

# Das CETA-Urteil des Bundesverfassungsgerichts – Nach der Unterzeichnung ist vor der Ratifikation

Rhea Tamara Hoffmann\*

## Inhalt

A. Einleitung	459
B. Verhandlungshintergrund und Gegenstand des CETA	460
C. Die wichtigsten Grundzüge des Urteils	463
D. Folgenabwägung und Vorkehrungen zur Abmilderung möglicher Nachteile	464
I. Exkurs: Ultra-vires-Akt und Verfassungsidentität	465
II. Die drei Vorkehrungen im Fokus	467
1. Umfang der vorläufigen Anwendbarkeit des CETA	468
2. CETA-Ausschüsse und demokratische Legitimation	471
3. Einseitige Beendigung der vorläufigen Anwendung des CETA durch die Bundesrepublik Deutschland	472
E. Umsetzung der Vorkehrungen des BVerfG im Ratsbeschluss	473
F. Ausblick auf den Ratifikationsprozess	474

## A. Einleitung

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) musste sich jüngst im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes mit dem Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und Kanada (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, CETA) auseinandersetzen. In seinem Urteil vom 13. Oktober 2016<sup>1</sup> lehnt das BVerfG die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 32 BVerfGG nach Maßgabe der Gründe ab. Aus den Gründen des Urteils ergeben sich drei praktische Erwägungen des BVerfG, denen dieser Beitrag nachgeht. Nach Darstellung des Verhandlungshintergrunds und Inhalts des CETA (B.) werden die wichtigsten Grundzüge des Urteils erläutert, das für den deutschen Vertreter im Rat den Weg freimachte, CETA zuzustimmen (C.). Der Beitrag analysiert die vom BVerfG im Rahmen des Eilrechtsschut-

\* Ass. iur. Rhea Tamara Hoffmann ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Prof. Dr. Markus Krajewski, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Herzlicher Dank für inhaltliche und stilistische Anmerkungen zu diesem Beitrag gilt Dr. Hilde Farthofer, Prof. Dr. Markus Krajewski, Anja Nestler und den TeilnehmerInnen der Vortragsreihe „Wirtschaft, Migration und Recht“ an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

1 BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 – 2 BvR 1368/16, Rn. 1-73.

zes angestellte Folgenabwägung und argumentiert, dass die Vorehrungen, die das BVerfG zur Abmilderung möglicher Nachteile aufstellte, teilweise unverständlich und widersprüchlich sind (D.). Sodann überprüft der Beitrag die Umsetzung der im Urteil angelegten Vorehrungen in den Erklärungen zum Ratsbeschluss (E.). Der Beitrag schließt mit einem kurzen Blick auf den Ratifikationsprozess ab (F.).

## B. Verhandlungshintergrund und Gegenstand des CETA

Die CETA-Verhandlungen, die seit 2009 andauerten, verliefen zunächst weitestgehend ohne große öffentliche Aufmerksamkeit. Zumindest in der breiten Öffentlichkeit ist die Aufmerksamkeit für CETA stetig mit derjenigen für die geplante *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) zwischen der Europäischen Union und den USA gewachsen.

Die Verhandlungsführer haben die CETA-Verhandlungen im August 2014 abgeschlossen und den Text im darauffolgenden Monat bekannt gemacht. Am 29. Februar 2016 veröffentlichten die EU und Kanada einen nochmals überarbeiteten Text. Dieser Text stellt das Ergebnis einer Rechtsförmlichkeitsprüfung (sogenanntes „*legal scrubbing*“) des bereits 2014 veröffentlichten Entwurfs dar.

Die Vertragsparteien einigten sich jedoch im Rahmen der Überprüfung des CETA-Textes überraschend im Bereich des Investitionsschutzes auf einen im Vergleich zu klassischen Investitionsschutzabkommen stark reformierten Ansatz. Dieser Ansatz beruht in weiten Teilen auf dem Vorschlag für ein mögliches Investitionsschutzkapitel in TTIP, den die EU-Kommission im November 2015 vorlegte.<sup>2</sup> Hintergrund dieser Änderungen ist die neue Handels- und Investitionsrechtsstrategie der Europäischen Kommission,<sup>3</sup> die eine Reaktion auf die starke öffentliche Kritik am Investitionsschutz im TTIP darstellt. Insbesondere die Reform des Streitschlichtungsmechanismus für Investor-Staat-Streitigkeiten verzeichnet eine Abkehr vom alten Ansatz. Anstelle *ad hoc* gebildeter Schiedsgerichte, sollen Investitionsstreitigkeiten von einem Investitionstribunal mit Berufungsinstanz entschieden werden.

Mit den in CETA enthaltenen Reformen geht jedoch keine grundsätzliche Abkehr vom bestehenden Investitionsschutzregime einher.<sup>4</sup> Dies gilt sowohl für die in CETA enthaltenen materiellen Investitionsschutzstandards als auch eingeschränkt für die prozessuale Ausgestaltung der Streitbeilegung. Zwar werden mit der Etablierung eines Investitionstribunals mit Berufungsstruktur, gewählten Mitgliedern und erhöhter Transparenz einige prozedurale Mängel des bisherigen schiedsgerichtlichen Systems

2 Europäische Kommission, *Transatlantic Trade and Investment Partnership: Trade in Services, Investment and E-commerce, Chapter II, EU's Proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes*, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf) (23.11.2016). Hierzu ausführlicher *Krajewski/Hoffmann*, Der Vorschlag der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016.

3 Europäische Kommission, *Handel für alle – hin zu einer verantwortungsbewussteren Handels- und Investitionspolitik*, 2015.

4 Siehe für eine dahingehende Analyse der Investitionsschutzpolitik der EU Kommission, *Krajewski/Hoffmann*, Das internationale Investitionsschutzregime zwischen Reform und Revolution, KSzW 2016, S. 131 ff.

beseitigt. Der aus rechtsstaatlicher Sicht zufordernden Garantie vollkommener richterlicher Unabhängigkeit kann das neue System jedoch noch nicht gerecht werden.<sup>5</sup> Den vielbeachteten Reformen in der Streitbeilegung stehen weniger weitreichende Reformen im materiellen Investitionsschutz entgegen. Nach wie vor bleibt die Ausformung des materiellen Investitionsschutzes an den wesentlichen Stellen vage. Die traditionellen Investitionsschutzstandards bleiben im Kern bestehen, anstelle das materielle Schutzniveau auf das der Inländergleichbehandlung zu begrenzen.<sup>6</sup> Diesen Schritt hätten die Vertragsparteien als etablierte Rechtsstaaten mit annähernd ähnlichem Niveau im Eigentumsschutz durchaus wagen können. Auch die eingefügte Klausel zum Schutz des Rechts auf Regulierung („right to regulate“) bleibt zu vage, um damit auszuschließen, dass regulative Maßnahmen, die im öffentlichen Interesse getroffen werden (z.B. Arbeits-, Sozial- und Umweltschutzgesetze), nicht zu einer Schadensersatzpflicht führen.

Der reformierte Investitionsschutz in CETA basiert weiterhin auf der Prämisse, ausländischen Investoren prozessuale wie materielle Sonderrechte zu bieten, ohne ihnen konkrete Pflichten aufzuerlegen. Gerade im Hinblick auf eine Standardsetzung im Bereich der nachhaltigen Entwicklung hätten die Vertragsparteien mit ambitionierten Kapiteln zu Umwelt, Arbeit und Menschenrechten ihrer Vorreiterrolle gerecht werden können. Sie hätten in diesen Kapiteln des CETA beispielsweise bindende Pflichten der Vertragsparteien einem ebenso effektiven wie rechtsverbindlichen Streitbeilegungsmechanismus unterwerfen können.<sup>7</sup>

Unter anderem in Hinblick auf den Investitionsschutz ist nach wie vor zwischen einigen Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission umstritten, ob die EU in diesem Bereich über eine ausschließliche Vertragsschlusskompetenz verfügt.<sup>8</sup> Bereits im Juli 2015 beantragte die Europäische Kommission daher nach Art. 218 Abs. 11 AEUV ein Gutachten des EuGH, um Umfang und Art der Zuständigkeit der Union im EU-Singapur Freihandelsabkommen (EUSFTA) zu klären.<sup>9</sup> In dieser Rechtssache vertritt die Kommission entgegen der Ansicht einiger Mitgliedstaaten die Meinung, dass die Union die erforderliche Zuständigkeit besäße, um das EUSFTA alleine abzuschließen bzw. dass zumindest eine geteilte Zuständigkeit vorlage. Im Juni 2016 wurde bekannt, dass die Europäische Kommission plane CETA ohne Ratifikation

5 So ebenfalls in Bezug auf die vergleichbaren Vorschläge der Kommission für ein Investitionsgerichtshofsystem in TTIP: *Van Harten*, Key Flaws in the European Commission's Proposals for Foreign Investor Protection in TTIP, Osgoode Hall Law School, Legal Studies Research Paper Series No. 16/2016; *Marwedel*, „Reformierter“ Investitionsschutz in TTIP: Zwei Schritte voran – und gegen die Wand, Verfassungsblog v. 3.12.2015.

