. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 36 ff. Siehe dazu ausführlich unten unter 2.3., S. 9 f., sowie 3.1.1., S. 12 f.

<sup>10</sup> Vgl. auch GA Sharpston, Schlussanträge zu Gutachten 2/15 (Fn. 4), Rn. 86.

<sup>11</sup> Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 4. Juli 2013, BGBl. I S. 2170.

<sup>12</sup> Siehe hierzu im Einzelnen unten unter 4.1.2., S. 25 f.

<sup>13</sup> Siehe dazu unten unter 4.1., S. 24 f.

führt insoweit ebenfalls gleich zu Beginn aus, dass das Gutachten und sein Ausgang „*keine Vorentscheidung*“ treffen, ob der Inhalt des EUSFTA mit dem Unionsrecht vereinbar sei.<sup>14</sup> Eine derartige Vereinbarkeitsprüfung kann zwar ebenfalls Gegenstand des Verfahrens nach Art. 218 Abs. 11 AEUV sein.<sup>15</sup> Da der Antrag der Kommission dies nicht vorsah, konnte und durfte der EuGH hierzu jedoch nicht Stellung nehmen. Die sich in diesem Zusammenhang stellenden und zum Teil auch aus verfassungsrechtlicher Sicht bedeutsamen Fragen bleiben somit offen. Zu ihnen zählen vor allem die unionsrechtliche Zulässigkeit völkervertraglich eingerichteter Streitbeilegungsmechanismen wie dem Investor-Staat-Schiedsverfahren und die primärrechtlichen Grenzen der inhaltlichen Ausgestaltung institutioneller Bestimmungen zu Vertragsorganen, der Reichweite ihrer Kompetenzen und die Rückanbindung ihres Tätigwerdens an die Vertragsparteien. Der EuGH spricht die verfahrensrechtliche Begrenzung nicht nur zu Beginn des Gutachtens an, sondern auch an späterer Stelle im Zusammenhang mit den beiden im EUSFTA vorgesehenen Arten der Streitbeilegung.<sup>16</sup> Die dabei vorgenommenen Ausführungen lassen vermuten, dass der EuGH hier ein Problem hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem primären Unionsrecht sieht.<sup>17</sup> Andernfalls hätte es eines solchen, für den EuGH eher untypischen *obiter dictum* nicht bedurft.<sup>18</sup>

## 2.2. „Neue Generation“ von Freihandelsabkommen

Insbesondere die Freihandelsabkommen mit den USA (*TTIP – Transatlantic Trade and Investment Partnership*) und Kanada (*CETA – Comprehensive Economic and Trade Agreement*) werden oftmals als Freihandelsabkommen der „neuen Generation“ bezeichnet. Gleiches gilt im Ergebnis für das EUSFTA<sup>19</sup>, wenngleich dieses bisher weit weniger im öffentlichen Fokus stand als die beiden vorgenannten Freihandelsabkommen. Der EuGH greift diese Umschreibung in seinem Gutachten ausdrücklich auf.

---

<sup>14</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 30 f.

<sup>15</sup> Vgl. bereits den Wortlaut des Art. 218 Abs. 11 AEUV. Zu Einzelheiten des Gutachtenverfahrens, siehe bspw. Giegerich, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zu EUV, AEUV und GRC, 2017, Art. 218 AEUV, Rn. 206 ff.

<sup>16</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 290, 300 ff. Vgl. auch GA Sharpston, Schlussanträge zu Gutachten 2/15 (Fn. 4), Rn. 85.

<sup>17</sup> Verwiesen sei beispielhaft auf EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 301: „*Daher ist [...] nicht zu prüfen, ob die [...] Streitbeilegungsregelung die in den übrigen Gutachten aufgestellten Kriterien, wie z. B. das Kriterium der Wahrung der Autonomie des Unionsrechts, erfüllt.*“ Siehe hierzu insbesondere das Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitrittsvertrag 2/13 vom 18.12.2014, in welchem der Gerichtshof zu einer Verletzung dieses Kriteriums gelangt ist, Rn. 258.

<sup>18</sup> Siehe ferner Sarmiento, The Singapore Silver Bullet, verfassungsblog.de vom 17.05.2017, online abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/author/daniel-sarmiento/> (letztmaliger Abruf am 09.11.17). Siehe hierzu unten unter 4.3.1.3., S. 32 f.

<sup>19</sup> So etwa das Europäische Parlament in seinem Vortrag vor dem EuGH im Verfahren, vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 17.

---

In **inhaltlicher Hinsicht** zeichnen sich Freihandelsabkommen „neuer Generation“ aus seiner Sicht dadurch aus, dass sie „*neben den klassischen Elementen solcher Abkommen wie den Abbau tarifärer und nichttarifärer Hemmnisse für den Handel mit Waren und Dienstleistungen weitere für diesen Handel bedeutsame oder unabdingbare Aspekte umfassen [...]*“.<sup>20</sup>

Welche *weiteren* Aspekte das sind bzw. sein können, folgt vor allem aus der unionsrechtlichen Kompetenzgrundlage für die **Gemeinsame Handelspolitik in Art. 207 Abs. 1 AEUV**. Die in diesem Bereich vorgenommenen Änderungen durch den Lissabonner Vertrag stuft der EuGH als „*bedeutsame Entwicklung des Primärrechts der Union*“ ein.<sup>21</sup> Zu diesen Änderungen zählt zunächst die explizite Ergänzung des Art. 207 Abs. 1 S. 1 AEUV um weitere Bereiche des internationalen Handels, wie etwa die handelsbezogenen Aspekte des geistigen Eigentums und Direktinvestitionen.<sup>22</sup> Zu beiden Gegenständen finden sich auch im EUSFTA Regelungen.<sup>23</sup>

Es ist jedoch nicht diese explizite Primärrechtsänderung, auf die der Gerichtshof in diesem Zusammenhang ausdrücklich verweist. Hervorgehoben wird vielmehr die Einbettung der Gemeinsamen Handelspolitik in den **allgemeinen normativen Rahmen für das auswärtige Handeln der EU gemäß Art. 21 Abs. 1 und 2 EUV**.<sup>24</sup> In diesen beiden Absätzen sind die Grundsätze (u. a. Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Menschen- und Grundrechte) und Ziele der EU (u. a. Armutsbeseitigung, nachhaltige Entwicklung) vorgegeben, denen sie bei ihrem Handeln auf internationaler Ebene verpflichtet ist. Nach Art. 207 Abs. 1 S. 2 AEUV i. V. m. Art. 20 Abs. 3 EUV und Art. 205 AEUV sind diese Grundsätze und Ziele auch im Rahmen der Gemeinsamen Handelspolitik zu beachten bzw. ist diese Politik danach zu gestalten.<sup>25</sup>

Darüber hinaus zieht der EuGH die sog. **Querschnittsklauseln der Art. 8 ff. AEUV** für den Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik heran.<sup>26</sup> Die Querschnittsklauseln verpflichten die EU bei all ihren Maßnahmen auf die Einhaltung und Beachtung bestimmter, aus Unionssicht grundlegender politischer Anliegen wie etwa Schutz sozialer Belange und Umweltschutz (vgl. Art. 9

---

<sup>20</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 140 (Hervorhebung durch Verfasser).

<sup>21</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 141.

<sup>22</sup> Siehe zu den Vertragsänderungen im Rahmen der Gemeinsamen Handelspolitik durch den Vertrag von Lissabon allgemein Streinz/Ohler/Herrmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 3. Aufl. 2010, § 18, S. 149 ff.

<sup>23</sup> Siehe hierzu unten unter 3.1.1.2., S. 13 f.

<sup>24</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 142.

<sup>25</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 143-145.

<sup>26</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 146.

---

bzw. 11 AEUV).<sup>27</sup> Praktische Relevanz entfalteten diese Querschnittsklauseln bisher vor allem für den Bereich der internen Rechtssetzung der EU.<sup>28</sup>

Diese Verknüpfung von allgemeinen Vertragsvorgaben und der Gemeinsamen Handelspolitik erlaubt eine Erweiterung der Materien, die – neben den ausdrücklich erwähnten Aspekten – auf Art. 207 Abs. 1 AEUV gestützt und zum **Gegenstand von Freihandelsabkommen** gemacht werden können. Da der EuGH nicht die Ergänzungen in Art. 207 Abs. 1 AEUV, sondern nur diese Verknüpfung ausdrücklich erwähnt, scheint aus seiner Sicht vor allem darin das Neue an der Lissabonner Generation von Freihandelsabkommen zu liegen. Im EUSFTA betrifft dies insbesondere das Kapitel 13 zum Handel und der nachhaltigen Entwicklung, welches u. a. Verpflichtungen zum sozialen Schutz von Arbeitnehmern und zum Umweltschutz enthält.<sup>29</sup>

Derartige, bisher handelsuntypische Materien können auf Grundlage der Gemeinsamen Handelspolitik allerdings nur insoweit zum Vertragsgegenstand gemacht werden, als sie inhaltlich einen spezifischen Bezug zum Handelsverkehr aufweisen.<sup>30</sup> Fehlt es daran, bedarf es für die Regelung entsprechender Verpflichtungen in Freihandelsabkommen einer anderen vertraglichen Kompetenzgrundlage.<sup>31</sup>

Offen lässt der EuGH hingegen, ob die EU angesichts der Einbettung der Gemeinsamen Handelspolitik in den Werte- und Zielkanon der Union sowie der Bindung an die Querschnittsklauseln der Art. 8 ff. AEUV lediglich berechtigt ist, Freihandelsabkommen mit entsprechenden Inhalten abzuschließen oder sogar eine Pflicht zu deren Berücksichtigung besteht. Im letzteren Fall dürfte der EU und ihren Organen jedoch ein weiter Entscheidungsspielraum über Umfang und Inhalt solcher handelsuntypischer Inhalte zukommen.

### 2.3. EU-Freihandelsabkommen als EU-only oder als gemischte Abkommen

Neben der Zuständigkeitsverteilung und der daraus folgenden Art des Abkommens im Fall des EUSFTA war im Rahmen des Gutachtens auch die grundsätzliche Frage zu klären, bei welcher Zuständigkeitsverteilung ein **Abkommen als EU-only oder als gemischtes** zu schließen ist bzw. geschlossen werden kann. Insbesondere dieser Aspekt ist aus Sicht des Bundestages von Bedeutung für die Art seiner verfassungsrechtlich determinierten Beteiligung am Zustandekommen derartiger Abkommen.

---

<sup>27</sup> Vgl. Terhechte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 3 AEUV (60. Erglfg. 2016), Rn. 17.

<sup>28</sup> Vgl. etwa EuGH, Urt. vom 21.12.2016, Rs. C-201/15 (AGET Iraklis), Rn. 78.

<sup>29</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 147 ff. Siehe zu diesem Punkt unten unter 3.1.1.2., S. 13 f.

<sup>30</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 152 ff., ins. 155 f., 164. Siehe hierzu im Einzelnen unten unter 3.1.1.2., S. 13 f.

<sup>31</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 164, für den hypothetischen Fall, dass das EUSFTA eine Reglementierung des Niveaus des sozialen Schutzes beinhaltet hätte.

Dabei besteht in rechtlicher Hinsicht zwischen den Beteiligten insoweit Einigkeit, als die EU ein Freihandelsabkommen dann allein (EU-only) schließen muss, wenn sie für alle im Abkommen geregelten Bereiche ausschließlich zuständig ist. Eine Beteiligung der Mitgliedstaaten in Form eines gemischten Abkommens ist hingegen dann zwingend, wenn der Vertrag auch Regelungen oder Verpflichtungen enthält, die in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen.

Unklar und unter den Beteiligten umstritten war hingegen die Frage, welche Folgen es für ein Abkommen hat, wenn Bereiche geregelt werden, die in eine **zwischen der EU und den Mitgliedstaaten geteilte (Außen-)Zuständigkeit** fallen. Solche geteilten (Außen-)Zuständigkeiten ergeben sich nach Ansicht des EuGH vor allem aus Art. 216 Abs. 1 AEUV.<sup>32</sup>

Nach der Legaldefinition geteilter Zuständigkeiten in Art. 2 Abs. 2 AEUV, die sich allerdings im Wortlaut eher auf den nach innen gerichteten Erlass von Rechtsakten bezieht, besteht ein **Vorrang des unionalen Tätigwerdens vor mitgliedstaatlichen Maßnahmen**.<sup>33</sup> Mitgliedstaaten dürfen im Bereich geteilter Zuständigkeiten autonom nur dann rechtssetzend oder auf andere Weise hoheitlich tätig werden, wenn die EU es selbst nicht oder nicht mehr will.

Übertragen auf den Bereich des auswärtigen Handelns würde das bedeuten, dass die EU – organisch nach Art. 218 AEUV insoweit durch den Rat und damit de facto durch die Mitgliedstaaten vertreten<sup>34</sup> – politisch darüber entscheiden kann, ob sie die geteilte (Außen-)Zuständigkeit wahrnimmt und das Abkommen allein schließt oder hierauf verzichtet und die Mitgliedstaaten am Vertragsschluss beteiligt.<sup>35</sup> Für die dadurch mögliche Konstruktion eines **fakultativ gemischten Abkommens** sprachen sich sowohl der Rat und die Mitgliedstaaten als auch die Generalanwältin Sharpston in ihren Schlussanträgen aus.<sup>36</sup> Auch im Schrifttum wurde eine derartige Lösung aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben in Art. 2 Abs. 2 AEUV postuliert.<sup>37</sup>

Der Gerichtshof scheint diesem primärrechtlich naheliegenden Verständnis zumindest für das EUSFTA nicht zu folgen. Ohne sein Ergebnis zu begründen, stellt er fest, dass Inhalte des Abkommens, die in die geteilte Zuständigkeit fallen, nicht von der EU „*allein genehmigt werden*

---

<sup>32</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 242. Siehe dazu unten unter 3.1.3., S. 18 f.

<sup>33</sup> GA Sharpston, Schlussanträge zu Gutachten 2/15 (Fn. 4), Rn. 73, spricht von einem „*Vorgriffsrecht der Union*“. In der Kommentarliteratur ist insoweit von einer „*Sperrwirkung*“ für die Zuständigkeitsausübung durch Mitgliedstaaten die Rede, vgl. etwa Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 2 AEUV, Rn. 13 ff.; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 27), Art. 2 AEUV (60. Erglfg. 2016), Rn. 27.

<sup>34</sup> Zum Vertragsschlussverfahren auf EU-Ebene siehe unten unter 4.1.1., S. 24 f.