6 So beispielsweise auch in BMWi, Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA, erstellt von *Krajewski*.

7 Siehe für Textvorschläge diesbezüglich *Krajewski/Hoffmann*, Alternative Model for a Sustainable Development Chapter and related provisions in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2016.

8 Siehe übersichtsartig hierzu *Hahn*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 207, Rn. 23 ff.

9 EuGH, Gutachten 2/15, ABl. C 363 v. 3.11.2015, S. 18.

durch die EU-Mitgliedstaaten zu verabschieden.<sup>10</sup> Hintergrund ist die Einschätzung der Kommission, dass sämtliche Politikbereiche in CETA in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fielen. Einige Mitgliedstaaten stellten sich dagegen, allen voran Deutschland mit Bundeswirtschaftsminister *Gabriel*, der dieses Vorgehen kurz nach dem Brexit-Referendum der Briten als „töricht“ bezeichnete.<sup>11</sup> Der Protest blieb nicht lange ohne Wirkung. Am 5. Juli 2016 unterbreitete die Europäische Kommission dem Rat der Europäischen Union den Vorschlag, dass die Unterzeichnung des CETA im Namen der Europäischen Union *und* der Mitgliedsstaaten als sogenanntes „gemischtes Abkommen“ erfolgen solle.<sup>12</sup> Allerdings blieb die Europäische Kommission bei ihrer juristischen Einschätzung und betonte, es handle sich um eine rein politische Entscheidung.<sup>13</sup> Da die Kommission diese juristische Auffassung auch im Gutachtenverfahren vor dem EuGH zum EUSFTA vertritt, war dieser Hinweis der Kommission unvermeidlich.

Ferner schlug die Kommission vor, das gesamte Abkommen gemäß Art. 218 Abs. 5 AEUV in Verbindung mit Art. 30.7 Abs. 3 CETA für vorläufig anwendbar zu erklären.<sup>14</sup> Durch die Erklärung der vorläufigen Anwendbarkeit eines Abkommens werden bereits vor dem Inkrafttreten des Abkommens völkerrechtliche Rechte und Pflichten der Vertragsparteien begründet.<sup>15</sup> Bezüglich der vorläufigen Anwendbarkeit korrigierte sich die Kommission jedoch kurze Zeit später und erklärte es würden nur diejenigen Bereiche des Abkommens vorläufig angewendet werden, die in die Vertragsschlusskompetenz der Union fielen.<sup>16</sup>

- 10 ZEIT Online v. 10.6.2016, Freihandelsabkommen – EU könnte Ceta ohne Parlamente verabschieden, [www.zeit.de/politik/2016-06/freihandelsabkommen-eu-kommission-kanada-ceta-parlamente](http://www.zeit.de/politik/2016-06/freihandelsabkommen-eu-kommission-kanada-ceta-parlamente) (23.11.2016).
- 11 FAZ v. 29.6.2016, Reaktion auf Ceta: Der „unglaublich törichte“ Juncker, [www.faz.net/aktuell/politik/europaeische-union/reaktion-auf-ceta-der-unglaublich-toerichte-juncker-14315300.html](http://www.faz.net/aktuell/politik/europaeische-union/reaktion-auf-ceta-der-unglaublich-toerichte-juncker-14315300.html) (23.11.2016). Nach der zeitlichen Verzögerung aufgrund der Haltung der belgischen Bundesregierung wurde auch wieder vermehrt ein Abschluss von EU Freihandelsabkommen als „EU-only Abkommen“ gefordert. Zu den demokratieverachtenden Folgen einer solchen Forderung, siehe *Goldmann, Ganz Gallien? Fehlschlüsse aus dem wallonischen CETA-Veto*, Verfassungsblog v. 24.10.2016.
- 12 Europäische Kommission, Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, KOM (2016) 443 endg. v. 5.7.2016, Ratsdok.-Nr. 10970/16.
- 13 Ibid., unter 2. der Begründung. Siehe auch *Stöbener, Außenhandelsrecht: Kommissionsvorschlag zur Ratifizierung von CETA als gemischtes Abkommen*, EuZW 2016, S. 523 m.w.N. Skeptisch gegenüber der Zunahme gemischter Verträge in den Außenhandelsbeziehungen *Hahn*, (Fn. 8), Art. 207, Rn. 66 ff.
- 14 Die Erklärung der vorläufigen Anwendung ist völkerrechtlich auch in Art. 25 WVK vorgesehen. Auf Art. 25 WVK nimmt unionsrechtlich Art. 218 Abs. 5 AEUV Bezug. Art. 30.7 Abs. 3 des CETA sieht in lit. a die vorläufige Anwendung grundsätzlich vor; lit. b entwirft ein Verfahren zur Identifikation derjenigen Bestimmungen, die vorläufig anzuwenden sind; lit. c regelt schließlich die Beendigung der vorläufigen Anwendung durch die Vertragspartei.
- 15 *Schmalenbach*, in: *Calliess/Ruffert*, (Fn. 8), Art. 218, Rn. 7.
- 16 Mangels unmittelbarer Haftung der Bundesrepublik entzieht sich die vorläufige Anwendung allein durch die EU dem Anwendungsbereich des Art. 59 Abs. 2 GG, so dass es aus diesem Rechtsgrund keines Zustimmungsgesetzes des Bundestages bedarf.

Auch kurz vor dem geplanten EU-Kanada-Gipfel zur Unterzeichnung des Abkommens bestanden noch inhaltliche Bedenken innerhalb einiger Mitgliedstaaten, die den Abschluss des CETA zu bedrohen schienen. Daher entschlossen sich Kanada, die EU und ihre Mitgliedstaaten zudem anlässlich der Unterzeichnung des CETA eine gemeinsame Auslegungserklärung abzugeben.<sup>17</sup> Die dadurch angestoßene Debatte um die rechtliche Wirkung der Erklärung überwog vielfach das Interesse an den Inhalten. Trotz ihrer rechtlichen Verbindlichkeit bei der Interpretation des CETA im Sinne von Art. 31 Abs. 2 WVK<sup>18</sup> hat die Erklärung, die den CETA-Text selbst nicht zu ändern vermag, keine erwähnenswerten Klarheiten oder Verbesserungen im Hinblick auf den Investitionsschutz bringen können.<sup>19</sup>

Wenige Tage vor dem geplanten Ratsbeschluss über die vorläufige Anwendung, den Abschluss und die Unterzeichnung des CETA hatte das BVerfG nach mündlicher Verhandlung am 13. Oktober 2016 über Eilanträge zu entscheiden, die sich auf das Stimmverhalten des deutschen Vertreters im Rat bezogen.

### C. Die wichtigsten Grundzüge des Urteils

Die im Hauptverfahren anhängigen vier Verfassungsbeschwerden von Bürgern und ein Organstreitverfahren der Fraktion Die Linke richten sich gegen die Unterzeichnung, die vorläufige Anwendung und den Abschluss von CETA.<sup>20</sup> Die im Zusammenhang mit dem Hauptverfahren gestellten Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 32 BVerfGG waren gegen die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat der EU zu den Beschlüssen zur Unterzeichnung, Annahme und vorläufigen Anwendung des CETA gerichtet. Die Antragsteller machten unter anderem geltend, dass ein solcher Beschluss des Rates der EU ihre Rechte aus Art. 38 Abs. 1 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 1 und 2 GG verletze. Der Zweite Senat des BVerfG lehnte die Eilanträge in seinem Urteil nach Maßgabe der Gründe ab.

Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das BVerfG einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinsen Wohl dringend geboten ist. Ist das Hauptverfahren weder offensichtlich unzulässig, noch offensichtlich unbegründet, nimmt das BVerfG im einstweiligen Rechtsschutz

17 Rat der EU, Joint Interpretative Instrument on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States, 13541/16 v. 27.10.2016.

18 Bzw. aufgrund der mangelnden Staatsqualität der EU entsprechender völkerrechtlicher Grundsätze.

19 Siehe hierzu ausführlicher *Krajewski*, Kurzbewertung der Gemeinsamen Auslegungserklärung zum CETA insbesondere mit Blick auf den Investitionsschutz v. 14.10.2016.

20 2 BvR 1368/16, 2 BvR 1444/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvE 3/16, siehe BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 – 2 BvR 1368/16, Rn. 1.

eine Folgenabwägung vor.<sup>21</sup> Die bei Erlass einer einstweiligen Anordnung zu erwartenden Nachteile bei sich später als unbegründet herausstellendem Hauptverfahren sind abzuwägen gegenüber den Nachteilen, die bei Unterlassen der einstweiligen Verfügung bei begründeter Hauptverhandlung entstünden.<sup>22</sup> Diese Konstellation findet ihren Ausgangspunkt in der Unsicherheit über die materielle Rechtslage aufgrund des offenen Hauptverfahrens.<sup>23</sup> Entgegen der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren üblichen summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache beschränkt sich das BVerfG auf eine Folgenabwägung, in die sie zwei Hypothesen einstellt. Eine im Ausnahmefall vorzunehmende summarische Prüfung sei auch nicht deshalb geboten, weil in der Hauptsache ein Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag zu überprüfen sei.<sup>24</sup> Zum einen stünde die Ratifikation durch die Mitgliedstaaten noch aus und zum anderen könne die vorläufige Anwendbarkeit des CETA-Abkommens jederzeit durch einen der Mitgliedstaaten beendet werden.<sup>25</sup>

Das BVerfG hat vorliegend einen besonderen Weg zur Ablehnung der Eilanträge gewählt, indem es diese nach Maßgabe der Gründe ablehnte. Im Folgenden wird daher die Folgenabwägung des BVerfG nachgezeichnet, in der sich Vorgaben wiederfinden, die nach Auffassung des BVerfG potentielle Nachteile wieder entfallen lassen können.

#### D. Folgenabwägung und Vorkehrungen zur Abmilderung möglicher Nachteile

Im Rahmen der Folgenabwägung werden zwei Hypothesen gegenüber gestellt und in Bezug auf die zu erwartenden schwereren Folgen analysiert.

Erste Hypothese: die einstweilige Anordnung des BVerfG ergeht, es stellt sich aber im Hauptverfahren vor dem BVerfG heraus, dass die Mitwirkung der Bundesregierung an der Beschlussfassung des Rates über die vorläufige Anwendung von CETA verfassungsrechtlich zulässig war. Die Folge wäre die Verhinderung der Unterzeichnung des CETA und somit die Beschädigung des Images der Verlässlichkeit im Außenhandeln Deutschlands und der Europäischen Union.<sup>26</sup>

Zweite Hypothese: die einstweilige Anordnung des BVerfG ergeht nicht. Es stellt sich aber später im Hauptverfahren heraus, dass diese begründet gewesen wäre.<sup>27</sup> Fol-

21 *Großhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), BVerfGG, 48. Aufl. 2016, § 32 BVerfGG, Rn. 91. Zu Kritik am Abwägungsmodell des BVerfG anstelle einer summarischen Prüfung siehe *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 2003, Rn. 1346 f., *Huber*, Die einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG am Beispiel der Verfassungsbeschwerde, 1999, S. 96; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 2015, Rn. 465; siehe dazu ausführlich *Berkemann*, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. 2005, Rn. 237 ff.

22 *Großhof*, (Rn. 21), § 32 BVerfGG, Rn. 91.

23 *Ibid.*, Rn. 125.

24 BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 – 2 BvR 1368/16, Rn. 36 f.

25 *Ibid.*, Rn. 38.

26 *Ibid.*, Rn. 31.

27 Die Mitwirkung der Bundesregierung an der Beschlussfassung des Rates über die vorläufige Anwendung von CETA verfassungsrechtlich also unzulässig war.

ge dieses Szenarios, so das BVerfG, könnte ein Ultra-vires-Akt und eine Berührung der Verfassungsidentität sein.<sup>28</sup>

Das BVerfG hat es vermieden festzustellen, dass eine Verletzung der demokratischen Verfassungsidentität und eines Ultra-vires-Aktes schwerer wögen als ein Mangel an Glaubwürdigkeit der globalen Handelspartner Deutschland und der Europäischen Union.<sup>29</sup> Statt dieser Feststellung hat das BVerfG einen Weg gewählt, der die potentiellen Nachteile des zweiten Szenarios entfallen lassen sollen.<sup>30</sup>

„Das Risiko der Nachteile für die Schutzgüter des Art. 38 Abs. 1 und Art 20 Abs. 1 und 2 GG lässt sich [...] durch unterschiedliche Vorkehrungen praktisch ausschließen, so dass ein schwerer Nachteil für das gemeine Wohl iSv § 32 Abs. 1 BVerfGG abgewendet werden kann.“<sup>31</sup>

Daher erläutert das BVerfG ausführlich drei „Vorkehrungen“, die von der Bundesregierung ergriffen werden können. Es ist daher nicht die Folgenabwägung, die gegen den Erlass einer einstweiligen Anordnung ausfällt, sondern vielmehr die Möglichkeit des BVerfG durch an die Bundesregierung gerichtete Auflagen potentielle schwere Nachteile abzuwenden.

Dieser Ansatz des BVerfG erscheint zunächst innovativ und auf ein salomonisches Urteil gerichtet.<sup>32</sup> Bei genauerer Untersuchung der Gründe des Urteils stellt sich dieses jedoch an den wesentlichen Stellen als unverständlich und teils widersprüchlich dar.

## I. Exkurs: Ultra-vires-Akt und Verfassungsidentität

Es stellt sich als unbefriedigend dar, dass das BVerfG in seinem Urteil mit bedeutschweren Begriffen wie der Ultra-vires-Kontrolle und einer Verletzung der Verfassungsidentität operiert, diese im Rahmen der gebotenen Folgenabwägung jedoch nicht einer Prüfung unterzieht. Aufgrund des Abwägungsmodells beschränkt sich das BVerfG auf die Feststellungen, dass der Ratsbeschluss über die vorläufige Anwendung des CETA theoretisch einen Ultra-vires-Akt darstellen könnte. Mit der Hervorhe-

28 BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 – 2 BvR 1368/16, Rn. 50.

29 Nach der Rechtsprechung des BVerfG können sowohl eine Irreparabilität eines Nachteils und außenpolitische oder integrationspolitische Nachteile als auch ein Verstoß gegen fundamentale Verfassungsgrundsätze (Verfassungsidentität) den Ausschlag in einer Abwägung von Nachteilen geben. Damit stehen sich gewichtige hypothetische Nachteile gegenüber; siehe zu den einzelnen Fallgruppen in der Rechtsprechung des BVerfG, *Großhof*, (Fn. 21), § 32 BVerfGG, Rn. 120, 121 und 123.

30 Das BVerfG konnte für den Fall eines Erlasses der einstweiligen Anordnung aus rein faktischen Gründen keine Vorkehrungen anordnen. Vorkehrungen, die verhinderten, dass die Glaubwürdigkeit Deutschlands oder der Europäischen Union politischen Schaden nimmt, sind schlicht nicht ersichtlich. Dieser potentielle politische Nachteil wäre durch rechtliche Vorkehrungen nicht zu verhindern.

31 BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 – 2 BvR 1368/16, Rn. 66.

32 Im Ergebnis ebenfalls von einem „Ausgleich“ zwischen Antragsteller und Antragsgegnerin überzeugt, *Krajewski*, Spielstand nach dem CETA-Beschluss: 2:2, und Karlsruhe behält das letzte Wort, Verfassungsblog v. 13.10.2016.

bung dieser Möglichkeit hat das BVerfG das erste Mal die Figur des Ultra-vires-Aktes auf einen völkerrechtlichen Vertrag angewandt. Bisher ist die Ultra-vires-Kontrolle vom BVerfG nur auf Verstöße gegen das Integrationsprogramm aufgrund der Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU angewandt worden.<sup>33</sup> Das BVerfG hält es für möglich, dass auch ein Abkommen, bei dem die EU und ihre Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind, solche Wirkungen entfalten können. Die Möglichkeit eines Ultra-vires-Aktes bestünde sowohl in Bezug auf den Umfang der vorläufigen Anwendung des CETA als auch in Bezug auf das Gerichts- und Ausschusssystem.<sup>34</sup>

Es liegt an der Besonderheit des Prüfungsumfanges des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 32 BVerfGG, dass das BVerfG diese Möglichkeiten im Rahmen des Abwägungsmodells einstellen kann, ohne zu prüfen, ob diese Bedenken gerechtfertigt sind. So steht die Möglichkeit eines Ultra-vires-Aktes und einer Verletzung der Verfassungsidentität schlicht im Raum.

Die Ultra-vires-Kontrolle verlangt grundsätzlich eine Überprüfung der Kompetenzkonformität unionaler Rechtsakte.<sup>35</sup> Vor dem Hintergrund der gemäß Art. 4 Abs. 3 AEUV zu gewährleistenden loyalen Zusammenarbeit zwischen EU und Mitgliedstaaten, muss die Kompetenzüberschreitung aber hinreichend qualifiziert sein. Dies ist der Fall, wenn sie offensichtlich ist und sie strukturelle Bedeutung für die Aufteilung der Kompetenzen zwischen EU und Mitgliedstaaten hat.<sup>36</sup> Im Bezug darauf hob das BVerfG bereits den Zusammenhang zwischen Ultra-vires-Kontrolle und Demokratieprinzip hervor: Sie könne zulasten mitgliedstaatlicher Zuständigkeit „nur vorliegen, wenn die Kompetenzüberschreitung ein für das Demokratieprinzip und die Volkssouveränität erhebliches Gewicht“ besitze.<sup>37</sup> Damit dient die Ultra-vires-Kontrolle auch der Sicherung hinreichender demokratischer Legitimation.<sup>38</sup>

Diese Feststellung muss im Kontext der (zum Entscheidungszeitpunkt) bevorstehenden Ratsentscheidung über die vorläufige Anwendbarkeit des CETA betrachtet werden. Der Beschluss darüber verlangt nur eine formelle Einbindung des Europäischen Parlaments, nicht aber dessen Zustimmung. Er wird vom Rat gemäß Art. 207

33 Siehe dazu BVerfGE 123, 267 (353, 400) – *Lissabon*; BVerfGE 126, 286 (304) – *Honeywell*; BVerfGE 134, 366 (392) – *OMT-Vorlagebeschluss*; BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13, Rn. 148.

34 BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 – 2 BvR 1368/16, Rn. 51, 58. In Rn. 58 heißt es: „Nicht auszuschließen ist weiter, dass sich der Beschluss des Rates zur vorläufigen Anwendung von CETA auch insoweit als Ultra-vires-Akt darstellen könnte, als mit CETA Hoheitsrechte auf das Gerichts- und das Ausschusssystem weiterübertragen werden sollten. Die in Kapitel 8 Abschnitt F und Kapitel 26 CETA-E enthaltenen Regelungen könnten vor diesem Hintergrund nicht von Art. 207, Art. 216 Abs. 1 und Art. 218 AEUV gedeckt sein, wobei sich die weitere Frage ergibt, ob die Artikel in dieser Auslegung noch von Art. 23 Abs. 1 GG gedeckt wären. Es erscheint jedenfalls denkbar, dass die umfassende Beanspruchung einer unionalen Vertragsschlusskompetenz im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik und eine entsprechende Mediatisierung der Mitgliedstaaten, die mit einem derart weitreichenden Eingriff in deren (Völker-)Rechtssubjektivität einherginge (vgl. BVerfGE 123, 267 <418 ff.>), gegen das Integrationsprogramm verstößen könnte.“

35 BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13, OMT, Rn. 153.

36 Ibid., Rn. 147ff.

37 Ibid., Rn. 151.

38 Ibid., Rn. 165: „Sicherung des demokratischen Legitimationszusammenhangs“.

Abs. 3 i.V.m. Art. 218 Abs. 5 AEUV auf Vorschlag der Kommission erlassen. Gemäß Art. 218 Abs. 10 AEUV bedarf es lediglich der unverzüglichen und umfassenden Unterrichtung des Europäischen Parlaments. Darauf begründet sich eine geringere demokratische Legitimation<sup>39</sup> als bei jenen Akten, an denen das Europäische Parlament mitwirkt.<sup>40</sup> Nach der Logik des BVerfG kommt bei einer Entscheidung des Rates über die vorläufige Anwendung eines gemischten Abkommens der Ultra-vires-Kontrolle eine erhöhte Bedeutung bei der Verhinderung der Kompetenzüberschreitung zu.

Mit der Identitätskontrolle will das BVerfG wiederum einen „unantastbaren“ Kern deutscher Staatlichkeit schützen, der weder auf die EU übertragen werden kann noch von der EU eigenmächtig in Anspruch genommen werden darf.<sup>41</sup>

Das BVerfG stellte jüngst fest, dass die Ultra-vires-Kontrolle neben dem BVerfG auch anderen Verfassungsorganen wie der Bundesregierung und dem Bundestag aufgrund der ihnen obliegenden Integrationsverantwortung die Verpflichtung auferlegt,

„[...] Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union, die eine Identitätsverletzung bewirken, sowie Ultra-vires-Akten, auch wenn sie nicht den gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG integrationsfesten Bereich betreffen entgegenzutreten [...].“<sup>42</sup>

## II. Die drei Vorkehrungen im Fokus

In seinem Urteil vom 13. Oktober 2016 hat das BVerfG die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat der EU hinsichtlich der Beschlussfassung über die vorläufige Anwendung des CETA an die Erfüllung dreier Vorkehrungen gebunden. Die drei unterschiedlichen Vorkehrungen, die das Risiko der geschilderten Nachteile für die Schutzgüter des Art. 38 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 und 2 GG nach Auffassung des BVerfG praktisch auszuschließen vermögen, dass ein schwerer Nachteil für das gemeinsame Wohl im Sinne des § 32 Abs. 1 BVerfGG im Ergebnis abgewendet werden kann,<sup>43</sup> werden nun vorgestellt.

Erstens dürfe sich eine vorläufige Anwendung nur auf diejenigen Bereiche des CETA beziehen, die zweifelsfrei in der ausschließlichen Kompetenz der EU lägen (a). Zweitens, müsse im zeitlichen Fenster der vorläufigen Anwendung des CETA sicher-

39 Kritisch diesbezüglich *Bungenberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV, Art. 218, Rn. 58.

40 Siehe zu dieser doppelten parlamentarischen Legitimation (Europäisches Parlament und EU-Zustimmungsgesetzgebung von Bundestag und Bundesrat) BVerfGE 123, 267 (370) – *Lissabon*.

41 BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13, *OMT*, Rn. 138 f.: „Das betrifft die Wahrung des Menschenwürdekerns der Grundrechte [...] ebenso wie die Grundsätze, die das Demokratie-, Rechts-, Sozial- und Bundesstaatsprinzip im Sinne des Art. 20 GG prägen. Mit Blick auf das Demokratieprinzip ist unter anderem sicherzustellen, dass dem Deutschen Bundestag bei einer Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 Abs. 1 GG eigene Aufgaben und Befugnisse von substantiellem politischem Gewicht verbleiben [...] und dass er in der Lage bleibt, seine haushaltspolitische Gesamtverantwortung wahrzunehmen [...].“

42 *Ibid.*, Rn. 163.