<sup>35</sup> Vgl. hierzu insbesondere die Ausführungen von GA Sharpston, Schlussanträge zu Gutachten 2/15 (Fn. 4), Rn. 74.

<sup>36</sup> Siehe GA Sharpston, Schlussanträge zu Gutachten 2/15 (Fn. 4), Rn. 74, die unter anderem auf die Ausführungen des Rates in der mündlichen Verhandlung verweist.

<sup>37</sup> Vgl. etwa Mögele, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 40 ff.; Giegerich, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 15), Art. 216 AEUV, Rn. 159 ff., 163.

---

[können].“<sup>38</sup> Für die dem EuGH vorgelegte Fassung des EUSFTA kann hieraus im Ergebnis nur der Schluss gezogen werden, dass es als gemischtes Abkommen von der EU und den Mitgliedstaaten zu schließen ist. Ob diese Bewertung allerdings dahingehend zu generalisieren ist, dass in allen Fällen, in denen Freihandels- und andere EU-Übereinkünfte Bereiche regeln, die in eine geteilte Zuständigkeit fallen, **obligatorisch gemischte Abkommen** zu schließen sind, wird in den bisherigen Stellungnahmen im Schrifttum nicht einheitlich bewertet.<sup>39</sup>

Zwar sprechen das klare Votum im Gutachten für ein gemischtes Abkommen bei „geteilten Zuständigkeiten“ und das Fehlen einer einschränkenden Erläuterung in den Begründungserwägungen für eine **Generalisierung der betreffenden Bewertung des Gerichtshofs**. Sie beseitigen jedoch nicht den dann bestehenden Widerspruch zum primärrechtlichen Verständnis der geteilten Zuständigkeiten nach Art. 2 Abs. 2 AEUV.<sup>40</sup> Ein möglicher Erklärungsversuch zur Auflösung dieses Widerspruchs könnte etwa darin liegen, dass der Rat die in Frage stehenden geteilten Zuständigkeiten bzgl. des EUSFTA eben nicht wahrgenommen hat und sie daher bei den Mitgliedstaaten verblieben sind. Ein anderer könnte in der im konkreten Fall begrenzten Reichweite der betreffenden geteilten Zuständigkeit gesehen werden.<sup>41</sup> Beide Ansätze müssen sich jedoch entgegenhalten lassen, dass sie im Gutachten keinen ausdrücklichen Anklang gefunden haben. Zudem kann letztlich auch nicht ausgeschlossen werden, dass der Gerichtshof geteilte *Außenzuständigkeiten* ungeachtet des Wortlautes des Art. 2 Abs. 2 AEUV eben anders versteht als geteilte *Innenzuständigkeiten*.

Ginge man von letzterem aus, so wäre in Zukunft im Falle der Betroffenheit auch geteilter Zuständigkeiten ein Abkommen zwingend als gemischtes von der EU und ihren Mitgliedstaaten zu schließen. EU-only Abkommen kämen danach folglich nur in Betracht, wenn (fast)<sup>42</sup> das gesamte Abkommen auf ausschließliche EU-Zuständigkeiten gestützt werden kann. Die Qualifizierung von EU-Abkommen als EU-only oder gemischt zu schließende Verträge entschiede sich dann in allen Konstellationen allein **nach rechtlichen Kriterien, nicht nach politischen Erwägungen**. Damit würde auch der Rechtsfigur fakultativer gemischter Abkommen eine Absage erteilt.

---

<sup>38</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 244, vgl. ferner Rn. 282, 304. Siehe jedoch in Bezug auf die Ausführungen zu Investor-Staat-Streitigkeiten oben unter 3.2.2., S. 21 f.

<sup>39</sup> Für eine Generalisierung etwa Ankersmit, Opinion 2/15 and the future of mixity and ISDS, European Law Blog vom 18.5.2017, online abrufbar unter <https://europeanlawblog.eu/2017/05/18/opinion-215-and-the-future-of-mixity-and-isds/> (letztmaliger Abruf am 09.11.17). Fragend hingegen Kleimann/Kübek, The Singapore Opinion or the End of Mixity as We Know It, verfassungsblog.de vom 23.5.2017, online abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/the-singapore-opinion-or-the-end-of-mixity-as-we-know-it/> (letztmaliger Abruf am 09.11.17). Kritisch gegenüber einer Generalisierung Thym, Mixity after Opinion 2/15. Judicial Confusion over Shared Competences, verfassungsblog vom 31.5.2017, online abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/mixity-after-opinion-215-judicial-confusion-over-shared-competences/> (letztmaliger Abruf am 09.11.17).

<sup>40</sup> So insbesondere Thym (Fn. 39).

<sup>41</sup> Vgl. ebenfalls Thym (Fn.39).

<sup>42</sup> Siehe zu dieser Einschränkung unten unter 3.1.2.2., S. 17.

---

Es bleibt abzuwarten, welche Schlussfolgerungen die handelnden Akteure aus dem Gutachten zu dieser Frage ziehen werden und wann der Gerichtshof Gelegenheit haben wird, sich hierzu erneut zu äußern.

### 3. Zuständigkeitsverteilung in Bezug auf das EUSFTA

Bei der Prüfung der Zuständigkeitsverteilung wird – der Gliederung des EUSFTA-Gutachtens folgend – **zwischen materiellen** (siehe unter 3.1.) **und institutionellen Vertragsbestimmungen unterschieden** (siehe unter 3.2.).<sup>43</sup>

#### 3.1. In Bezug auf materiell-rechtliche Bestimmungen

In Bezug auf die materiell-rechtlichen Verpflichtungen des Abkommens prüft der Gerichtshof vorrangig die Einschlägigkeit ausschließlicher EU-Außenzuständigkeiten, die letztlich den weit überwiegenden Teil des Abkommens erfassen. Dabei steht die Gemeinsame Handelspolitik gemäß Art. 207 AEUV im Vordergrund (siehe unter 3.1.1), ergänzend prüft der EuGH eine implizite Außenzuständigkeit der EU nach Art. 3 Abs. 2 AEUV (siehe unter 3.1.2.). Für die Qualifikation der verfahrensgegenständlichen EUSFTA-Fassung als gemischtes Abkommen sind hingegen die Verpflichtungen entscheidend, die in die geteilte Zuständigkeit fallen (siehe unter 3.1.3.). Ausschließliche Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten sieht der EuGH durch materiell-rechtliche Bestimmungen des Abkommens nicht als berührt an (siehe unter 3.1.4.).

##### 3.1.1. Ausschließliche EU-Zuständigkeit auf Grundlage der Gemeinsamen Handelspolitik

Die zentrale Bedeutung der Gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 207 Abs. 1 AEUV i. V. m. Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV für den Abschluss von Freihandelsabkommen der EU stand bereits vor dem Gutachten außer Frage. **Nicht abschließend geklärt** war die **Reichweite dieser ausdrücklich geregelten ausschließlichen EU-Zuständigkeit**, die ihre jetzige Fassung durch den Vertrag von Lissabon erhalten hat.<sup>44</sup> Danach umfasst die Gemeinsame Handelspolitik die Änderung von Zollsätzen, den Abschluss von Zoll- und Handelsabkommen, die den Handel mit Waren und Dienstleistungen betreffen, die Handelsaspekte des geistigen Eigentums, ausländische Direktinvestitionen, die Vereinheitlichung der Liberalisierungsmaßnahmen, die Ausfuhrpolitik und handelspolitische Schutzmaßnahmen.

Gemäß der ständigen Rechtsprechung des EuGH **genügt** für eine Einschlägigkeit dieser Zuständigkeit **nicht, dass ein Abkommen** oder die in ihm geregelten Verpflichtungen **„bestimmte Auswirkungen auf den Handelsverkehr mit einem oder mehreren Drittstaaten haben kann [bzw.**

---

<sup>43</sup> Siehe insbesondere die dem Gutachten vorangestellte Gliederung. Danach werden zunächst die einschlägigen ausschließlichen EU-Zuständigkeiten nach Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV und Art. 3 Abs. 2 AEUV untersucht, wobei innerhalb dieser beiden Zuständigkeitskategorien zwischen den verschiedenen materiellen Bereichen des Abkommens unterschieden wird. Im Anschluss untersucht der EuGH die „Zuständigkeit für die Genehmigung der institutionellen Bestimmungen [...]“, wobei auch diese in Untergruppen kategorisiert sind.

<sup>44</sup> Siehe dazu auch oben unter 2.2., S. 7 f.

---

*können*].“<sup>45</sup> **Notwendig** ist vielmehr, dass die betreffenden Verpflichtungen jeweils **speziell den Handelsverkehr mit Drittstaaten betreffen**, weil sie ihn im Wesentlichen **fördern, erleichtern oder regeln sollen und sich direkt und sofort auf ihn auswirken**.<sup>46</sup>

Anders als Generalanwältin *Sharpston* untersucht der Gerichtshof das Abkommen im Lichte dieser Voraussetzungen nicht kapitelweise, sondern unterscheidet die materiell-rechtlichen Verpflichtungen danach, ob sie den Marktzugang von Waren und Dienstleistung betreffen (siehe unter 3.1.1.1.) oder den Handelsverkehr in anderer Weise „speziell“ betreffen (siehe unter 3.1.1.2.). Hierbei differenziert der EuGH im Gutachten allerdings zwischen den verschiedenen Sachbereichen, u. a. Investitionsschutz und Wettbewerb.

#### 3.1.1.1. Verpflichtungen bezüglich des Marktzugangs

Bei Regelungen des EUSFTA, welche die **Einfuhr von Waren und Dienstleistungen erleichtern** (Marktzugang), ist eine direkte und sofortige Auswirkung auf den internationalen Handel offensichtlich und wird vom EuGH im Gutachten nur kurz festgestellt. Wie allgemein angenommen, fallen die Kapitel 2 bis 6 des EUSFTA (Marktzugang, handelspolitische Schutzmaßnahmen, technische Handelshemmnisse, gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen sowie Zoll und Handelserleichterungen) nach Ansicht des EuGH unter die Gemeinsame Handelspolitik. Kapitel 7 zu nichttarifären Handelshemmnissen und Investitionen im Bereich der Erzeugung erneuerbarer Energien dient nach Ansicht des EuGH ebenfalls der Marktöffnung und fällt daher in den Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik.<sup>47</sup> Auch Kapitel 8 (Dienstleistungen, Niederlassung und elektronischer Geschäftsverkehr) und Kapitel 10 (Öffentliche Beschaffung) dienen mit der Mehrzahl ihrer Regelungen der Marktöffnung und zählen insoweit zur Gemeinsamen Handelspolitik.<sup>48</sup>

#### 3.1.1.2. Verpflichtungen, die den Handelsverkehr in anderer Weise betreffen

Ausführlicher begründet der Gerichtshof seine Einstufung von Vertragsbestimmungen, die auf andere Weise als durch Marktöffnung Auswirkungen auf den Handelsverkehr haben. Auch dabei prüft er, ob die Vertragsbestimmungen den Handelsverkehr mit Drittstaaten betreffen, weil sie ihn im Wesentlichen fördern, erleichtern oder regeln sollen und sich direkt und sofort auf ihn auswirken. Er bejaht dies u. a. deshalb, weil die fraglichen Vertragsbestimmungen des EUSFTA

---

<sup>45</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 36, so schon zuvor: EuGH, Gutachten 2/00 (Cartagena Protokoll) vom 6.12.2001, Rn. 40.

<sup>46</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 36, so schon zuvor: EuGH, Urt. vom 18.7.2013, C-414/11 (Daiichi Sankyo und Sanofi-Aventis/Deutschland), Rn. 51.

<sup>47</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 74.

<sup>48</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 69 und 77.

dazu dienen, Unternehmen aus Singapur und der EU im Gebiet der jeweils anderen Vertragspartei vor Diskriminierung zu schützen<sup>49</sup> oder zu deren Rechtssicherheit beitragen.<sup>50</sup> Bei der Feststellung von direkten und sofortigen Handelsauswirkungen von Bestimmungen des EUSFTA betont der EuGH zudem mehrfach, dass die fraglichen Bestimmungen nicht Rechtsvorschriften (der Mitgliedstaaten) harmonisieren, sondern die Liberalisierung des Handelsverkehrs zwischen der EU und der Republik Singapur regeln.<sup>51</sup> Die Differenzierung von Harmonisierung und Liberalisierung hat der EuGH, wie aus den Schlussanträgen der Generalanwältin *Sharpston* hervorgeht,<sup>52</sup> schon in früheren Entscheidungen zur Einordnung von Vertragsbestimmungen genutzt. In einem Urteil zum Europäischen Übereinkommen über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und Zugangskontrolldiensten entschied der EuGH, dass die Erstreckung unionsrechtlicher Normen zum Binnenmarkt auf Drittstaaten durch ein internationales Abkommen in den Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik falle. Denn das Ziel eines solchen Abkommens sei nicht die Harmonisierung des Binnenmarkts, sondern die Erleichterung des Handels mit Drittstaaten.<sup>53</sup> Die Wertungen des EuGH im EUSFTA-Gutachten, ob Vertragsbestimmungen den Handelsverkehr in spezifischer Weise betreffen, können nicht abstrakt zusammengefasst werden, da der EuGH die einzelnen Vertragsbestimmungen untersucht und dabei selbst nur wenig verallgemeinert.

Die Regelungen aus Abschnitt A des Kapitels 9 (**Investitionsschutz**) tragen nach Ansicht des EuGH zur Rechtssicherheit für die Investoren bei und fördern bzw. erleichtern damit den Handelsverkehr zwischen der EU und Singapur.<sup>54</sup> Da gemäß Art. 207 Abs. 1 AEUV nur Handlungen im Bereich „**ausländischer Direktinvestitionen**“ zur Gemeinsamen Handelspolitik zählen, fallen die Regelungen aus Abschnitt A des Kapitels 9 nur insoweit unter die Gemeinsame Handelspolitik, als sie die ausländischen Direktinvestitionen zwischen der EU und Singapur betreffen. Direktinvestitionen sind „*Investitionen jeder Art durch natürliche oder juristische Personen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen denjenigen, die die Mittel bereitstellen, und den Unternehmen, für die die Mittel zum Zweck einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt sind*“.<sup>55</sup> Von der Gemeinsamen Handelspolitik gemäß Art. 207 Abs. 1 AEUV ausgenommen, sind laut EuGH alle Investitionen, die nicht zu einer solchen Beteiligung an einem Unternehmen führen.<sup>56</sup> Sie werden unter dem Begriff Portfolioinvestitionen zusammengefasst. Die Regelungen aus Abschnitt A des Kapitels 9 EUSFTA zählen somit nicht zur Gemeinsamen Handelspolitik, sofern sie Portfolioinvestitionen zwischen der EU und Singapur betreffen.

---

<sup>49</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 136 und 156.

<sup>50</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 94 und 121 f.

<sup>51</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 126, 134 f. und 165 f.

<sup>52</sup> GA Sharpston, Schlussanträge zu Gutachten 2/15 (Fn. 4), Rn. 103 f.

<sup>53</sup> EuGH, Urt. vom 22.10.2013, C-137/12 (Kommission/Rat), Rn. 64.

<sup>54</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 94.

<sup>55</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 80.

<sup>56</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 83.

---

Kapitel 11 zum **Schutz des geistigen Eigentums** hat einen spezifischen Bezug zum internationalen Handelsverkehr, indem es bezüglich des Aspekts des Schutzes des geistigen Eigentums zu einer gleichberechtigten Teilnahme von Unternehmen aus Singapur und der EU am Handel im Gebiet der jeweils anderen Vertragspartei beiträgt. Die Vorgaben zum Schutz des geistigen Eigentums im EUSFTA dienen nach Ansicht des EuGH nicht der Harmonisierung von Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten der EU, sondern regeln die Liberalisierung des Handelsverkehrs zwischen der EU und der Republik Singapur und fallen damit in den Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik. Auch die **Verpflichtungen im Bereich des Wettbewerbs** aus Kapitel 12 betreffen die Liberalisierung des Handelsverkehrs, indem sie wettbewerbswidrige Verhaltensweisen bekämpfen, und gehören daher nach Ansicht des EuGH zur Gemeinsamen Handelspolitik.

Stark umstritten war die Kompetenz für die Vereinbarung von Verpflichtungen im Bereich der **nachhaltigen Entwicklung (im Bereich des Umwelt- und Arbeitsschutzes)** in Kapitel 13 des EUSFTA. Wie oben ausgeführt, ist die Regelung derartiger, an sich handelsuntypischer Materien aufgrund der Einbettung der Gemeinsamen Handelspolitik in den Ziel- und Wertekanon der EU dem Grunde nach möglich.<sup>57</sup> Entscheidend für die Zuordnung dieses Kapitels zur ausschließlichen EU-Zuständigkeit nach Art. 207 Abs. 1 AEUV ist, ob diese Bereiche inhaltlich „*speziell den Handelsverkehr*“ mit Singapur betreffen. Das bejaht der EuGH im Ergebnis. Denn die in Kapitel 13 geregelten Verpflichtungen gewährleisten seiner Ansicht nach, dass der Handelsverkehr zwischen der EU und Singapur unter Einhaltung der Verpflichtungen stattfindet, die sich aus internationalen Abkommen zum sozialen Schutz von Arbeitnehmern und zum Umweltschutz, deren Vertragsparteien sie sind, ergeben. Sie verhindern so, dass Vorgaben aus internationalen Abkommen zum Arbeits- und Umweltschutz zu einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung in den gegenseitigen Handelsbeziehungen angewandt werden. Im Übrigen sehe das Kapitel 13 keine Reglementierung der Sozialschutz- und Umweltschutzniveaus im Gebiet der Vertragsparteien vor, sondern regule den Handelsverkehr, indem die Liberalisierung des Handelsverkehrs mit der Beachtung des Arbeits- und Umweltschutzes verknüpft werde.<sup>58</sup> Abschließend betont der EuGH zu diesem Punkt, dass es zudem inkonsequent wäre, wenn allein die Liberalisierung von Handel zur Gemeinsamen Handelspolitik zählt, die Vorgabe einer **Liberalisierung unter Wahrung einer nachhaltigen Entwicklung** aber nicht.

### 3.1.1.3. Keine Bestandteile der Gemeinsamen Handelspolitik

Für bestimmte Bereiche des EUSFTA hat der EuGH die ausschließliche Zuständigkeit der Union nach Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV verneint.

Das Kapitel 8 war zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission, insbesondere im Hinblick auf die Zuständigkeit für Finanzdienstleistungen, Verkehrsdienstleistungen und die gegenseitige Anerkennung beruflicher Qualifikationen umstritten. Die Bestimmungen zu Finanzdienstleistungen und der Anerkennung beruflicher Qualifikationen dienen wie die anderen Vorgaben des Kapitels 8 nach Ansicht des EuGH der Marktöffnung und gehören damit zur Gemeinsamen Handelspolitik. Nicht unter Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV fallen nur die Bestimmungen des EUSFTA zur

---

<sup>57</sup> Siehe dazu auch oben unter 2.2., S. 7 f.

<sup>58</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 163 ff.

---

Erbringung von **Dienstleistungen im Verkehrsbereich**, da diese Materie nach Art. 207 Abs. 5 AEUV als Bereichsausnahme von der Gemeinsamen Handelspolitik ausgenommen ist.<sup>59</sup> Dasselbe gilt laut EuGH für die Bestimmungen zu Verkehrsdienstleistungen aus Kapitel 10: Vertragliche Verpflichtungen im Bereich der öffentlichen Aufträge für Dienstleistungen im Verkehrsbereich können, im Gegensatz zu den anderen Vorgaben aus Kapitel 10, aufgrund von Art. 207 Abs. 5 AEUV nicht zur Gemeinsamen Handelspolitik gezählt werden.

Im Bereich Investitionsschutz fallen nach Ansicht des Gerichtshofs nur Bestimmungen unter die Gemeinsame Handelspolitik, die ausländische Direktinvestitionen zwischen der EU und Singapur betreffen. Unter Verweis auf den ausdrücklichen Wortlaut des Art. 207 Abs. 1 AEUV sieht der EuGH hingegen die Regelungen in Kapitel 9 Abschnitt A bezüglich anderer Investitionen als Direktinvestitionen, die unter dem Begriff „**Portfolioinvestitionen**“ zusammengefasst werden, nicht als Teil der Gemeinsamen Handelspolitik.

### 3.1.2. Ausschließliche EU-Zuständigkeit auf Grundlage impliziter Außenzuständigkeit

Für Materien im EUSFTA, die nicht von der Gemeinsamen Handelspolitik erfasst sind, untersucht der EuGH im Anschluss eine **implizite ausschließliche Zuständigkeit der EU nach Art. 3 Abs. 2 AEUV**.

Diese Bestimmung normiert in drei Varianten eine **nicht sachbereichsbezogene** ausschließliche Zuständigkeit der Union. Die Union hat gemäß Art. 3 Abs. 2 AEUV *„die ausschließliche Zuständigkeit für den Abschluss internationaler Übereinkünfte, wenn der Abschluss einer solchen Übereinkunft in einem Gesetzgebungsakt der Union vorgesehen ist [Var. 1], wenn er notwendig ist, damit sie ihre interne Zuständigkeit ausüben kann [Var. 2], oder soweit er **gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte** [Var. 3].“*

Im EUSFTA-Gutachten gelangt ausschließlich Art. 3 Abs. 2 Var. 3 AEUV zur Anwendung. Diese Variante geht auf das AETR-Urteil des EuGH zurück, in dem der Gerichtshof entschied, dass in Bereichen, in denen die EU Rechtsakte erlassen habe, die Mitgliedstaaten keine Verpflichtungen mit Drittstaaten eingehen dürften, die diese Rechtsakte beeinträchtigten, und folglich die EU zuständig sei für den *„gesamten Geltungsbereich der Gemeinschaftsrechtsordnung vertragliche Verpflichtungen gegenüber dritten Staaten“* zu übernehmen und zu erfüllen.<sup>60</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kann die Tragweite der gemeinsamen Regeln der Union auch durch Verpflichtungen beeinträchtigt oder verändert werden, die einen Bereich betreffen, der **weitgehend**

---

<sup>59</sup> Die durch das EUSFTA betroffenen Dienstleistungen mit Bezug zum Luftverkehrsbereich fallen nach Ansicht des Gerichtshofs nicht unter Art. 207 Abs. 5 AEUV und gehören somit zu den von Art. 207 Abs. 1 AEUV erfassten Dienstleistungen, vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 66 ff.

<sup>60</sup> EuGH, Urt. vom 31.3.1971, 22-70 (AETR), Rn. 15/19.

---

**von gemeinsamen Regeln erfasst** ist.<sup>61</sup> Es ist mithin keine völlige Übereinstimmung zwischen den Vertragsbestimmungen und den gemeinsamen Regeln erforderlich.<sup>62</sup>

#### 3.1.2.1. In Bezug auf Verkehrsdienstleistungen

Der EuGH hat Art. 3 Abs. 2 Var. 3 AEUV herangezogen, um die alleinige Außenzuständigkeit der EU für die Bestimmungen des EUSFTA im Bereich der Verkehrsdienstleistungen zu begründen.<sup>63</sup> Der EuGH differenziert zwischen den Vorgaben des EUSFTA für die verschiedenen Verkehrsarten und die diesbezüglichen Dienstleistungen. Die Vorgaben des EUSFTA zu Dienstleistungen im Seeverkehr werden nach seiner Ansicht weitgehend von den gemeinsamen Regeln in der Verordnung (EWG) Nr. 4055/86 erfasst. Folglich könnten die Verpflichtungen aus dem EUSFTA die in der Verordnung festgelegten Regeln beeinträchtigen oder verändern. Mithin sei die EU gemäß Art. 3 Abs. 2 AEUV allein zuständig. Auch in Bezug auf Dienstleistungen im Eisenbahnverkehr und Straßenverkehr existieren gemeinsame Regeln in Form von Richtlinien und Verordnungen, die durch Bestimmungen des EUSFTA beeinträchtigt oder in ihrer Tragweite verändert werden könnten und daher nach Ansicht des EuGH eine Alleinzuständigkeit der EU begründen. Die Bestimmungen aus Kapitel 10 des EUSFTA zu öffentlichen Aufträgen für Dienstleistungen im Verkehrsbereich fallen nach Ansicht des EuGH ebenfalls gemäß Art. 3 Abs. 2 Var. 3 AEUV in die alleinige Zuständigkeit der EU, da diese Bestimmungen zu einem Bereich gehören, der in den Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU geregelt sei.

#### 3.1.2.2. Sonderfall: Dienstleistungen im Binnenschiffverkehr

Anders argumentiert der EuGH in Bezug auf die Regelungen des EUSFTA zu Dienstleistungen im Binnenschiffverkehr. Hinsichtlich dieser Materie hebt er darauf ab, dass die Erwähnung des Binnenschiffverkehrs im EUSFTA allenfalls mit „**Verpflichtungen von äußerst begrenzter Tragweite**“ verbunden sei. Der Gerichtshof kommt unter Bezugnahme auf frühere Entscheidungen zu dem Ergebnis, dass bei der Zuständigkeitsprüfung für den Abschluss eines internationalen Vertrags Vertragsbestimmungen nicht zu berücksichtigen seien, die von äußerst begrenzter Tragweite sind.<sup>64</sup> Da die Union gemäß Art. 3 Abs. 2 AEUV für die anderen Bestimmungen des EUSFTA im Bereich der Verkehrsdienstleistungen die ausschließliche Zuständigkeit besäße, sei sie für das

---

<sup>61</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 181, so schon zuvor: EuGH, Urt. vom 4.9.2014, C-114/12 (Kommission/Rat), Rn. 69 f.

<sup>62</sup> Obwexer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 3 AEUV, Rn. 43.

<sup>63</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 168 ff (181).

<sup>64</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 216 f.; s. auch: EuGH, Gutachten 1/08 (Ausgleichsmaßnahmen nach GATS) vom 30.11.2009, Rn. 166; EuGH, Urt. vom 3.12.1996, C-268/94 (Portugal/Rat), Rn. 75; EuGH, Gutachten 1/94 (GATS) vom 15.11.1994, Rn. 66 f.

---

gesamte Kapitel 8 des EUSFTA, einschließlich der Dienstleistungen im Binnenschiffverkehr, allein zuständig.<sup>65</sup>

### 3.1.2.3. Keine ausschließliche implizite Außenzuständigkeit für Portfolioinvestitionen

Im Bereich der Portfolioinvestitionen verneint der EuGH eine ausschließliche Zuständigkeit der Union nach Art. 3 Abs. 2 Var. 3 AEUV. Die Argumentation der Kommission, die Bestimmungen des EUSFTA zu Portfolioinvestitionen könnten Art. 63 AEUV beeinträchtigen und deswegen fände die Kompetenznorm Art. 3 Abs. 2 Var. 3 AEUV Anwendung, weist der EuGH zurück. Er legt dar, dass es sich bei der Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 63 AEUV als Vorgabe des Primärrechts nicht um eine Regel des abgeleiteten Unionsrechts und damit nicht um eine gemeinsame Regel im Sinne des Art. 3 Abs. 2 Var. 3 AEUV handelt.<sup>66</sup> Auch die anderen Varianten des Art. 3 Abs. 2 AEUV sieht der EuGH in Bezug auf Portfolioinvestitionen nicht als gegeben an.

### 3.1.3. Geteilte Zuständigkeit auf Grundlage impliziter EU-Außenzuständigkeit

Anschließend prüft der Gerichtshof, ob die Regelungen zu Portfolioinvestitionen in Abschnitt A des Kapitels 9 auf eine zwischen den Mitgliedstaaten und der EU geteilte Zuständigkeit gestützt werden können.

Hierbei stellt er im Ausgangspunkt auf **Art. 216 Abs. 1 AEUV** ab. Nach dieser Vorschrift kann die Union mit einem Drittland *„eine Übereinkunft schließen, wenn dies in den Verträgen vorgesehen ist [Var. 1] oder wenn der Abschluss einer Übereinkunft im Rahmen der Politik der Union entweder zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich [Var. 2] oder in einem verbindlichen Rechtsakt der Union vorgesehen ist [Var. 3] oder aber gemeinsame Vorschriften beeinträchtigen oder deren Anwendungsbereich ändern könnte [Var. 4].“* Unter Verweis auf **Art. 4 Abs. 1 AEUV**, wonach die **Union ihre Zuständigkeit mit den Mitgliedstaaten teilt**, wenn ihr die Verträge **außerhalb der in den Art. 3 und 6 AEUV genannten Bereiche** eine Zuständigkeit übertragen,<sup>67</sup> betrachtet der EuGH **Art. 216 Abs. 1 AEUV als Fall der geteilten Zuständigkeit**.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Siehe dazu auch: Zornow, Globalisierung durch Marginalisierung mitgliedstaatlicher Entscheidungsstrukturen? Das EuGH-Gutachten zum Freihandelsabkommen mit Singapur, juwiss.de vom 16.06.2017, online abrufbar unter <http://www.juwiss.de/59-2017/> (letztmaliger Abruf am 24.07.17).