43 BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 – 2 BvR 1368/16, Rn. 66.

gestellt sein, dass das Stimmverhalten der VertreterInnen der EU im Gemischten CETA-Ausschuss und weiteren CETA-Sonderausschüssen demokratisch legitimiert sei (b). Zudem müsse drittens die vorläufige Anwendung des CETA jederzeit durch Entscheidung der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedsstaat beendet werden können (c).

Diese Vorkehrungen werden den Inhalten und der Komplexität des CETA sowie dem Ineinandergreifen von Völkervertragsrecht, Europarecht und nationalem Recht nur teilweise gerecht. Sie werfen weitere Fragen auf und sind in der Umsetzung teils problematisch (dazu E.).

### 1. Umfang der vorläufigen Anwendbarkeit des CETA

Da CETA als gemischtes Abkommen abgeschlossen wurde, das sich nicht nur auf Gegenstände erstreckt, die unstrittig in die Zuständigkeit der Europäischen Union fallen, lässt sich nach Auffassung des BVerfG insoweit nicht ausschließen, dass sich der Beschluss des Rates über die vorläufige Anwendung von CETA als Ultra-vires-Akt erweist.<sup>44</sup>

Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes wird die Kompetenzverteilung bei der Frage relevant, welche Teile des Abkommens durch Beschluss des Rates vorläufig angewendet werden sollen. Materien, die der ausschließlichen Vertragsschlusskompetenz der EU zuzuordnen sind, können unproblematisch vor Ratifizierung durch die Mitgliedstaaten angewendet werden. Bei anderen Teilen des Abkommens, die nicht in die ausschließliche Kompetenz der EU fallen, könnte die vorläufige Anwendung zu einem Ultra-vires-Akt und einem Verstoß gegen die grundgesetzliche Verfassungsidentität führen.<sup>45</sup> Wie bereits dargestellt,<sup>46</sup> kommt ein Handeln *ultra vires* jedoch nur bei offensichtlichen Kompetenzüberschreitungen in Betracht. Eine offensichtliche Kompetenzüberschreitung im Bereich des Investitionskapitels müsste bereits ausscheiden, weil über die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten in diesem Bereich Streit besteht. An diesem Punkt ist das Urteil des BVerfG unverständlich und auch widersprüchlich. Zunächst stellt das BVerfG fest, dass

„[...] derzeit nicht abschließend beurteilt werden [kann], auf welcher primärrechtlichen Grundlage und in welchem Umfang eine Kompetenz der Europäischen Union zum Abschluss von CETA besteht und inwieweit entsprechende Vertragsschlusskompetenzen bei den Mitgliedstaaten der Europäischen Union verblieben sind.“<sup>47</sup>

Das derzeit noch anhängige Gutachtenverfahren zum EUSFTA mache eine abschließende Beurteilung unmöglich.<sup>48</sup> Im nächsten Schritt nimmt das BVerfG aber im Hinblick auf den Umfang der vorläufigen Anwendung doch Stellung zu dieser rechtlichen Problematik. Es stellt fest, dass es der EU „[...] unter anderem an einer Vertrags-

44 Ibid., Rn. 51.

45 Ibid., Rn. 67.

46 Siehe unter D.I. zur Ultra-vires-Kontrolle des BVerfG.

47 Vgl. BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 – 2 BvR 1368/16, Rn. 39.

48 Ibid.

schlusskompetenz für Portfolioinvestitionen, den Investitionsschutz, den internationalen Seeverkehr, die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen und den Arbeitsschutz [...]“<sup>49</sup> mangele. Dem nicht genug, überlässt es das BVerfG im Rahmen der ersten praktischen Vorkehrung schließlich den Erwägungen der Bundesregierung dafür Sorge zu tragen, dass sich die vorläufige Anwendung des CETA nur auf Bestimmungen des CETA bezieht, für die die EU die ausschließliche Vertragsschlusskompetenz hat.<sup>50</sup> Um Nachteile abzuwenden, die aus einer Kompetenzüberschreitung aufgrund der vorläufigen Anwendbarkeit des CETA entstehen könnten, gibt das BVerfG der Bundesregierung auf,

„[...] einer vorläufigen Anwendung von CETA für Sachmaterien nicht zuzustimmen, die nach ihrer Auffassung in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben sind.“<sup>51</sup>

Im Anschluss daran formuliert es erneut die Erwartung, dass die Kapitel 8, 11, 13, 14 und 23 CETA<sup>52</sup> nicht von der vorläufigen Anwendbarkeit erfasst werden.<sup>53</sup> Diese Widersprüchlichkeit vermag das Urteil nicht aufzulösen.

Umstritten ist die Kompetenzfrage in der Literatur insbesondere im Hinblick auf den Investitionsschutz und die Investor-Staat-Streitbeilegung des Kapitels 8 des CETA. Seit den Diskussionen um einen Verfassungsvertrag für die Europäische Union, der in diesem Aspekt mit den Bestimmungen im Vertrag von Lissabon übereinstimmt, haben sich im Wesentlichen vier Auffassungen zur Vertragsschlusskompetenz betreffend den Investitionsschutz herauskristallisiert. Diese werden im Folgenden in aller Kürze von der extensivsten Auffassung bis hin zur Restriktivsten vorgestellt.

Der ersten, unter anderem von der Europäischen Kommission vertretenen, Ansicht nach, ist mit dem Vertrag von Lissabon die Vertragsschlusskompetenz für ausländische Direkt- und Portfolioinvestitionen<sup>54</sup> zur Gänze auf die EU als ausschließliche Kompetenz übergegangen.<sup>55</sup>

Eine zweite Meinung vertritt die Auffassung, dass mit der Einführung der Bestimmungen zur Gemeinsamen Handelspolitik in Art. 207 Abs. 1 AEUV die Vertragsschlusskompetenz der EU nur auf ausländische Direktinvestitionen (exklusive Portfolioinvestitionen) ausgedehnt wurde.<sup>56</sup> Der Wortlaut des Art. 207 AEUV scheint

49 Ibid., Rn. 52.

50 Ibid., Rn. 70.

51 Ibid.

52 Kapitel 8 CETA (Investitionen), Kapitel 11 CETA (gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen), Kapitel 13 CETA (Finanzdienstleistungen), Kapitel 14 CETA (internationaler Seeverkehr) und Kapitel 23 CETA (Handel und Arbeit).

53 BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 – 2 BvR 1368/16, Rn. 70.

54 Zur Bedeutung der Unterscheidung, siehe *Tietje*, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 83, Juni 2009, S. 15 f.; *Mayer*, „Mixed“ oder „EU only“ – Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU „gedeckt“?, EuR 2015, S. 590 f.

55 Europäische Kommission, Auf dem Weg zu einer umfassenden europäischen Auslandsinvestitions politik, KOM (2010) 343 endg., S. 9.

56 *Hindelang*, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg.), Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 2011, S. 161; so auch BVerfGE 123, 267 (421) – *Lissabon*.

dieser Auffassung auf den ersten Blick Recht zu geben. Danach wird die gemeinsame Handelspolitik nach einheitlichen Grundsätzen gestaltet.

„[D]ies gilt insbesondere für [...] den Abschluss von Zoll- und Handelsabkommen, die den Handel mit Waren und Dienstleistungen betreffen, und für die Handelsaspekte des geistigen Eigentums, die ausländischen Direktinvestitionen [...].“

Nicht berücksichtigt wird bei dieser Betrachtung des Wortlauts jedoch, dass der Fokus auf dem Handel im Rahmen des Titels II. „Gemeinsame Handelspolitik“ liegt.

Dem steht die restaktivere Meinung,<sup>57</sup> die sich primär auf die Entstehungs geschichte der Normen zur gemeinsamen Handelspolitik<sup>58</sup> und den Art. 345 AEUV beruft, gegenüber. Diese Auffassung legt sich darauf fest, dass die Verträge die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten unberührt lassen. Über die Kompetenz übertragung für internationale Investitionsschutzabkommen sei in den beratenden Gremien nicht gesprochen worden und es sei verfehlt von einer dahingehenden stillschweigenden Akzeptanz auszugehen. Vielmehr war es das Ziel, handelsbezogene Aspekte ausländischer Direktinvestitionen mit in die Gemeinsame Handelspolitik aufzunehmen, um innerhalb der Handelspolitik ein Auseinanderfallen vorzubeugen. Mit Blick auf den Gegenstand des Abkommens über handelsbezogene Investitionsmaßnahmen (TRIMs) macht diese restiktive Betrachtung durchaus Sinn. Das im Rahmen der Uruguay-Runde ausgehandelte Abkommen gilt ausschließlich für Investitionsmaßnahmen, die den Warenhandel berühren. Der deutsche Wortlaut des Art. 207 Abs. 1 Satz 1 AEUV stellt jedoch keinen direkten Zusammenhang zwischen Handelsaspekten und ausländischen Direktinvestitionen her.<sup>59</sup> Eine Beschränkung auf Handelsaspekte lässt sich daher nicht (allein) auf den Wortlaut stützen.