<sup>66</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 233 ff.

<sup>67</sup> Zu beachten sind mögliche inhaltliche Überschneidungen mit den ausschließlichen impliziten Außenzuständigkeiten nach Art. 3 Abs. 2 AEUV. Dies betrifft Art. 3 Abs. 2 Var. 3 AEUV (vgl. oben 3.1.2., S. 16) sowie Art. 216 Abs. 1 Var. 4 AEUV, deren Wortlaut – abhängig von der Sprachfassung – nahezu gleichlautend ist. Die auf eine sekundärrechtliche Ermächtigung abzielende Vertragsschlusskompetenz in Art. 3 Abs. 2 Var. 1 AEUV sowie in Art. 216 Abs. 1 Var. 3 AEUV unterscheidet sich hingegen durch die Qualität des Rechtsaktes. Für eine ausschließliche Zuständigkeit nach Art. 3 Abs. 2 Var. 1 AEUV muss ein Gesetzgebungsakt von Rat und Parlament erlassen werden (vgl. Art. 289 AEUV), für eine geteilte Zuständigkeit genügt gemäß Art. 216 Abs. 1 Var. 3 AEUV der Erlass des Rechtsaktes in einem sonstigen Verfahren (bspw. als delegierter Rechtsakt nach Art. 290 AEUV).

<sup>68</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 242.

---

Im Gutachten steht Art. 216 Abs. 1 Var. 2 AEUV im Vordergrund, wonach eine geteilte Zuständigkeit für Bestimmungen von Abkommen anzunehmen ist, die zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich sind. Diese Tatbestandsvariante des Art. 216 AEUV bedarf der Verknüpfung mit einem – in der Regel materiellen – Vertragsziel und einem ihm korrespondierenden Politikbereich.

Im Fall des EUSFTA erachtet der EUGH den Abschluss der Vereinbarungen über **Portfolioinvestitionen** in Kapitel 9 Abschnitt A für erforderlich, um eine vollständige **Verwirklichung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs**, mithin eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele, zu erreichen.<sup>69</sup> Da der freie Kapital- und Zahlungsverkehr als Teil des Binnenmarkts gemäß **Art. 4 Abs. 2 lit. a) AEUV** in die **geteilte Zuständigkeit** der EU und der Mitgliedstaaten fällt, handelt es sich bei der diesbezüglichen Außenkompetenz der EU nach Art. 216 Abs. 1 Var. 2 AEUV i. V. m. Art. 63 ff. AEUV ebenfalls um eine mit den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit.<sup>70</sup> Offen lässt der EuGH die Frage, ob eine geteilte Zuständigkeit auch für Vertragsbestimmungen eines Freihandelsabkommens gegeben wäre, die auf Art. 216 Abs. 1 Var. 2 AEUV gestützt werden, aber nicht der Verwirklichung eines Vertragsziels dienen, das in der geteilten Zuständigkeit von Union und Mitgliedstaaten liegt.

Dessen ungeachtet ist Konsequenz der geteilten Zuständigkeit der EU und der Mitgliedstaaten für den Abschluss von Regelungen über Portfolioinvestitionen nach Ansicht des EuGH, dass die Union die diesbezüglichen Regelungen in Kapitel 9 Abschnitt A des EUSFTA nicht allein genehmigen kann und insoweit ein gemischtes Abkommen vorliegt.<sup>71</sup>

#### 3.1.4. Keine ausschließliche mitgliedstaatliche Zuständigkeit

Der EuGH findet im EUSFTA keine Bestimmung, welche er in der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten sieht. Anders als von den Mitgliedstaaten und der Generalanwältin *Sharpston*<sup>72</sup> vertreten, fällt nach Ansicht des EuGH auch die **Aufkündigung bilateraler Investitionsabkommen** zwischen einzelnen Mitgliedstaaten und der Republik Singapur und deren Ersetzung durch das EUSFTA **nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der betroffenen Mitgliedstaaten**. Da die Union mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon die ausschließliche Kompetenz im Bereich ausländischer Direktinvestitionen besitzt, ist sie nach Ansicht des EuGH befugt, Verpflichtungen im Bereich der Direktinvestitionen, die in zwischen den Mitgliedstaaten und einem Drittstaat geschlossenen bilateralen Abkommen enthalten sind, **durch ein von ihr mit diesem Drittstaat geschlossenes Abkommen zu ersetzen**.<sup>73</sup> Die Aufkündigung bzw. Ersetzung von

---

<sup>69</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 239.

<sup>70</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 243.

<sup>71</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 244. Siehe zu dem dieser Rechtsfolge zugrunde liegenden Verständnis geteilter Außenzuständigkeiten sowie seiner Generalisierung hinsichtlich der Art der dann zu schließenden Abkommen oben unter 2.3., S. 9 f.

<sup>72</sup> GA Sharpston, Schlussanträge zu Gutachten 2/15 (Fn. 4), Rn. 378 ff. (398).

<sup>73</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 248 f.

---

Investitionsabkommen der Mitgliedstaaten, die Verpflichtungen im Bereich der Portfolioinvestitionen enthalten, scheint der EuGH in der geteilten Zuständigkeit von EU und Mitgliedstaaten zu sehen.<sup>74</sup>

### 3.2. In Bezug auf institutionelle Bestimmungen

Unter institutionellen Bestimmungen versteht der Gerichtshof solche über die **Einrichtung einer Organstruktur, Wege der Zusammenarbeit, Pflichten zum Informationsaustausch, bestimmte Entscheidungsbefugnisse**<sup>75</sup> sowie die im EUSFTA enthaltenen **Verpflichtungen zur Transparenz und Regelungen über Streitbeilegung**.<sup>76</sup> Derartige Bestimmungen finden sich in Kapitel 1 sowie den Kapiteln 14 bis 17 des EUSFTA. Zu differenzieren ist im Folgenden zwischen der für diese Kategorie von Vorschriften grundsätzlich vorzunehmenden Zuständigkeitsbestimmung (3.2.1.) und den dabei ausnahmsweise bestehenden Grenzen sowie der dann erforderlichen Zuständigkeitsprüfung (3.2.2.).

#### 3.2.1. Akzessorische Zuständigkeitsbestimmung

Der EuGH sieht institutionelle Bestimmungen eines Abkommens in einem akzessorischen Verhältnis zu den dort geregelten materiell-rechtlichen Verpflichtungen. Denn die **Aufgabe institutioneller Bestimmungen** besteht seiner Ansicht nach darin, „*die Wirksamkeit der materiell-rechtlichen Bestimmungen des Abkommens sicher[zu]stellen*“<sup>77</sup> bzw. diese „*zu flankieren*“<sup>78</sup>. Institutionellen Bestimmungen komme daher im Verhältnis zu materiell-rechtlichen Verpflichtungen lediglich „*Hilfscharakter*“ zu.<sup>79</sup> Diese **Akzessorietät** präge entsprechend auch die Zuständigkeitsbestimmung. Institutionelle Vorschriften eines Abkommens teilen nach dem Verständnis des EuGH die Zuständigkeit der materiell-rechtlichen Bestimmungen, auf die sie sich beziehen bzw. die sie flankieren.<sup>80</sup>

Dies hat zur Folge, dass es für die Zuständigkeitsbestimmung somit grundsätzlich nicht auf den Inhalt einer institutionellen Bestimmung ankommt, sondern in der Regel auf ihren **materiell-rechtlichen Bezugspunkt** (siehe aber sogleich). Das bedeutet zugleich, dass ein und dieselbe institutionelle Bestimmung je nach inhaltlichem Bezug zu den sicherzustellenden oder flankierenden materiell-rechtlichen Bestimmungen in verschiedene Zuständigkeitskategorien fallen kann.

---

<sup>74</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 256. Siehe dazu auch Kleimann/Kübek, (Fn. 39).

<sup>75</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 257 ff.

<sup>76</sup> Vgl. die vorangestellte Gliederung zu EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), sowie die Ausführungen ab Rn. 280 ff. und Rn. 285 ff.

<sup>77</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 275.

<sup>78</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 276.

<sup>79</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 276 (Hervorhebung durch Verfasser).

<sup>80</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 276.

---

So liegt auch der Fall hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen EUSFTA-Fassung. Soweit sich die in ihr enthaltenen institutionellen Bestimmungen nicht nur auf Direkt-, sondern zugleich – was der Regelfall sein dürfte – auf Portfolioinvestitionen beziehen, können die betreffenden Vorschriften kompetentiell nicht ausschließlich von der EU verantwortet werden. Denn Portfolioinvestitionen unterliegen nach Ansicht des EuGH als einziger der im EUSFTA geregelten materiell-rechtlichen Bereiche der geteilten Zuständigkeit.<sup>81</sup>

Eine zukünftige Steuerung der Zuständigkeiten in dieser Frage kann in rechtlicher Hinsicht somit nur über die Einschränkung der materiell-rechtlichen Bezugspunkte institutioneller Bestimmungen erfolgen.

### 3.2.2. Grenzen der akzessorischen Zuständigkeitsbestimmung

Im Zusammenhang mit der Prüfung der Vorschriften zu den Investor-Staat-Streitigkeiten in Kapitel 9 Abschnitt B wird deutlich, dass die **akzessorische Zuständigkeitsbestimmung** bestimmten **Grenzen unterliegen kann**. Anknüpfungspunkt hierfür ist für den Gerichtshof die im Ermessen des Investors liegende Möglichkeit, ein Investor-Staat-Verfahren gegen einen Mitgliedstaat in Anspruch nehmen zu können. Das ihm durch das Abkommen eingeräumte Recht führt dazu, dass die Investitionsstreitigkeit der Gerichtsbarkeit des betreffenden Mitgliedstaats entzogen werden kann.<sup>82</sup> Aus Sicht des EuGH bewirkt dieser Umstand, dass die entsprechende institutionelle Abkommensbestimmung ihren „Hilfscharakter“ verliert und daher – etwa bei Streitigkeiten um Direktinvestitionen – nicht an der akzessorischen Zuständigkeitsbestimmungen zugunsten der EU teilnehmen kann.<sup>83</sup>

Wonach sich die Zuständigkeit für die betreffende institutionelle Bestimmung dann bestimmt, ist eine Frage des Einzelfalls, für die nicht mehr der materiell-rechtliche Bezugspunkt, sondern der Inhalt der Norm maßgeblich sein dürfte.

In welche und vor allem wessen **Zuständigkeit die betreffenden Bestimmungen des EUSFTA über Investor-Staat-Streitigkeiten** konkret fallen, lässt sich den Ausführungen des Gerichtshofs nicht eindeutig entnehmen. Mit Blick auf den durch diese Vorschriften möglichen Entzug des Rechtswegs zu mitgliedstaatlichen Gerichten läge es nahe, eine ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten anzunehmen. Denn der EU kommt keine Kompetenz zu, über die Verwaltungs- oder Gerichtsorganisation der Mitgliedstaaten zu bestimmen.<sup>84</sup> In diese Richtung weist die Aussage des Gerichtshofs, wonach Regelungen mit solchem Inhalt „*nicht ohne Einverständnis der Mitgliedstaaten eingeführt werden [können]*“.<sup>85</sup> Gleich im Anschluss sowie später im Gutachten wird jedoch festgestellt, dass die Genehmigung des gesamten Abschnitts B in Kapitel 9 zum

---

<sup>81</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 279. Siehe oben unter 3.1.3., S. 18.

<sup>82</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 290 f.

<sup>83</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 292 f.

<sup>84</sup> Vgl. in Bezug auf die Verwaltungsorganisation Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn. 33), Art. 197 AEUV, Rn. 8.

<sup>85</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 292.

---

Investor-Staat-Streitverfahren „*in die zwischen der Union und den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit [fällt]*.“<sup>86</sup>

Zwar können auch beide Aussagen des Gerichtshofs dahingehend verstanden werden, dass es sich – ebenso wie bei Portfolioinvestitionen – um eine geteilte Zuständigkeit im formalen Sinne der Art. 2 ff. AEUV handelt.<sup>87</sup> Denn in jenem Zusammenhang führte der EuGH ebenfalls aus, dass die betreffenden Vorschriften nicht allein von der EU „*genehmigt*“ werden können.<sup>88</sup> Zwingend ist eine solche Deutung jedoch nicht.<sup>89</sup> Anders als bei seinen Ausführungen zu Portfolioinvestitionen benennt der Gerichtshof hier nämlich keine Vorschriften aus dem AEUV, aus denen sich eine geteilte Zuständigkeit in formaler Hinsicht für diesen Aspekt der Investor-Staat-Streitbeilegung ergeben könnte. Vor diesem Hintergrund lässt sich das zweite Zitat auch so deuten, dass die Vereinbarung des gesamten Abschnitts B im Kapitel 9 sowohl (ausschließliche) Zuständigkeiten der EU als auch solche (ausschließliche) der Mitgliedstaaten berührt. Der Gerichtshof könnte nach dieser Lesart nicht eine geteilte Zuständigkeit (im Sinne der Art. 2 ff. AEUV) gemeint haben, sondern eine **Teilung der für diesen Vertragsteil bestehenden ausschließlichen Zuständigkeiten** (von EU und Mitgliedstaaten).<sup>90</sup>

Diese Deutung entspricht zwar der kompetentiellen Betroffenheit von in mitgliedstaatlicher Zuständigkeit verbliebenen Rechtswegfragen für die eigene Gerichtsbarkeit. Sie hat aber den Nachteil, dass der Begriff geteilter Zuständigkeiten dann eine zweite Bedeutungsebene erhält. Obwohl diese im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu völkerrechtlichen Abkommen nicht neu ist,<sup>91</sup> birgt die damit verbundene Mehrdeutigkeit auf Grundlage der geltenden Kompetenzkategorien, die erst mit dem Vertrag von Lissabon ausdrücklich eingeführt wurden, die **Gefahr von Fehlinterpretationen**. Ebenso wie hinsichtlich der Bedeutung geteilter Zuständigkeiten für die Art des zu schließenden Abkommens<sup>92</sup> wäre daher auch in diesem Zusammenhang eine baldige Klärung durch den EuGH hilfreich.

Für die allgemeine Frage, wann institutionelle Bestimmungen ihren Hilfsnormcharakter verlieren, kann angesichts dieser Unklarheit lediglich der Schluss gezogen werden, dass dies nach dem EUSFTA-Gutachten jedenfalls dann der Fall ist, wenn die betreffende Vorschrift von ihrem Inhalt

---

<sup>86</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 293 (Hervorhebung durch Verfasser), Rn. 305.

<sup>87</sup> So die überwiegende Rezeption der betreffenden Gutachtenaussage im Schrifttum, vgl. etwa Ankersmit (Fn. 39); Sarmiento (Fn. 18); Zornow (Fn. 65). Siehe aber zur unklaren Frage des unionsrechtlichen Vorrangs bei der Wahrnehmung geteilter Außenzuständigkeiten oben unter 2.3., S. 9 f.

<sup>88</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 244.

<sup>89</sup> So etwa Thym (Fn. 39).

<sup>90</sup> Vgl. Thym (Fn. 39).

<sup>91</sup> Vgl. Thym (Fn. 39), der insoweit u. a. auf EuGH, Gutachten 1/94 (GATS) vom 15.11.1994, Rn. 98 verweist.

<sup>92</sup> Siehe dazu oben unter 2.3., S. 9 f.

---

her in eine andere Zuständigkeit übergreift als sie sich aus der akzessorischen Zuständigkeitsbestimmung über ihren materiellen Bezugspunkt ergibt.

Ob ein solcher Übergriff – wie vorliegend im Fall der betreffenden Bestimmungen des EUSFTA zu Investor-Staat-Schiedsverfahren (Investor-state dispute settlement – ISDS) – generell zur Folge hat, dass ein Abkommen hierdurch „*nicht ohne Einverständnis der Mitgliedstaaten*“<sup>93</sup> geschlossen werden kann und daher als gemischtes zu qualifizieren ist, hängt davon ab, ob auch die Einschlägigkeit geteilter Zuständigkeiten im formalen Sinne der Art. 2 ff. AEUV zwingend zu dieser Art des Übereinkommens führt.<sup>94</sup> Denn fällt die institutionelle Bestimmung aufgrund des Übergriffs in eine (ausschließliche) mitgliedstaatliche Zuständigkeit, so ist unstreitig von einem gemischten Abkommen auszugehen.<sup>95</sup>

### 3.3. Zusammenfassung

Der EuGH postuliert in seinem Gutachten zum EUSFTA ein weites Verständnis der Gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 207 Abs. 1 AEUV, die in der ausschließlichen Kompetenz der EU liegt. In Verbindung mit der Möglichkeit einer impliziten ausschließlichen Außenzuständigkeit der EU nach Art. 3 Abs. 2 AEUV und der Erwägung, dass Vertragsbestimmungen von äußerst begrenzter Tragweite für die Zuständigkeitsbestimmung ohne eigene Bedeutung sind, hat der EuGH somit einer weitreichenden Zuständigkeit der EU für die Vereinbarung materiell-rechtlicher Verpflichtungen in Freihandelsabkommen der neuen Generation den Boden bereitet. Lediglich für Vertragsbestimmungen zu Portfolioinvestitionen sieht der EuGH eine zwischen der EU und den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit.

Die weite Auslegung der einschlägigen EU-Außenzuständigkeiten für materiell-rechtliche Vertragsvorschriften wird durch die akzessorische Zuständigkeitsbestimmung für institutionelle Regelungen ergänzt. Deren Zuständigkeit folgt grundsätzlich der Zuständigkeit der materiell-rechtlichen Vertragsvorschriften, auf die sich die institutionellen Bestimmungen beziehen. Eine Ausnahme hiervon besteht jedenfalls dann, wenn die betreffende Regelung in inhaltlicher Hinsicht in eine andere Zuständigkeit übergreift, als sie sich aus der akzessorischen Zuständigkeitsbestimmung ergibt. Dies betrifft im EUSFTA die Bestimmungen zum Investor-Staat-Schiedsverfahren insoweit, als die Inanspruchnahme dieses Verfahrens gegen einen Mitgliedstaat dazu führt, dass die betreffende Streitigkeit seiner mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeit entzogen wird.

Dieser Punkt sowie die zwischen der EU und den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit für Portfolioinvestitionen qualifizieren das EUSFTA nach Ansicht des EuGH als gemischtes Abkommen.

---

<sup>93</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 292.

<sup>94</sup> Siehe dazu oben unter 2.3., S. 9 f.

<sup>95</sup> Siehe dazu oben unter 2.3., S. 9 f.

---

## 4. Konsequenzen aus dem Gutachten

Ausgehend vom rechtlichen Rahmen für die Behandlung von Freihandelsabkommen auf EU-Ebene und in Deutschland einschließlich der hierbei bestehenden Mitwirkungsrechte des Bundestages (hierzu 4.1.) ergeben sich aus dem EUSFTA-Gutachten Folgerungen für die weiteren Verfahren betreffend EUSFTA (hierzu 4.2.) und CETA (hierzu 4.3.).

### 4.1. Rechtlicher Rahmen

Die Feststellungen des EuGH im Singapur-Gutachten betreffen die **Zuständigkeitsverteilung** zwischen der EU und den Mitgliedstaaten und mithin die **Aufteilung der Vertragsschlusskompetenz**. Während EU-only-Abkommen von der EU allein abgeschlossen werden können, erfordert der Abschluss von gemischten Abkommen die entsprechende Beteiligung der EU und der Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Zuständigkeiten.

#### 4.1.1. EU-Ebene

##### 4.1.1.1. Verfahren zum Abschluss eines Abkommens

Für den **Abschluss von Übereinkünften** der EU bestimmt Art. 218 AEUV ggf. i. V. m. Art. 207 AEUV ein einheitliches, mehrstufiges Verfahren für die Aushandlung und den Abschluss der Verträge, das sowohl die Modalitäten des Verfahrensablaufs als auch die Beteiligung der Unionsorgane auf den einzelnen Stufen regelt. Zentraler Akteur ist dabei der Rat, der gemäß Art. 218 Abs. 2 AEUV dazu befugt ist, die Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen zu erteilen, Verhandlungsrichtlinien festzulegen und die Unterzeichnung zu genehmigen.<sup>96</sup> Schließlich kann der Rat auf Vorschlag des Verhandlungsführers (d.h. regelmäßig der Kommission) und nach Anhörung oder mit Zustimmung des Europäischen Parlaments (Art. 218 Abs. 6 UAbs. 2 a) und b) AEUV) einen Beschluss über den Abschluss der Übereinkunft erlassen (Art. 218 Abs. 6 AEUV).<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Vgl. EuGH, Urt. vom 9.8.1994, C-327/91 (Frankreich/Kommission), Rn. 33; EuGH, Urt. vom 16.7.2015, C-425/13 (Kommission/Rat), Rn. 62 ff.

<sup>97</sup> Zu den Einzelheiten des Verfahrens vgl. Bäumler, Vom Vertragstext zum Inkrafttreten: Das Vertragsschlussverfahren im Mehrebenensystem am Beispiel CETA, EuR 2016, S. 607 ff.; Bungenberg, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 218 AEUV, Rn. 32 ff.

#### 4.1.1.2. Verfahren zur vorläufigen Anwendung

Die Vertragsparteien können sich insbesondere auf der Grundlage entsprechender Vorgaben im jeweiligen Vertrag<sup>98</sup> dazu verpflichten, bestimmte Vertragsbestimmungen bereits vor dem Abschluss der Ratifikationsverfahren und dem Inkrafttreten eines Abkommens auszuführen.<sup>99</sup> Aufgrund der entsprechenden Beschlüsse 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.

Auf EU-Ebene kann die vorläufige Anwendung eines Abkommens gemäß Art. 218 Abs. 5 AEUV durch den Rat auf Vorschlag des Verhandlungsführers (d.h. regelmäßig der Kommission) genehmigt werden.<sup>100</sup> Im Hinblick auf eine Beteiligung des Europäischen Parlaments ist in diesem Rahmen gemäß Art. 218 Abs. 10 AEUV lediglich dessen unverzügliche und umfassende Unterrichtung vorgesehen.<sup>101</sup> Entsprechend dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung kann sich der Beschluss des Rates gemäß Art. 218 Abs. 5 AEUV bei gemischten Abkommen nur auf die Aspekte des Abkommens beziehen, die jedenfalls in die ausschließliche EU-Zuständigkeit fallen. Bei Regelungen eines Abkommens im Bereich der geteilten Zuständigkeiten stellt sich – ausgehend von den Feststellungen des EuGH im EUSFTA-Gutachten<sup>102</sup> – zukünftig die Frage, ob auch diese Regelungen durch Beschluss gemäß Art. 218 Abs. 5 AEUV von der EU vorläufig angewendet werden können oder ob hierfür, entsprechend dem Abschluss des Abkommens, die Zustimmung der Mitgliedstaaten erforderlich ist.

#### 4.1.2. Deutschland

In den vorgenannten Verfahren auf EU-Ebene werden deutsche Interessen durch die Bundesregierung primär im Rat wahrgenommen. In der Regel obliegt es der Bundesregierung bei gemischten Abkommen, das innerstaatliche Verfahren zur Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrags

---

<sup>98</sup> Art. 25 Abs. 1 lit. a) des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, BGBl. 1985 II S. 926. Für entsprechende Regelungen in EUSFTA vgl. Art. 17.12 Nr. 4; für CETA vgl. Art. 30.7.

<sup>99</sup> Zum Institut der vorläufigen Anwendung vgl. Kempen/Schiffbauer, Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge im internationalen Mehrebenensystem, *ZaöRV* 77 (2017), S. 95 ff.; Kleinlein, Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge, *JZ* 2017, S. 377 ff.

<sup>100</sup> Zu den Einzelheiten des Verfahrens vgl. Giegerich, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 15), Art. 218 AEUV, Rn. 72 ff.

<sup>101</sup> Gemäß Art. 218 Abs. 5 AEUV obliegt die Entscheidung über die Unterzeichnung und ggf. die vorläufige Anwendung allein 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. Zur entsprechenden Praxis vgl. bspw. die Entscheidung des Rates zum Freihandelsabkommen mit der Republik Korea, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_PRES-10-242\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-10-242_en.htm) sowie die Stellungnahme der damals designierten Kommissarin Malmström gegenüber dem Europäischen Parlament [https://ec.europa.eu/commission/sites/cwt/files/commissioner\\_ep\\_hearings/malmstrom-reply\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/cwt/files/commissioner_ep_hearings/malmstrom-reply_en.pdf).

<sup>102</sup> Siehe oben 2.3.

durch Vorlage eines entsprechenden Vertragsgesetzes anzustoßen. Bei der Gestaltung von völkerrechtlichen Verträgen ist der Bundestag grundsätzlich auf die nachträgliche Zustimmung gemäß Art. 59 Abs. 2 GG und die allgemeinen parlamentarischen Kontrollrechte verwiesen.<sup>103</sup> In Angelegenheiten der EU sieht Art. 23 GG eine besondere Mitwirkung von Bundestag und Bundesrat bei der Ausübung der auswärtigen Gewalt durch die Bundesregierung vor,<sup>104</sup> die sich auf die parlamentarische Mitwirkung bei der Verhandlung und den Abschluss von EU-Abkommen auswirkt. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Mitwirkung des Bundestages in den Verfahren auf EU-Ebene und in Deutschland.

#### 4.1.2.1. Mitwirkung des Bundestages im Verfahren auf EU-Ebene

Das Verfahren auf EU-Ebene zum Abschluss von Freihandelsabkommen der EU gemäß Art. 218 AEUV einschließlich des Beschlusses des Rates zur vorläufigen Anwendung solcher Abkommen ist ein spezifisch auf den europäischen Integrationsprozess bezogenes Verfahren<sup>105</sup> und somit eine **Angelegenheit der EU** im Sinne von **Art. 23 Abs. 2 GG**.<sup>106</sup> Der Bundestag hat im Rahmen seiner Integrationsverantwortung<sup>107</sup> das **Recht auf informierte Mitwirkung** (Art. 23 Abs. 2 GG).<sup>108</sup> Die diesbezüglichen Rechte des Bundestages auf Unterrichtung und Mitwirkung sowie die damit korrespondierenden Pflichten der Bundesregierung werden durch §§ 4 ff. EUZBBG konkretisiert. Danach ist der Bundestag von der Bundesregierung im gesamten Verfahren dergestalt zu informieren, dass er u. a. mittels seines Frage-, Debatten- und Entschließungsrechts frühzeitig und effektiv auf die Willensbildung des Bundes und das Handeln der Bundesregierung Einfluss nehmen kann.<sup>109</sup>

Die Beschlüsse im Rahmen von Art. 218 AEUV unterliegen als Rechtssetzungsakte der EU zudem einem besonderen **Stellungnahmerecht** gemäß **Art. 23 Abs. 3 GG i. V. m. § 8 EUZBBG**. Vor ihrer Mitwirkung an Beschlüssen des Rates im Rahmen von Art. 218 AEUV muss die Bundesregierung dem Deutschen Bundestag Gelegenheit zur Stellungnahme geben und diese Stellungnahme bei den Verhandlungen berücksichtigen (Art. 23 Abs. 3 GG i. V. m. § 8 Abs. 4 EUZBBG). Dies betrifft sowohl Beschlüsse zur Einleitung von Vertragsverhandlungen durch die Erteilung von Verhandlungsmandaten und diesbezüglichen Leitlinien als auch Beschlüsse zur Unterzeichnung, zur vorläufigen Anwendung sowie zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge der EU.

---

<sup>103</sup> Vgl. BVerfGE 131, 152 (196).

<sup>104</sup> BVerfGE 131, 152 (196 ff.).

<sup>105</sup> Vgl. BVerfGE 131, 152 (199 f.).

<sup>106</sup> Vgl. dementsprechend § 5 Abs. 1 Nr. 5, 6 EUZBBG.

<sup>107</sup> Zum Begriff vgl. BVerfGE 142, 123 (174 ff.; 207 ff.) sowie im Überblick Hufeld, in: von Arnould/Hufeld, Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 2. Auflage 2017, § 1, Rn. 23 ff.

<sup>108</sup> Vgl. BVerfGE 131, 152 (194 ff.).

<sup>109</sup> BVerfGE 131, 152 (212).