Nach einer vierten Auffassung, der sich das BVerfG anzuschließen scheint, sind neben Portfolioinvestitionen solche Bestimmungen nicht von der Kompetenz der EU umfasst, die dem Schutz vor Enteignungen dienen.<sup>60</sup> Diese Auffassung stützt sich auf Art. 206 und 345 AEUV. Nach Art. 206 AEUV zielt die gemeinsame Handelspolitik auf eine schrittweise Beseitigung von Beschränkungen bei den ausländischen Direktinvestitionen. Enteignungsstandards in Investitionsschutzabkommen gingen über Be-

57 Krajewski, External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a Federal and More Democratic Common Commercial Policy?, CMLR 2005, S. 114; Boysen, Das System des Europäischen Außenwirtschaftsrechts, in: Arnauld (Hrsg.), Europäische Außenbeziehungen, EnzEuR Bd. 10, 2014, Rn. 28; Mayer, (Fn. 54), S. 575 ff.

58 Krajewski, (Fn. 57), S. 111-114.

59 Es heißt dort „Handelsaspekten des geistigen Eigentums, ausländischen Direktinvestitionen [...]“ und nicht „Handelsaspekten des geistigen Eigentums und ausländischer Direktinvestitionen“. Die englische Fassung lässt hingegen Spielraum für eine dahingehende Interpretation, dass nur handelsbezogene Aspekte ausländischer Direktinvestitionen umfasst gewesen sein sollten: „the commercial aspects of intellectual property, foreign direct investment [...]“. Anders Tietje, (Fn. 54), S. 14.

60 So auch BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 – 2 BvR 1368/16, Rn. 54; Mayer, (Fn. 54), S. 592, 597.

schränkungen hinaus und seien daher nicht von der Kompetenz erfasst.<sup>61</sup> Außerdem verlangt Art. 345 AEUV, dass die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten unberührt bleiben.

Entsprechend der vorgenannten Auffassungen unterschieden sich auch diejenigen Stimmen, die CETA als EU-only-Abkommen<sup>62</sup> und diejenigen, die darin ein gemischtes Abkommen sehen.<sup>63</sup> Allein die erste, extensive Auslegung der Bestimmungen zur gemeinsamen Handelspolitik im AEUV kann den Abschluss von CETA als reines EU-Abkommen fordern.

Wie gezeigt, ist die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten in Bezug auf ausländische Direktinvestitionen alles andere als offensichtlich. Eine offensichtliche Kompetenzüberschreitung wäre jedoch nach der Rechtsprechung des BVerfG für die Möglichkeit eines Ultra-vires-Aktes zu fordern.

## 2. CETA-Ausschüsse und demokratische Legitimation

Problematisch stellt sich auch das Vorgehen des BVerfG in Bezug auf die zweite praktische Vorkehrung zur Nachteilsabwendung dar. Hier fordert das BVerfG für die Phase der vorläufigen Anwendung des CETA eine Rückbindung der Ausschusssentscheidungen im Rahmen des CETA an die Mitgliedstaaten:<sup>64</sup>

„Die demokratische Legitimation und Kontrolle derartiger Beschlüsse erscheint mit Blick auf Art. 20 Abs. 1 und 2 GG prekär und dürfte wohl nur gewährleistet sein, wenn mitgliedstaatliche Zuständigkeiten oder die Reichweite des Integrationsprogramms berührende Beschlüsse nur mit der Zustimmung Deutschlands gefasst werden.“<sup>65</sup>

Die offensichtliche Sorge des BVerfG über eine potentielle Verletzung des Gesetzgebungsrechts und der Integrationsverantwortung des Bundestages, hat es dazu veranlasst, einen vorübergehenden Sicherungsmechanismus zu fordern. Dabei scheint das BVerfG zu erkennen, dass im Rahmen der vorläufigen Anwendung des CETA im Ausschusssystem des CETA nur Entscheidungen zu Materien getroffen werden können, die in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen, da nur diese Politikbereiche durch Ratsbeschluss für vorläufig anwendbar erklärt werden dürfen. Damit zeigt sich

61 Ibid. Dieser Argumentation in Bezug auf Art. 345 AEUV folgend *Krajewski*, (Fn. 57), S. 114; *Tietje*, (Fn. 54), S. 9; *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 90, 2009, S. 16 f.

62 *Hoffmeister*, Wider die German Angst – Ein Plädoyer für die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP), AVR 53 (2015), S. 54 ff.

63 *Mayer*, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin, 2014; *Fischer-Lescano/Horst*, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA), Juristisches Kurzgutachten im Auftrag von attac/München, 2014. Zum Begriff des gemischten Abkommens, siehe *Schmalenbach*, (Fn. 15), Art. 216, Rn. 5.

64 BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 – 2 BvR 1368/16, Rn. 71.

65 Ibid., Rn. 65.

eine Skepsis des BVerfG, ob das CETA-Ausschusssystem im Zeitraum der vorläufigen Anwendung Entscheidungen nur im ausschließlichen Kompetenzbereich treffen wird. Auch scheint das BVerfG mit dieser Vorkehrung dem Umstand Rechnung tragen zu wollen, dass die richtungsweisende Entscheidung des EuGH zur Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten noch aussteht. Dennoch: Theoretisch können Ausschüsse nach CETA im Rahmen der vorläufigen Anwendbarkeit keine Entscheidungen treffen, die die mitgliedstaatliche Zuständigkeiten berühren.

Das BVerfG stellte der Bundesregierung anheim, wie die demokratische Rückbindung der Ausschusentscheidungen sichergestellt wird und bezeichnete eine interinstitutionelle Vereinbarung lediglich als eine Möglichkeit.

### **3. Einseitige Beendigung der vorläufigen Anwendung des CETA durch die Bundesrepublik Deutschland**

Das BVerfG verlangt als weiteren Punkt von der Bundesregierung, eine Vorkehrung zu treffen, unilateral die vorläufige Anwendung des CETA nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA beenden zu können.<sup>66</sup> Dies solle die Bundesregierung in völkerrechtlich erheblicher Weise erklären und ihren Vertragspartnern notifizieren.<sup>67</sup> Das BVerfG hat bewusst betont, dass eine Auslegung des Art. 30.7 Abs. 3 CETA nicht zwingend zum Ergebnis haben muss, dass der Begriff „Vertragsparteien“ neben der Europäischen Union auch die Mitgliedstaaten umfassen muss.<sup>68</sup> Das BVerfG stützt sich insofern jedoch auf den Vortrag der Bundesregierung in der mündlichen Verhandlung vom 12. Oktober 2016.<sup>69</sup>

Rechtlich erscheint dies jedoch aus mehreren Gründen zweifelhaft. Die vorläufige Anwendung gemäß Art. 218 Abs. 5 AEUV kann nur im Rahmen der ausschließlichen Vertragsschlusskompetenzen der EU erklärt werden. Daraus folgt, dass auch nur die EU zur Beendigung der vorläufigen Anwendung gegenüber dem Vertragspartner, hier Kanada, berechtigt ist. Bereiche, die in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fallen, benötigen für ihre vorläufige Anwendung deren Zustimmung. Würden nun, wie bei CETA beabsichtigt, nur Teile für vorläufig anwendbar erklärt werden, die in die ausschließliche Kompetenz der EU fallen, würden die Mitgliedstaaten mit einer einseitigen Beendigungserklärung in EU-Kompetenzen eingreifen. Dies wäre ein deutlicher Verstoß gegen Unionsrecht.<sup>70</sup> In Betracht käme allenfalls eine Ermächtigung des Mit-

<sup>66</sup> Ibid., Rn. 72.