---

Sofern das jeweilige Abkommen nur ausschließliche Zuständigkeiten der EU betrifft, bedarf der Abschluss eines solchen EU-only-Abkommens keiner innerstaatlichen Ratifikation. Die erforderliche demokratische Legitimationsgrundlage für den Abschluss von EU-only-Abkommen durch die EU wird aus deutscher Sicht über die zustimmungsgesetzliche Billigung des EU-Integrationsprogramms einschließlich der damit verbundenen Hoheitsrechtsübertragungen sowie über die deutsche Mitwirkung in den EU-Organen vermittelt.<sup>110</sup>

#### 4.1.2.2. Mitwirkung des Bundestages im nationalen Ratifikationsverfahren

Gemischte Abkommen erfordern eine Ratifikation sowohl durch die EU als auch durch die Mitgliedstaaten. Die Ratifikation eines solchen Abkommens durch die Bundesrepublik Deutschland als Vertragspartei erfordert die **Zustimmung des Bundesgesetzgebers<sup>111</sup> durch Gesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG**, soweit die Voraussetzungen dieser Norm vorliegen. Andernfalls kann das betreffende Abkommen ohne Beteiligung von Bundestag und ggf. Bundesrat allein durch die Bundesregierung geschlossen werden. Eine Beteiligung des Gesetzgebers in der Form eines Bundesgesetzes bedürfen solche Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln (Art. 59 Abs. 2 S. 1 1. Alt. GG) oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen (Art. 59 Abs. 2 S. 1 2. Alt. GG).<sup>112</sup> Eine nach Art. 59 Abs. 2 GG erforderliche Zustimmung tritt bei gemischten Abkommen neben die Mitwirkung des Bundestages in EU-Angelegenheiten gemäß Art. 23 Abs. 2 und 3 GG i. V. m. den entsprechenden Konkretisierungen im EUZBBG. Mit Blick auf den Teil des Abkommens, der in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, wird im Schrifttum die Frage aufgeworfen, ob auch dieser Teil als EU-Angelegenheit zu behandeln ist und den Mitwirkungsrechten gemäß Art. 23 Abs. 2 und 3 GG unterliegt<sup>113</sup> oder ob insoweit nur eine Beteiligung im Rahmen der Ratifikationslage gemäß Art. 59 Abs. 2 GG erforderlich ist.<sup>114</sup>

Ob ein Vertragsgesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG erforderlich ist, bestimmt sich nach dem jeweiligen Abkommen. Im Hinblick auf die Frage, ob die **Voraussetzungen des Art. 59 Abs. 2 GG** für das Erfordernis einer legislativen Zustimmung vorliegen, steht in der Diskussion, ob hierfür nur

---

<sup>110</sup> Für die Zustimmung der Bundesrepublik Deutschland vgl. zuletzt das Gesetz zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007, BGBl. 2008 II, S. 1038 sowie hierzu BT-Drs. 16/8300 (Gesetzesentwurf), BT-Drs. 16/8917 (Beschlussempfehlung und Bericht) und BT-Plenarprot. 16/157, S. 16450D - 16485C (2. Beratung und Schlussabstimmung). Zu den Hoheitsrechtsübertragungen im Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik vgl. BVerfGE 123, 267 (416 ff.).

<sup>111</sup> Zur Form der Bundesratsbeteiligung bei der Ratifikation von CETA vgl. Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung WD 3 - 3000 - 244/16, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/blob/489012/816319d1fc69941856899776a86dea67/wd-3-244-16-pdf-data.pdf>.

<sup>112</sup> Zur Auslegung von Art. 59 Abs. 2 GG vgl. von Arnould, Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, AöR 141 (2016), S. 268 (274 ff.); Koch, in: von Arnould/Hufeld, Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 2. Auflage 2017, § 10, Rn. 33.

<sup>113</sup> Vgl. BT-Drs. 18/10095, S. 3; von Arnould, Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, AöR 141 (2016), S. 268 (272 f.).

<sup>114</sup> Vgl. Grzeszick/Hettche, Zur Beteiligung des Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, AöR 141 (2017), S. 225 (242 ff.).

auf den Vertragsteil in mitgliedstaatlicher Zuständigkeit oder auf das Abkommen insgesamt abzustellen ist.<sup>115</sup> Bei einer Gesamtbetrachtung des Abkommens besteht im Vergleich zur Einzelbetrachtung eine höhere Wahrscheinlichkeit, dass die Voraussetzungen des Art. 59 Abs. 2 GG vorliegen. In der bisherigen Praxis umfasst die Zustimmung des Gesetzgebers den gesamten völkerrechtlichen Vertrag ungeachtet der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen EU und Mitgliedstaaten.

Mit Blick auf die unionsrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten wird zudem die Frage aufgeworfen, ob sich ihre Zustimmung und mithin auch **potenzielle Ablehnungsgründe** nur auf die Teile eines gemischten Abkommens beziehen dürfen, die die Zustimmungspflicht der Mitgliedstaaten begründen.<sup>116</sup> Generalanwältin *Sharpston* vertritt diesbezüglich in ihren Schlussanträgen im Gutachtenverfahren die Auffassung, dass die EU und die Mitgliedstaaten einem gemischten Abkommen zwar in seiner Gesamtheit zustimmen müssen. Ein Mitgliedstaat würde jedoch gegen die unionsrechtliche Zuständigkeitsverteilung verstoßen, wenn er das Abkommen aus Gründen ablehnen würde, die in die ausschließliche Außenzuständigkeit der EU fallen.<sup>117</sup> Der Vortrag der Generalanwältin lässt den Schluss zu, dass auch die EU und insbesondere das Europäische Parlament ein gemischtes Abkommen nur aus Gründen ablehnen dürfte, die in die ausschließliche Außenzuständigkeit der EU fallen.

Die **vorläufige Anwendung** eines gemischten Abkommens erfordert, soweit sie ausschließlich die in EU-Zuständigkeit liegenden Bereiche betrifft, gemäß Art. 218 Abs. 5 AEUV keine Mitwirkung der Mitgliedstaaten auf staatlicher Ebene.<sup>118</sup> Die vorläufige Anwendung setzt einen entsprechenden Beschluss des Rates voraus. Auf das diesbezügliche Handeln des deutschen Vertreters im Rat kann der Bundestag aufgrund seiner dauerhaften Integrationsverantwortung sowie im Rahmen seines Rechts auf informierte Mitwirkung in EU-Angelegenheiten gemäß Art. 23 Abs. 2 GG und – bezogen auf die Beschlussfassung des Rates als Rechtsetzungsakt der EU – seines Stellungnahme-rechts gemäß Art. 23 Abs. 3 GG Einfluss nehmen.

Sofern auch Bereiche in mitgliedstaatlicher Zuständigkeit von der vorläufigen Anwendung erfasst werden sollen, erfordert dies beim Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 59 Abs. 2 GG eine gesetzliche Zustimmung. Hierbei ist jedoch anzumerken, dass die in natio-

---

<sup>115</sup> Zur Diskussion bezüglich der Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen der EU vgl. Deutscher Bundestag, Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 13.1.2016, abrufbar unter <http://www.bundestag.de/ausschuesse18/a06/anhoerungen/Archiv/voelkerrechtliches-abkommen/399734>.

<sup>116</sup> Vgl. oben 2.3. sowie 4.1.1.2.

<sup>117</sup> GA *Sharpston*, Schlussanträge zu Gutachten 2/15 (Fn. 4), Rn. 568; a.A. Weiß, Informations- und Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestags bei gemischten Abkommen wie TTIP, DÖV 2016, S. 661 (662).

<sup>118</sup> Zur Annahme eines eigenständigen Beendigungsrechts bezüglich der vorläufigen Anwendung von CETA vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 13.10.2016, 2 BvR 1368/16 u. a., Rn. 72 sowie dementsprechend die Erklärung Deutschlands und Österreichs zur Beendigung der vorläufigen Anwendung des CETA, ABL. L 11 vom 14.1.2017, S. 15, abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114\(02\)&from=DE](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114(02)&from=DE).

---

naler Zuständigkeit liegenden Vertragsteile von Deutschland üblicherweise nicht vorläufig angewendet werden und daher in aller Regel erst nach Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten Anwendung finden.

#### 4.2. Konsequenzen des Gutachtens für EUSFTA

Ausgangspunkt für das weitere Verfahren zum Abschluss von EUSFTA ist die Feststellung des EuGH im EUSFTA-Gutachten, dass das Abkommen in seiner derzeitigen Form nicht von der EU alleine abgeschlossen werden kann.

##### 4.2.1. Verfahren auf EU-Ebene

Auf EU-Ebene kommen für das weitere Verfahren **zwei Handlungsalternativen** in Betracht, für die die Europäische Kommission als Verhandlungsführerin auf Grundlage des bestehenden Verhandlungsmandats der Kommission oder auf der Grundlage eines vom Rat erneuerten Mandats Einvernehmen mit der Republik Singapur erzielen muss.

Eine Handlungsalternative besteht darin, dass der Vertrag hinsichtlich seiner materiellen und institutionellen Regelungen unverändert bleibt und somit nach den Feststellungen des EuGH **als gemischtes Abkommen** abgeschlossen werden muss. Dies erfordert eine Ratifikation des Abkommens durch die Republik Singapur auf der einen Seite sowie durch die EU und alle Mitgliedstaaten auf der anderen Seite. Dementsprechend ist das Abkommen in diesem Fall insoweit zu ändern, als die EU-Mitgliedstaaten als Vertragsparteien aufgenommen werden müssten, ggf. in Verbindung mit einer Regelung zur kompetenziellen Abgrenzung der völkervertraglich begründeten Pflichten. Die gemäß Art. 17.12 Nr. 4 EUSFTA mögliche vorläufige Anwendung von EUSFTA wäre auf die in die Unionszuständigkeit fallenden Bereiche zu beschränken.

Eine andere Handlungsalternative könnte darin bestehen, im Einvernehmen mit der Republik Singapur die Bereiche, die gemäß den Feststellungen des EuGH nicht ohne Einverständnis der Mitgliedstaaten geregelt werden können, aus dem EUSFTA wieder herauszunehmen und ggf. in einem gesonderten Abkommen zu regeln. Vorbehaltlich der möglichen rechtlichen Trennbarkeit der Bestimmungen beträfe dies die Regelungen zu Portfolioinvestitionen und zu Investor-Staat-Streitigkeiten.<sup>119</sup> In diesem Fall könnte EUSFTA in seiner abgeänderten Fassung als **EU-only-Abkommen** abgeschlossen und ggf. in seiner Gesamtheit vorläufig angewandt werden.

In beiden Varianten stellt sich die Frage, welche Schlussfolgerungen die EU und die Mitgliedstaaten aus den *obiter dicta* des EuGH zur Vereinbarkeit der in EUSFTA vorgesehenen **Streitbelegungsmechanismen** mit dem Unionsrecht,<sup>120</sup> insbesondere mit Blick auf das Kriterium der Wahrung der Autonomie des Unionsrechts, ziehen.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> Siehe oben 3.1.3. und 3.2.2.

<sup>120</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 290, 300 ff.

<sup>121</sup> Vgl. unten 4.3.1.3.

---

#### 4.2.2. Verfahren in Deutschland

Wird EUSFTA als EU-only-Abkommen neu gefasst und kann dieses als solches abgeschlossen werden, läge die Vertragsschlusskompetenz allein bei der EU. In diesem Fall beschränkt sich die deutsche Beteiligung an der Unterzeichnung, dem Abschluss und ggf. der vorläufigen Anwendung von EUSFTA auf die Mitwirkung des deutschen Vertreters im Rat gemäß Art. 218 Abs. 5 und 6 AEUV. Im Hinblick auf die Qualifizierung von EUSFTA als EU-Angelegenheit im Sinne von Art. 23 Abs. 2 S. 1 GG muss der Deutsche Bundestag seine Mitwirkungsrechte gemäß Art. 23 Abs. 2 und 3 GG integrationsverantwortlich wahrnehmen.

Sofern EUSFTA seinem Regelungshalt nach unverändert bleibt und auch die EU-Mitgliedstaaten Vertragsparteien des Abkommens werden, muss EUSFTA von allen Vertragsparteien ratifiziert werden. In diesem Fall tritt neben die Mitwirkungsrechte des Parlaments in EU-Angelegenheiten gemäß Art. 23 Abs. 2 und 3 GG das Erfordernis einer mitgliedstaatlichen Ratifikation von EUSFTA, d.h. einer parlamentarischen Zustimmung durch Gesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG, soweit die Voraussetzungen dieser Norm vorliegen.

#### 4.3. Konsequenzen des Gutachtens für CETA

Die Zuständigkeit der EU zum Abschluss von CETA war Gegenstand kontroverser Diskussionen. Die Europäische Kommission hat schließlich am 5. Juli 2016 ihre Vorschläge zur Unterzeichnung<sup>122</sup>, zur vorläufigen Anwendung<sup>123</sup> sowie zum Abschluss<sup>124</sup> von CETA vorgelegt. Dabei ging sie aus politischen Gründen davon aus, dass CETA als gemischtes Abkommen zu schließen ist. In rechtlicher Hinsicht vertrat die Kommission dagegen weiterhin die Auffassung, dass die in diesem Vertrag geregelten Bereiche vollumfänglich in die Zuständigkeiten der EU fallen und es sich daher um ein sog. EU-only-Abkommen handelt. Entsprechend ihren Anträgen im EUSFTA-Gutachtenverfahren, in denen sie eine umfassende Vertragsschlusskompetenz der EU geltend machte, verwies die Kommission in ihren Vorschlägen zu CETA darauf, dass nach dem Vorliegen des Gutachtens die **notigen Schlüsse gezogen** werden müssten. Dieser Vorbehalt dürfte durch die Feststellungen des EuGH im EUSFTA-Gutachten gegenstandslos geworden sein. Denn auch CETA umfasst in seiner gegenwärtigen Fassung Vorschriften zu Portfolioinvestitionen und zur Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten, die seinen Abschluss als gemischtes Abkommen durch die EU und die Mitgliedstaaten erforderlich machen.

---

<sup>122</sup> KOM(2016) 444 final.

<sup>123</sup> KOM(2016) 470 final.

<sup>124</sup> KOM(2016) 443 final.

#### 4.3.1. Verfahren auf EU-Ebene

##### 4.3.1.1. Abschluss von CETA

Zwischenzeitlich wurde CETA am 30. Oktober 2016 unterzeichnet.<sup>125</sup> Im Rahmen des Beschlusses, in dem der Rat den Beschluss über die Unterzeichnung von CETA im Namen der Union angenommen hat, wurden Erklärungen von Mitgliedstaaten und Unionsorganen in das Ratsprotokoll aufgenommen.<sup>126</sup> Zudem haben sich die EU und Kanada auf ein Gemeinsames Auslegungsinstrument<sup>127</sup> geeinigt, in dem die CETA-Bestimmungen genauer erläutert werden und dem nach Art. 31 Abs. 2 lit. b) des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge Rechtskraft und eine Bindungswirkung bei der Auslegung von CETA zukommen soll.<sup>128</sup> Am 15. Februar 2017 hat das Europäische Parlament CETA zugestimmt.<sup>129</sup> Nunmehr müssen alle 28 EU-Mitgliedstaaten CETA ratifizieren, damit das Abkommen endgültig in Kraft treten kann.<sup>130</sup>

---

<sup>125</sup> Beschluss (EU) 2017/37 des Rates vom 28.10.2016 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, ABl. L 11 vom 14.1.2017, S. 1, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017D0037&from=DE>.

<sup>126</sup> Erklärungen für das Ratsprotokoll, ABl. L 11 vom 14.1.2017, S. 9, abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114\(02\)&from=DE](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114(02)&from=DE). Zur rechtlichen Wirkung der Protokollerklärungen vgl. Fachbereich PE 6 – Europa, Ausarbeitung vom 8. Dezember 2016, PE 6 - 3000 - 156/16, abrufbar unter <http://www.bundestag.de/blob/490520/e8329bdb919138d4e75e9421f2a743f8/pe-6-156-16-pdf-data.pdf>.

<sup>127</sup> Gemeinsames Auslegungsinstrument zum umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, ABl. L 11 vom 14.1.2017, S. 3, abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114\(01\)&from=DE](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114(01)&from=DE).

<sup>128</sup> Vgl. Nr. 38 der Erklärungen für das Ratsprotokoll, ABl. L 11 vom 14.1.2017, S. 9, abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114\(02\)&from=DE](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114(02)&from=DE).

<sup>129</sup> Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15.2.2017 zu dem Entwurf eines Beschlusses des Rates über den Abschluss des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (10975/2016 – C8-0438/2016 – 2016/0205(NLE)), P8\_TA(2017)0030, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0030+0+DOC+PDF+V0//DE>. Am gleichen Tag hat sich das EP zudem für das Abkommen für eine Strategische Partnerschaft zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Kanada andererseits ausgesprochen, welches seit dem 1.4.2017 von der EU vorläufig angewendet wird und die nicht-handelsbezogenen Bereiche der bilateralen Kooperation betrifft; zum Abkommen vgl. ABl. L 329 vom 3.12.2016, S. 45, abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22016A1203\(03\)&from=DE](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22016A1203(03)&from=DE) sowie zur vorläufigen Anwendung des Abkommens ABl. L 89 vom 1.4.2017, S. 1, abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0401\(02\)&from=DE](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0401(02)&from=DE).

<sup>130</sup> Zur Ratifikation von CETA durch Kanada am 17.5.2017 vgl. <http://www.parl.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Bill=C30&Language=E&Mode=1&Parl=42&Ses=1>; zu der am 21. Oktober 2016 vor dem kanadischen Bundesgericht eingereichten Klage gegen die Unterzeichnung, Ratifikation und Umsetzung von CETA (Az. T-1789-16) vgl. [http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/IndexingQueries/infp\\_RE\\_info\\_e.php?court\\_no=T-1789-16&select\\_court=T](http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/IndexingQueries/infp_RE_info_e.php?court_no=T-1789-16&select_court=T) sowie <http://www.canadianbankreformers.ca/wp-content/uploads/2016/10/Court-Documents.pdf>.

#### 4.3.1.2. Vorläufige Anwendung von CETA

Damit Teile von CETA bereits vor dem endgültigen Inkrafttreten zur Anwendung kommen können,<sup>131</sup> kann CETA gemäß Art. 30.7 Abs. 3 a) **CETA vorläufig angewendet** werden. Auf EU-Seite hat der Rat am 28. Oktober 2016 gemäß Art. 218 Abs. 5 AEUV die vorläufige Anwendung von CETA beschlossen.<sup>132</sup> Der Beschluss stand unter dem – nunmehr erfüllten – Vorbehalt einer Zustimmung des Europäischen Parlaments zum Abschluss von CETA. Zudem war der Beschluss in kompetenzieller Hinsicht determiniert durch den **Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung**.<sup>133</sup> Danach kann sich die auf Art. 218 Abs. 5 AEUV gestützte vorläufige Anwendung nur auf die Teile von CETA erstrecken, die jedenfalls in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fallen.<sup>134</sup> Dementsprechend sah der Ratsbeschluss materielle Einschränkungen der vorläufigen Anwendung von CETA vor. Gemäß Art. 2 des Beschlusses (EU) 2017/38 werden u. a. Regelungen zu materiellen Investitionsschutzbestimmungen, soweit sie nicht ausländische Direktinvestitionen betreffen, zu Finanzdienstleistungen sowie zur Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten nicht von der vorläufigen Anwendung erfasst.

Die gemäß Art. 2 des Beschlusses (EU) 2017/38 von der vorläufigen Anwendung ausgenommenen Regelungen betreffen auch die vom EuGH im EUSFTA-Gutachten identifizierten Bereiche der zwischen der Union und den Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeit. Ausnahmen von der vorläufigen Anwendbarkeit durch den Beschluss (EU) 2017/38, die gemäß den Feststellungen des EuGH im EUSFTA-Gutachten auch Gegenstände in ausschließlicher Unionszuständigkeit betreffen, sind in rechtlicher Hinsicht unschädlich. Der EU steht es frei, auch solche Teile des Abkommens nicht vorläufig anzuwenden, die von ihr verantwortet werden. Die Entscheidung über eine Anpassung der Reichweite der vorläufigen Anwendung wäre in diesem Fall eine rein (vertrags-)politische.

#### 4.3.1.3. Vereinbarkeit der Streitbeilegungsmechanismen von CETA mit dem Unionsrecht

Der EuGH geht in seinem Gutachten nicht darauf ein, ob der Inhalt des EUSFTA mit dem Unionsrecht vereinbar ist.<sup>135</sup> Dies betrifft insbesondere die Frage nach der Vereinbarkeit des in Kapitel 15 EUSFTA vorgesehenen Mechanismus zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien. Diesbezüglich verweist der EuGH ausdrücklich auf das Kriterium der Wahrung

---

<sup>131</sup> Siehe oben 4.1.1.2.

<sup>132</sup> Beschluss (EU) 2017/38 des Rates vom 28.10.2016 über die vorläufige Anwendung des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, ABl. L 11 vom 14.1.2017, S. 1080, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017D0038&from=DE>.

<sup>133</sup> Vgl. EuGH, Urt. vom 28.4.2015, C-28/12 (Kommission/Rat), Rn. 47.

<sup>134</sup> Zur vorläufigen Anwendung von Regelungen im Bereich der geteilten Zuständigkeiten vgl. oben 2.3. und 4.1.1.2.

<sup>135</sup> Siehe oben 2.1.

---

der Autonomie des Unionsrechts.<sup>136</sup> Dieses Kriterium, das der EuGH zuletzt in seinem Gutachten zum Beitritt der EU zur EMRK bekräftigt hat,<sup>137</sup> ist von maßgeblicher Bedeutung für die unionsrechtliche Bewertung von Streitbeilegungsmechanismen in anderen Freihandelsabkommen sowie für die Ausgestaltung eines Streitbeilegungsmechanismus im Rahmen des Abkommens gemäß Art. 50 AEUV über den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU.<sup>138</sup>

Eine Gelegenheit zur Prüfung, ob die Inhalte der Freihandelsabkommen der neuen Generation, namentlich die ISDS-Bestimmungen, mit dem Unionsrecht vereinbar sind, zeichnet sich für den EuGH im Rahmen des Abschlusses von CETA ab. Vor dem Hintergrund der Vorbehalte der Region Wallonie betreffend CETA hat die föderale Regierung des Königreichs Belgien erklärt, ein Gutachten gemäß Art. 218 Abs. 11 AEUV über die Vereinbarkeit von Kapitel 8 CETA betreffend die ISDS-Regelungen mit dem Unionsrecht einzuholen.<sup>139</sup>

#### 4.3.2. Verfahren in Deutschland

##### 4.3.2.1. Parlamentarische Mitwirkung beim Abschluss von CETA

Mit Blick auf die Feststellungen des EuGH im EUSFTA-Gutachten ergibt sich jedenfalls aus den Bestimmungen in CETA betreffend Portfolioinvestitionen und zur Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten das Erfordernis des Abschlusses von CETA als gemischtes Abkommen durch die EU und die Mitgliedstaaten. Sowohl im Bundestag als auch durch die Bundesregierung wird die Auffassung geteilt, dass das innerstaatliche Verfahren zur Ratifikation von CETA in Deutschland eine parlamentarische Zustimmung gemäß Art. 59 Abs. 2 GG erfordert.<sup>140</sup> Parallel hierzu bestehen die parlamentarischen Mitwirkungsrechte in EU-Angelegenheiten gemäß Art. 23 Abs. 2 und 3 GG, die der Bundestag im Rahmen seiner Integrationsverantwortung wahrzunehmen hat.

---

<sup>136</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 301.

<sup>137</sup> EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK), Rn. 178 ff.

<sup>138</sup> Vgl. Herrmann, *The Role of the Court of Justice of the European Union in the Emerging EU Investment Policy*, *The Journal of World Investment & Trade* 15 (2014), S. 570 (580 ff.); Hindelang, *Repellent Forces: The CJEU and Investor-State Dispute Settlement*, *Archiv des Völkerrechts* 53 (2015), S. 68 (71 ff.); Pechstein/Kubicki, in: Pechstein/Nowak/Häde, *Frankfurter Kommentar*, 2017, Art. 19 EUV, Rn. 36 ff., 51 ff.

<sup>139</sup> Vgl. Nr. 37 der Erklärungen für das Ratsprotokoll, ABl. L 11 vom 14.1.2017, S. 9, abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114\(02\)&from=DE](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114(02)&from=DE) sowie diesbezügliche Erklärung des belgischen Premierministers, abrufbar unter [https://www.rtf.be/info/belgique/detail\\_le-conseil-des-ministres-adopte-le-projet-de-loi-approuvant-le-ceta?id=9623914](https://www.rtf.be/info/belgique/detail_le-conseil-des-ministres-adopte-le-projet-de-loi-approuvant-le-ceta?id=9623914).

<sup>140</sup> Vgl. BT-Drs. 18/11068, S. 2 ff.

#### 4.3.2.2. Verfahren vor dem BVerfG

In Deutschland soll die Ratifikation erst nach Abschluss der Entscheidungen des BVerfG in der Hauptsache zu den CETA betreffenden Verfassungsbeschwerden<sup>141</sup> bzw. dem Organstreitverfahren<sup>142</sup> erfolgen.<sup>143</sup> Die Verfahren richten sich gegen die Unterzeichnung, die vorläufige Anwendung und den Abschluss von CETA.

Die Antragsteller in den Verfassungsbeschwerdeverfahren machen im Wesentlichen geltend, dass ihre Rechte aus Art. 38 Abs. 1 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 1 und 2 GG verletzt würden. Die EU sei nicht zuständig für die Aushandlung und den Abschluss eines Abkommens mit dem Vertragsinhalt von CETA. Die Voraussetzungen der *ultra-vires*-Kontrolle sowie der Identitätskontrolle lägen daher vor.

Im Organstreitverfahren trägt die Antragstellerin u. a. vor, dass Rechte des Parlaments durch die Nichtablehnung von CETA durch die Bundesregierung als Antragsgegnerin verletzt seien. Für eine Reihe der ausgehandelten Materien bestehe keine Kompetenz der EU. Durch den Abschluss von CETA werde die unions- und verfassungsrechtliche Kompetenzordnung missachtet und für die demokratische Selbstbestimmung zentrale Politikbereiche der Disposition des Bundestages entzogen. Sie beruft sich auf Art. 23 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Art. 59 Abs. 2 GG und macht diese Rechte in Prozesstandschaft geltend.

##### 4.3.2.2.1. Erlass einer einstweiligen Anordnung

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 13. Oktober 2016 die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt, die sich gegen eine Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union zur Unterzeichnung, zum Abschluss und zur vorläufigen Anwendung von CETA gerichtet haben. Die Ablehnung erfolgte dabei ungeachtet offener Fragen der Zulässigkeit und Begründetheit der Verfassungsbeschwerden und des Organstreitverfahrens.

In seiner Entscheidung, die auf einer Abwägung der Folgen des Erlasses einer einstweiligen Anordnung beruht (§ 32 Abs. 1 BVerfGG<sup>144</sup>), stellte das BVerfG fest, dass die negativen Folgen für die Allgemeinheit überwiegen, wenn eine einstweilige Anordnung erginge. So sei zwar eine potenzielle Überschreitung des zustimmungsgesetzlich gebilligten Integrationsprogramms und mit hin ein Handeln der EU *ultra vires* dann nicht auszuschließen, wenn der Beschluss des Rates über die vorläufige Anwendung von CETA Bereiche betreffe, in denen die EU keine ausschließliche Zuständigkeit besitzt. Ebenso könne sich die demokratische Legitimation und Kontrolle von

---

<sup>141</sup> Verfahren 2 BvR 1368/16, 2 BvR 1444/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvR 1823/16.

<sup>142</sup> Verfahren 2 BvE 3/16.

<sup>143</sup> Zur Überprüfung der Vereinbarkeit von CETA mit der französischen Verfassung durch das französische Verfassungsgericht vgl. Conseil constitutionnel, n° 2017-749 DC, abrufbar unter <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/actualites/2017/instruction-de-l-affaire-2017-749-dc.148838.html>.

<sup>144</sup> Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.8.1993, BGBl. 1993 I S. 1473, zuletzt geändert durch Artikel 8 der Verordnung vom 31.8.2015, BGBl. 2015 I S. 1474.