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Ibid., Rn. 67.

<sup>70</sup> So andeutend auch *Krajewski*, (Fn. 32).

gliedstaats durch die EU,<sup>71</sup> die aber nicht mit der freien Entscheidung des Mitgliedstaats, die vorläufige Anwendung autonom zu beenden, gleichgesetzt werden kann.

#### **E. Umsetzung der Vorkehrungen des BVerfG im Ratsbeschluss**

Der ursprünglich für den 18. Oktober 2016 angesetzte Beschluss des Rates der EU musste verschoben werden, da eine Resolution des wallonischen Regionalparlaments die Zustimmung Belgiens zwischenzeitlich blockierte. Am 28. Oktober 2016, zwei Wochen nach der Entscheidung des BVerfG im Eilverfahren, erging der Ratsbeschluss der EU zum Abschluss, der vorläufigen Anwendung und Unterzeichnung des CETA-Abkommens. Das Protokoll zum Ratsbeschluss enthält 38 Erklärungen verschiedener EU-Organe und der Mitgliedstaaten zu diversen Themen.<sup>72</sup> Darunter finden sich Erklärungen von Kommission, Rat und Mitgliedstaaten zum Gemischten CETA-Ausschuss und Erklärungen Deutschlands, Österreichs und Polens zur unilateralen Beendigung der vorläufigen Anwendung des CETA durch diese Mitgliedstaaten. Im Beschluss über die vorläufige Anwendung des CETA wurden diejenigen Bestimmungen des CETA aufgelistet, die nicht vorläufig angewendet werden sollen.

Damit finden sich alle drei praktischen Vorkehrungen, die das BVerfG im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ausgearbeitet hat, in den Beschlüssen und Erklärungen wieder. Allein die erfolgreiche Umsetzung der Vorkehrungen kann bezweifelt werden. So stellt sich die ganz grundlegende Frage, ob Erklärungen der Bundesrepublik Deutschland, die im Protokoll des Ratsbeschlusses aufgenommen wurden, eine solche Rechtsqualität aufweisen, die notwendig ist, um die Maßgaben des BVerfG effektiv umzusetzen.

Während die Einschränkung des Umfangs der vorläufigen Anwendung des CETA den Vorgaben des BVerfG zumindest im Hinblick auf den Investitionsschutz entspricht, überzeugt die Umsetzung der beiden weiteren Vorkehrungen (CETA-Ausschüsse und Beendigung der vorläufigen Anwendung) weit weniger.

In Hinblick auf Kapitel 8 CETA wurden in dem Beschluss des Rates über die vorläufige Anwendbarkeit gemäß Art. 218 Abs. 5 AEUV i.V.m. Art. 30.7 Abs. 3 CETA diejenigen Bestimmungen des Investitionskapitels, die das BVerfG ausgeschlossen sehen wollte, von der vorläufigen Anwendbarkeit ausgenommen.<sup>73</sup> Dies betrifft ausländische Direktinvestitionen soweit es Bestimmungen betrifft, die Investitionen nach erfolgter Niederlassung zum Gegenstand haben, Portfolioinvestitionen und die Streitbeilegung zwischen Investoren und Staaten.

<sup>71</sup> So auch Weiß, Gutachten zur Realisierbarkeit von Präzisierungen und Korrekturen am CETA in der Ratifikationsphase v. 12.9.2016, S. 3 f.

<sup>72</sup> Darüber hinaus findet sich die im Zuge der Unterzeichnung des CETA von EU, Kanada und Mitgliedstaaten abgegebene gemeinsame Auslegungserklärung. Siehe Rat der EU, (Fn. 17).

<sup>73</sup> Vgl. Rat der EU, Council decision on the provisional application of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, 10974/16 v. 5.10.2016, S. 4 ff.

Im Protokoll zum Ratsbeschluss über die Unterzeichnung des CETA sind zur Beschlussfassung im Gemischten CETA-Ausschuss Erklärungen der Kommission einerseits und des Rats gemeinsam mit den Mitgliedstaaten andererseits vorhanden. Die Verbindlichkeit dieser Erklärungen von Rat und Mitgliedstaaten über eine einvernehmliche Beschlussfassung im Ausschuss ist aber durchaus fraglich.<sup>74</sup> Die Erklärung beschränkt sich darauf in Erinnerung zu rufen, dass Entscheidungen des Gemeinsamen CETA-Ausschusses, die Kompetenzen der Mitgliedstaaten betreffen, einvernehmlich zu treffen sind. Die Erklärung der Kommission in diesem Zusammenhang trägt nicht zu einer weiteren Präzisierung bei, da sie sich darauf beschränkt mitzuteilen, dass die Fassung von Beschlüssen im Gemeinsamen CETA-Ausschuss in naher Zukunft unwahrscheinlich sei und die Kommission daher beabsichtige das Urteil des BVerfG in der Hauptsache abzuwarten, bevor sie Vorschläge nach Art. 218 Abs. 9 AEUV unterbreiten würde.<sup>75</sup>

Zur einseitigen Beendigung der vorläufigen Anwendung finden sich im Protokoll Erklärungen des Rats sowie der Mitgliedstaaten Deutschland, Österreich und Polen. Die Mitgliedstaaten erklären darin, dass sie das Recht besitzen, die vorläufige Anwendung gemäß Art. 30.7 Abs. 3 lit. c) CETA zu beenden. Eine Beendigung erfolge im Einklang mit EU-Vorschriften. Es bleibt daher fraglich, wie die erklärenden Mitgliedstaaten (Deutschland, Österreich und Polen) einen solchen Schritt im Einklang mit EU-Verfahrensregeln vollziehen wollen.<sup>76</sup>

## F. Ausblick auf den Ratifikationsprozess

Bereits zwei Tage nach dem Ratsbeschluss konnte CETA am 30. Oktober 2016 in Brüssel feierlich von den Vertragsparteien unterzeichnet werden. Es erscheint in gewisser Weise als Ironie des Schicksals, dass eines der Hauptargumente des BVerfG im Rahmen der Ablehnung der Eilanträge gegen CETA – nämlich das außenpolitische Ansehen der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union – nunmehr trotz der praktischen Vorkehrungen des BVerfG Schaden genommen zu haben scheint. Nicht Deutschland, sondern die belgische Region Wallonie stand jedoch in

<sup>74</sup> Dort heißt es: „*The Council and the Member States recall that where a decision of the CETA Joint Committee falls within the competence of the Member States the position to be taken by the Union and its Member States within the CETA Joint Committee shall be adopted by common accord.*“ Siehe Rat der EU, Statements to the Council minutes, 13463/1/16 v. 27.10.2016, S. 14.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Ibid., S. 14 f.

der Folge als Blockierer des Abschlusses des CETA im Fokus der Öffentlichkeit.<sup>77</sup> Nach zweiwöchiger Verhandlung zur Herstellung einer innerbelgischen Einigung zwischen den belgischen Regionalparlamenten, Regionen und der belgischen Regierung wurde eine Lösung erarbeitet, die die Zustimmung Belgiens sicherte.<sup>78</sup> Am Tag des Ratsbeschlusses reichten Abgeordnete der Fraktion Die Linke erneut einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 32 BVerfGG ein, da die im Urteil des BVerfG erarbeiteten praktischen Vorkehrungen nicht erfüllt seien.<sup>79</sup>

Die Abstimmung des Europäischen Parlaments wird mit Ende des Jahres 2016 oder Anfang 2017 erwartet.<sup>80</sup> Der sich hieran anschließende Ratifikationsprozess in allen Mitgliedstaaten der EU wird sich über Jahre hinziehen. Die Ratifikation wird in manchen Mitgliedsstaaten zügig erfolgen und in anderen werden erneut Diskussionen über den Inhalt des CETA angestoßen werden.

Während die Entscheidung über die vorläufige Anwendung des CETA ohne ein Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG auskommt, bedarf es eines solchen im Rahmen der Ratifikation des CETA als gemischtes Abkommen. Nach wie vor ist umstritten, ob nur der Bundestag oder auch der Bundesrat zustimmen muss.<sup>81</sup> Ein Urteil des BVerfG in der Hauptsache wird vor der Ratifikation durch die Bundesrepublik Deutschland erwartet.