Beschlüssen der CETA-Ausschüsse, die die mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten oder die Reichweite des Integrationsprogramms betreffen, im Rahmen der vorläufigen Anwendung von CETA als prekär erweisen. Diese Risiken könnten jedoch durch konkrete Vorkehrungen praktisch ausgeschlossen werden. Diesbezüglich forderte das BVerfG, dass bestimmte Bereiche von der vorläufigen Anwendung ausgenommen bleiben müssen und eine gesicherte Einwirkungsmöglichkeit auf die Entscheidungen der CETA-Ausschüsse gewährleistet ist.<sup>145</sup>

#### 4.3.2.2.2. Hauptsacheverfahren

Im Hinblick auf die erforderliche Legitimation von CETA stellt sich im Hauptsacheverfahren die Frage nach der Zuordnung der Vertragsschlusskompetenz zwischen der EU und den Mitgliedstaaten. Grundlage für die Entscheidung des BVerfG ist das zustimmungsgesetzlich gebilligte<sup>146</sup> und damit demokratisch legitimierte Integrationsprogramm.<sup>147</sup>

Nach Ansicht des BVerfG besitzt die EU keine Vertragsschlusskompetenz für die materiellen Regelungen in CETA zu Portfolioinvestitionen, zum Investitionsschutz, zum internationalen Seeverkehr in Bezug auf Feeder-Dienstleistungen und maritime Dienstleistungen, zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen und zum Arbeitsschutz.<sup>148</sup> Hierbei stellt das BVerfG auf das Bestehen einer ausschließlichen EU-Zuständigkeit im Rahmen der Gemeinsamen Handelspolitik ab. Die Möglichkeit von EU-Kompetenzen auf Grundlage ausschließlicher impliziter Außenzuständigkeiten auf Grundlage von Art. 3 Abs. 2 AEUV wird hingegen ebenso wenig erörtert wie etwaige geteilte Außenzuständigkeiten nach Art. 216 Abs. 1 AEUV. Demgegenüber stellt der EuGH im EUSFTA-Gutachten zur Begründung einer ausschließlichen Außenzuständigkeit der EU auf ein weites Verständnis ihrer Zuständigkeit im Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik ab.<sup>149</sup> Nach dem Verständnis des EuGH werden alle vom BVerfG genannten materiell-rechtlichen Bereiche mit Ausnahme der Portfolioinvestitionen entweder von Art. 207 Abs. 1 AEUV oder Art. 3 Abs. 2 Var. 2 AEUV erfasst. Auch für den Bereich der Portfolioinvestitionen lassen sich insoweit Unterschiede ausmachen, als er durch den EuGH den geteilten Zuständigkeiten zugeordnet wird.

Die Erörterung einer Vertragsschlusskompetenz ist im Hauptsacheverfahren auch im Hinblick auf die Diskussion zu erwarten, ob mit CETA Hoheitsrechte auf das Gerichts- und Ausschusssystem übertragen bzw. weiterübertragen werden.<sup>150</sup> Diesbezüglich hat das BVerfG in seiner Entschei-

---

<sup>145</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 13.10.2016, 2 BvR 1368/16 u. a., Rn. 66 ff.; zur Umsetzung der in diesem Urteil genannten Maßgaben siehe oben 4.3.1.2. sowie BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 7.12.2016, 2 BvR 1444/16.

<sup>146</sup> Art. 23 Abs. 1 S. 2 und 3 GG i. V. m. Art. 79 Abs. 2 GG.

<sup>147</sup> BVerfGE 123, 267 (353 ff., 400 ff., 416 ff.); 126, 286 (304 ff.); 134, 366 (392 ff.); 142, 123 (200 ff.).

<sup>148</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 13.10.2016, 2 BvR 1368/16 u. a., Rn. 52 ff.

<sup>149</sup> Siehe oben 3.1.1.

<sup>150</sup> Zur Diskussion vgl. Schiffbauer, Über Hoheitsrechte und deren "Übertragbarkeit", AöR 141 (2016), S. 551 (581 ff.).

derung vom 13. Oktober 2016 Zweifel daran geäußert, ob eine solche Übertragung von dem primärrechtlich in Art. 207, 216 Abs. 1 und 218 AEUV festgelegten Integrationsprogramm erfasst bzw. ob eine weite Auslegung dieser Vorschriften vom Integrationsprogramm gedeckt sein kann.<sup>151</sup> Der EuGH misst institutionellen Bestimmungen eines Abkommens Hilfscharakter zu und betont die kompetenzielle Akzessorietät der Zuständigkeit für die Einrichtung vertragsinterner Ausschuss- und Gerichtssysteme.<sup>152</sup> Gemäß den Feststellungen des EuGH im EUSFTA-Gutachten besteht insoweit eine EU-Zuständigkeit, als die betreffenden institutionellen Regelungen zu Organen und Streitbeilegungsmechanismen materiell-rechtliche Bestimmungen flankieren, die in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen. Die Feststellung einer Vertragsschlusskompetenz für CETA ist dementsprechend bedingt durch die – potenziell unterschiedlichen – Bewertungen bezüglich der Zuständigkeiten für andere materiell-rechtliche Verpflichtungen.

Die Einschätzungen des BVerfG zum Bestehen einer Vertragsschlusskompetenz sind nicht kongruent mit den Feststellungen des EuGH im EUSFTA-Gutachten. Soweit sich die Feststellungen des EUSFTA-Gutachtens auf CETA übertragen lassen, stellt sich im Hauptsacheverfahren die Frage, ob sich die vom EuGH zu den Vertragsschlusskompetenzen der EU vorgenommene Auslegung des Unionsrechts im Rahmen seines zustimmungsgesetzlich gebilligten und in Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV unionsvertraglich normierten Mandats bewegt.<sup>153</sup> Dies dürfte insbesondere die Feststellungen des EuGH zum weiten Verständnis der ausschließlichen Außenzuständigkeiten der EU im Rahmen der Gemeinsamen Handelspolitik und von Art. 3 Abs. 2 AEUV betreffen.<sup>154</sup>

Im Hauptsacheverfahren stellt sich schließlich auch die vom BVerfG aufgeworfene Frage nach der Sicherung der demokratischen Legitimation und Kontrolle im Hinblick auf das CETA-Ausschussystem.<sup>155</sup> Dies betrifft einerseits die Legitimationsgrundlagen der behaupteten Weiterübertragung von Hoheitsrechten durch CETA auf das Gerichts- und Ausschussystem; andererseits steht die demokratische Legitimation und Kontrolle der Beschlüsse in den CETA-Ausschüssen im Streit. Für die Bewertung dieser Fragen sind die Grundsätze des Demokratieprinzips (Art. 1 und 20 GG) als Teil der Verfassungsidentität des Grundgesetzes und materielle Grenzen der deutschen Teilhabe am europäischen Integrationsprozess maßgeblich.<sup>156</sup> Das Demokratieprinzip verlangt eine hinreichende Legitimation der Staatsgewalt durch das deutsche Volk und dementsprechend einen ausreichenden Einfluss des Deutschen Bundestages im Hinblick auf den Einfluss von supranationalen oder internationalen Verpflichtungen auf die Ausübung der Staatsgewalt.<sup>157</sup> Im Hinblick auf die Anforderungen an die demokratische Legitimation von CETA ist zwischen

---

<sup>151</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 13.10.2016, 2 BvR 1368/16 u. a., Rn. 58.

<sup>152</sup> EuGH, Gutachten 2/15 (Fn. 1), Rn. 275 ff.; vgl. hierzu oben 3.2.1.

<sup>153</sup> Vgl. BVerfGE 142, 123 (200 ff.; 205 ff.).

<sup>154</sup> Siehe oben 3.3.

<sup>155</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 13.10.2016, 2 BvR 1368/16 u. a., Rn. 59 ff.

<sup>156</sup> BVerfGE 140, 316 (336 ff.); 142, 123 (194 ff., 203).

<sup>157</sup> Vgl. Proelß, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gemischter EU-Handelsabkommen: Das Beispiel CETA, ZEuS 2016, S. 401 (411 ff.); Rathke, in: von Arnould/Hufeld, Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 2. Auflage 2017, § 7, Rn. 12 ff.

---

den Zuständigkeitsbereichen der EU und der Mitgliedstaaten zu differenzieren. Dabei sind die Feststellungen des EuGH bezüglich der Zuständigkeit zur Einrichtung von Mechanismen der Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien als kompetenzielle Vorfragen zu berücksichtigen.

## 5. Fazit

Der EuGH sieht beinahe sämtliche materiell-rechtlichen Regelungen des EUSFTA in der ausschließlichen Zuständigkeit der Union angesiedelt. Ausgenommen sind lediglich die Vorgaben zu Portfolioinvestitionen, die der zwischen der EU und den Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeit zugeordnet werden. Diese Zuständigkeitsverteilung gründet auf seinem weiten Verständnis der Gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 207 Abs. 1 AEUV, der großzügigen Möglichkeit einer ausschließlichen Außenzuständigkeit der EU nach Art. 3 Abs. 2 AEUV und dem Ansatz, dass Vertragsbestimmungen von äußerst begrenzter Tragweite für die Zuständigkeitsbestimmung ohne eigene Bedeutung sind. Die Zuständigkeit für die institutionellen Regelungen bestimmt sich laut EuGH grundsätzlich nach den materiell-rechtlichen Regelungen eines Abkommens, deren Wirksamkeit die institutionellen Bestimmungen sicherstellen. Somit fallen auch die meisten institutionellen Regelungen des EUSFTA in die alleinige Zuständigkeit der EU, mit Ausnahme der institutionellen Bestimmungen, die sich auf Portfolioinvestitionen beziehen, und den Vorgaben zum Investor-Staat-Schiedsverfahren, soweit die Mitgliedstaaten als Streitparteien betroffen sind.

Es sind nur die sich auf Portfolioinvestitionen und Investor-Staat-Schiedsverfahren unter Beteiligung der Mitgliedstaaten beziehenden Bestimmungen des EUSFTA, die nach dem Gutachten die Notwendigkeit begründen, das Freihandelsabkommen mit Singapur als gemischtes zu schließen. Da es sich dabei nach EuGH um geteilte Zuständigkeiten handelt, werden die Aussagen im Gutachten zur Vertragsschlusskompetenz unterschiedlich bewertet. Strittig ist, ob aus ihnen der Schluss gezogen werden kann, dass in allen Fällen, in denen Freihandels- und andere EU-Übereinkünfte Bereiche regeln, die in eine geteilte Zuständigkeit fallen, obligatorisch gemischte Abkommen zu schließen sind.

Kern des Problems ist der Begriff der geteilten Zuständigkeiten im Singapur-Gutachten. Es stellt sich die Frage, ob und ggf. wie das Verständnis des EuGH mit der Legaldefinition geteilter Zuständigkeiten in Art. 2 Abs. 2 AEUV in Übereinstimmung gebracht werden kann. Denn danach würde die EU entscheiden können, ob sie die betreffenden geteilten Zuständigkeiten selbst wahrnimmt und damit das jeweilige Abkommen allein abschließt. Die Aussagen des EuGH weisen dagegen eher dahin, dass geteilte (externe) Zuständigkeiten eine eigene Kompetenzkategorie bilden, die stets ein Tätigwerden der Union und der Mitgliedstaaten erfordert. Damit würde zum einen der Rechtsfigur fakultativ gemischter Abkommen eine Absage erteilt. Zum anderen wären EU-only-Abkommen danach nur dann zu schließen, wenn Übereinkünfte – mit Ausnahme von Vertragsbestimmungen von äußerst begrenzter Tragweite – vollumfänglich auf ausschließlichen Außenzuständigkeiten der EU beruhen.

Die Bestimmung der Zuständigkeiten für EU-Freihandelsabkommen der neuen Generation darf – trotz dieser dogmatischen Unklarheiten – nach dem EUSFTA-Gutachten als weitgehend geklärt gelten. Ob sie als EU-only oder gemischte Abkommen zu schließen sind, wird zukünftig vom Rat und damit faktisch weitgehend von den Mitgliedstaaten abhängen, die nach Art. 218 AEUV abschließend über die zu verhandelnden Abkommensinhalte entscheiden, ggf. einstimmig zur Überstimmung anders lautender Vorschläge der Kommission. Bei Verzicht auf Regelungen zu

---

Portfolioinvestitionen sowie auf ISDS können solche Übereinkommen auf Grundlage der Gemeinsamen Handelspolitik sowie der ausschließlichen impliziten Außenzuständigkeiten der EU dem Grunde nach als EU-only-Abkommen geschlossen werden. Vor diesem Hintergrund kommt den rechtlichen Unklarheiten im Zusammenhang mit dem Verständnis geteilter Außenzuständigkeiten eine nur geringe Bedeutung zu.

Für das weitere Verfahren zum Abschluss von EUSFTA ergeben sich aus dem Gutachten zwei Handlungsalternativen: Entweder bleibt das Abkommen hinsichtlich seiner materiellen und institutionellen Regelungen unverändert und wird als gemischtes Abkommen abgeschlossen. Oder der Inhalt von EUSFTA wird von der EU im Einvernehmen mit Singapur so geändert, dass es als EU-only-Abkommen abgeschlossen werden kann.

Das EUSFTA-Gutachten enthält keine Feststellungen zur Unionsrechtskonformität der einzelnen Bestimmungen des EUSFTA. Hierzu hat der EuGH aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht Stellung nehmen können. Dies hebt er in *obiter dicta* bezüglich der Vereinbarkeit der in EUSFTA vorgesehenen Streitbeilegungsmechanismen mit dem Unionsrecht, insbesondere im Hinblick auf das Kriterium der Wahrung der Autonomie des Unionsrechts, hervor. Eine Befassung des EuGH mit dieser Frage zeichnet sich für die in CETA vereinbarten ISDS-Mechanismen ab.

Die Feststellungen des EUSFTA-Gutachtens sind schließlich auch von Bedeutung für das weitere Verfahren zum Abschluss von CETA. Hierfür ist aus deutscher Sicht die Entscheidung des BVerfG über Verfassungsbeschwerden bzw. ein Organstreitverfahren maßgeblich, die sich gegen die Unterzeichnung, die vorläufige Anwendung und den Abschluss von CETA richten. In diesen Verfahren steht eine Entscheidung in der Hauptsache aus. Mit Blick auf die Ausführungen des BVerfG in seiner Entscheidung vom 13. Oktober 2016 stellt sich im Hauptsacheverfahren u. a. die Frage nach der Zuordnung der Vertragsschlusskompetenz auf der Grundlage und in den Grenzen des zustimmungsgesetzlich gebilligten Integrationsprogramms. Hierbei ist eine kritische Auseinandersetzung des BVerfG mit den Feststellungen des EuGH im EUSFTA-Gutachten zu den ausschließlichen und geteilten Vertragsschlusskompetenzen zu erwarten. Darüber hinaus stellt sich im Hauptsacheverfahren die Frage nach der demokratischen Legitimation und Kontrolle des CETA-Ausschusssystem nach Maßgabe des Demokratieprinzips als Teil der Verfassungsidentität des Grundgesetzes.