Dem Abkommen steht aufgrund der nationalen Ratifikationsprozesse noch ein langer steiniger Weg bevor. Es ist davon auszugehen, dass die Diskussionen um die Inhalte des CETA mit der Unterzeichnung der Vertragsparteien am 30. Oktober 2016 nicht beendet sind. Wenn dann die Inhalte wieder stärker in den Fokus rücken, wird die Frage neu zu stellen sein, inwiefern die Mitgliedstaaten den Inhalt des CETA noch beeinflussen können. Im Zusammenhang mit den Forderungen, die der SPD-Konvent

77 Die Berichterstattung über das Abstimmungsverhalten des wallonischen Parlaments und der damit einhergehenden verweigerten Zustimmung erinnerte unschön an die Reaktionen gegenüber Griechenland aufgrund der Schuldenkrise. Siehe u.a. Spiegel Online v. 24.10.2016, Widerstand gegen Ceta – Der Mächtigsten-Asterix, [www.spiegel.de/politik/ausland/ceta-nein-der-wallonie-anmassender-widerstand-kommentar-a-1118035.html](http://www.spiegel.de/politik/ausland/ceta-nein-der-wallonie-anmassender-widerstand-kommentar-a-1118035.html) (23.11.2016); FAZ v. 24.10.2016, Europa im Würgegriff der Wallonen: Das Ceta-Drama geht weiter, [www.faz.net/aktuell/wirtschaft/europa-im-wuergegriff-der-wallonen-das-ceta-drama-geht-weiter-14494651.html](http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/europa-im-wuergegriff-der-wallonen-das-ceta-drama-geht-weiter-14494651.html) (23.11.2016); mitunter wurde sogar gefordert, CETA ohne Belgien zu unterzeichnen, siehe Mayer, Wallonien, CETA und die Tyrannie der Minderheit, Verfassungsblog v. 23.10.2016.

78 Rat der EU, (Fn. 74), S. 28-30. Darunter u.a. die Erklärung, dass Belgien betreffend des Streitbeilegungssystems beim EuGH ein Gutachtenverfahren beantragen werde und die Wallonie ebenso wie andere Regionen nicht beabsichtigen die derzeitig vorliegende Fassung von CETA mit dem Streitbeilegungssystem zu ratifizieren.

79 Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG v. 28.10.2016, [www.linksfraktion.de/fileadmin/user\\_upload/PDF\\_Dokumente/Schriftsatz\\_eA\\_CETA\\_BVerfG\\_28102016\\_final\\_Fischer-Lescano.pdf](http://www.linksfraktion.de/fileadmin/user_upload/PDF_Dokumente/Schriftsatz_eA_CETA_BVerfG_28102016_final_Fischer-Lescano.pdf) (23.11.2016).

80 Aufgrund der Mehrheitsverhältnisse im Europäischen Parlament erscheint die Zustimmung zu CETA als nahezu sicher. Die Notifikation Kanadas ist für den 17. 2.2017 geplant.

81 Siehe hierzu Pautsch, Der Abschluss des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) als „gemischtes Abkommen“ – Ein Anwendungsfall des Art. 23 I GG?, NVwZ 2016, S. 1294 ff.

am 19. September 2016 in Wolfsburg beschloss,<sup>82</sup> wurde die Meinung vertreten, dass Deutschland im Rahmen des Ratifikationsprozesses von CETA noch immer Einflussmöglichkeiten auf den Inhalt des Abkommens habe. Hierbei kann es sich nur um unilaterale Erklärungen handeln. Zu unterscheiden sind interpretative Deklarationen und die Formulierung von Vorbehalten nach Art. 19 ff. WVK. Deklarationen können entweder zur Interpretation herangezogen werden, eine Selbstbindung des Staates beinhalten oder im Bereich des Gewohnheitsrechts langfristige Wirkung im Sinne der Etablierung einer Staatenpraxis haben.

In Bezug auf die Formulierung von Vorbehalten ist jedoch bisher nicht geklärt, ob diese überhaupt bei CETA möglich ist. Dies hängt davon ab, ob es sich bei CETA um ein bilaterales oder um ein plurilaterales Abkommen handelt. Vorbehalte einer Vertragspartei sind zwar bei bilateralen Abkommen nicht per se ausgeschlossen,<sup>83</sup> geht die jeweils andere Vertragspartei aber sodann auf den Vorbehalt ein und akzeptiert ihn, liegt effektiv eine Vertragsänderung vor. Lehnt diese den Vorbehalt ab, kann das Abkommen nicht mit den Bestimmungen in Kraft treten, über die die Vertragsparteien unterschiedliche Auffassungen haben. Würde also die Formulierung von Vorbehalten zugelassen, könnte ein Mitgliedsstaat der EU im Rahmen seiner nationalen Kompetenzen einseitig Teile des Abkommens oder bestimmte Bestimmungen aus CETA für sich als ungültig erklären.

Die Struktur des CETA als gemischtes Abkommen entspricht nicht der eines klassischen völkerrechtlichen Vertrages. Bei CETA steht eine Vertragspartei (Kanada) sowohl der EU als direkte Vertragspartei als auch den Mitgliedstaaten gegenüber. Die Mitgliedstaaten sind hierbei selbstständige Völkerrechtssubjekte, die CETA betreffend ihren Kompetenzen ratifizieren. Die im Europarecht angelegte gemischte Abkommensstruktur erweckt den Eindruck eines plurilateralen Vertrages. Diese europarechtliche Sicht täuscht aber über die völkerrechtliche Bedeutung hinweg. Denn in CETA sind gemäß der Präambel die Europäische Union *und* ihre Mitgliedstaaten auf der einen Seite und Kanada auf der anderen Seite als Vertragsparteien definiert. In der Folge sind die Mitgliedstaaten an das gesamte Abkommen und nicht nur an die Teile

82 SPD Parteikonvent, Beschluss Globaler Handel braucht fortschrittliche Regeln, Wolfsburg am 19.9.2016.

83 Walter, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), VCLT – A Commentary, 2012, Art. 19, Rn. 6.

gebunden, die ihre Kompetenzen betreffen.<sup>84</sup> Dieser Umstand spricht deutlich gegen eine Möglichkeit einzelner Mitgliedstaaten im Rahmen der Ratifikation Vorbehalte formulieren zu können. Es bleibt daher abzuwarten, zu welchem Zeitpunkt die Debatte über die Inhalte des CETA wieder aufkeimt und, ob dann weitere juristische Möglichkeiten diskutiert werden. Denn: Nach der Unterzeichnung ist vor der Ratifikation!

84 EuGH, Rs. C-316/91, *Parlament/Rat*, EU:C:1994:76, Rn. 26 und 29: „Die Zuständigkeit der Gemeinschaft auf diesem Gebiet [der Entwicklungshilfe] ist keine ausschließliche. Die Mitgliedstaaten sind deshalb berechtigt, selbst Verpflichtungen gegenüber den Drittländern, kollektiv oder individuell und sogar zusammen mit der Gemeinschaft, einzugehen. [...] Das Abkommen ist nach seiner Präambel und seinem Artikel 1 von der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und den AKP-Staaten andererseits geschlossen worden. Es hat eine ‚AKP-EWG‘-Zusammenarbeit im wesentlichen bilateraler Natur eingeführt. Unter diesen Umständen sind, vorbehaltlich der im Abkommen ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen, die Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten als Partner der AKP-Staaten gemeinsam gegenüber diesen Staaten für die Erfüllung aller eingegangenen Verpflichtungen einschließlich derjenigen, die sich auf die Finanzhilfe beziehen, verantwortlich.“ Lorenzmeier, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der EU*, 45. EL 2011, Art. 218, Rn. 15; Vöneky/Beylage-Haarmann, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der EU*, 45. EL 2011, Art. 216, Rn. 34; Nettesheim, in: Oppermann/Classen/Nettesheim (Hrsg.), *Europarecht*, 6. Aufl. 2014, § 38, Rn. 20; Schmalenbach, (Fn. 15), Art. 216, Rn. 7.

