

## Ist das Brexit-Abkommen zu *Recht* gescheitert?

Von Robert Frau, Berlin\*

*Das Brexit-Abkommen, das den Austritt des Vereinigten Königreichs regeln sollte, ist aus unionsrechtlicher Sicht noch nicht analysiert worden. Der Beitrag unternimmt dies und zeigt mit der Zuständigkeit des EuGH, der Unionsbürgerschaft und dem Grundrechtsschutz sowie der Anwendung von Unionsrecht durch einen Nichtmitgliedstaat Felder auf, in denen die Unionsrechtskonformität des Abkommens fraglich ist.*

### I. Problemstellung

Ein Käse-U-Boot: Mit diesem Bild beschreibt Hugo Rifkind, Redakteur bei der Londoner Times, den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU und das entsprechende Abkommen, das den Übergang erleichtern sollte.<sup>1</sup>

In Rifkinds Metapher haben die Auftraggeber, also die Brexiteers, dem Volk ein solches U-Boot aus Käse versprochen. Sie wussten von Anfang an, dass es nicht funktionieren würde. In den letzten zwei Jahren haben die Ingenieure und Stahlarbeiter, in dem Bild also die Unterhändler beider Seiten, versucht, die politischen Vorgaben umzusetzen. Herausgekommen ist das Brexit-Abkommen, oder das Draft Withdrawal Agreement kurz DWA. Der Auftraggeber, das Vereinigte Königreich, will das Boot nicht abnehmen, weil es zum U-Boot-Fahren nicht geeignet ist. Anders gewendet, das Unterhaus hat das Abkommen dreimal abgelehnt, weil die Rechte und Pflichten im Abkommen aus politischen Gründen nicht gewünscht sind. Rifkind malt damit ein politisches Bild; juristisch erklärt es nichts. Dieses Bild werden wir heute etwas weiter zeichnen. Das Käse-U-Boot, also das Brexit-Abkommen, liegt nun quasi im Trockendock. Bevor es zu Wasser gelassen wird fehlt nämlich noch ein Zwischenschritt. Neben den Auftraggebern, den Ingenieuren und Stahlarbeitern und den Seeleuten, die das U-Boot fahren, steht noch die technische Zulassung durch den TÜV. Der TÜV ist in diesem Fall der EuGH. Seine Perspektive wird im Folgenden mehr oder weniger zugrunde gelegt, wenn die Unionsrechtskonformität des Abkommens analysiert wird. Trotz der herausragenden Expertise der Unterhändler sind einige Punkte des Abkommens tatsächlich unionsrechtlich schwierig.

\* Dr. Robert Frau ist Privatdozent an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder), frau@europa-uni.de. Im Sommersemester 2019 ist er Gastprofessor für Öffentliches Recht und Völkerrecht an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag ist die schriftliche Fassung des Habilitationsvortrags, den der Verfasser am 10. April 2019 vor der Juristischen Fakultät der Europa-Universität Viadrina gehalten hat. Die Formulierungen wurden stellenweise der Schriftform angepasst.

1 Rifkind (@hugorifkind), Twitter-Postings vom 10. Dezember 2018. Alle Webseiten wurden zuletzt am 12. August 2019 besucht.

Das DWA hat einen riesigen Regelungsgehalt. Die Prüfung muss sich auf ausgewählte Probleme beziehen. Anders als die Union es dem VK nicht zubilligen wollte, werden im Folgenden Rosinen gepickt und besonders interessante Fragen untersucht. Es handelt sich um die Zuständigkeit des EuGH, den Komplex von Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft sowie die Anwendung von Unionsrecht durch einen Drittstaat. Vorgeschaltet sind einleitende Bemerkungen über das DWA.

## II. Das DWA

### 1. Einleitung

Am 31. Oktober 2019 wird der letzte Tag der Mitgliedschaft des VK in der EU sein. Am folgenden Tag sollte das Draft Withdrawal Agreement<sup>2</sup> in Kraft treten (Art. 185 DWA). Sollte es nicht noch zu einem Wunder kommen wird dies aber nicht passieren; es kommt zu einem harten Brexit.

Dieses Abkommen ist ein Austrittsabkommen nach Art. 50 Abs. 3 EUV. Seine Vertragsparteien sind das VK auf der einen und die Union auf der anderen Seite. Von Seiten der Union ist es bereits im November 2018 gebilligt worden.<sup>3</sup> Im Vereinigten Königreich sind die Versuche gescheitert.

Dennoch ist das DWA nicht Makulatur, sondern von juristischem Interesse. Es ist der erste Entwurf, der die Vorschrift des Art. 50 Abs. 3 EUV mit Leben füllt. Für eine rechtswissenschaftliche Analyse ist das politische Scheitern eher sekundär. Über die bereits erwähnte These, dass der EuGH an einigen Stellen Nachbesserungen des konkreten Abkommens verlangt hätte, wirft der Entwurf Fragen von allgemeiner unionsrechtlicher Bedeutung auf.

### 2. Sinn und Zweck

Sinn und Zweck des DWA war es vor allem, für eine Implementierungsphase Regelungen vorzuhalten. Deren Ende war für den 31. Dezember 2020 vorgesehen. Ganz vereinfacht lässt sich festhalten, dass die Vertragsparteien vereinbart haben, in diesem Zeitraum das gesamte Unionsrecht mit ganz wenigen Ausnahmen im VK anzuwenden. Dies sollte die Rechtsfolge des Austritts umgehen, wonach das Unionsrecht nach dem Austritt eines Mitgliedstaats keine Anwendung mehr auf ihn findet (Art. 50 Abs. 3 EUV). Schlussendlich wollten sich die Vertragsparteien dadurch Zeit erkaufen, um eine dauerhaftere Lösung für ihr Verhältnis zu finden.

2 Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, im Folgenden DWA.

3 Pressemitteilung der EU Kommission vom 25. November 2018, [https://ec.europa.eu/commission/news/president-juncker-special-meeting-european-council-art-50-2018-nov-25\\_de](https://ec.europa.eu/commission/news/president-juncker-special-meeting-european-council-art-50-2018-nov-25_de).

Außerdem sollten Sachverhalte, die um den 31. Dezember 2020 herum entstehen, geregelt werden. Es geht hier um Fragen wie etwa den Status von Unionsbürgern im VK oder britischen Bürgern in der EU.

Für die Zeit nach dem Ablauf der Implementierungsphase sollte das Protokoll über die irische Insel (NIP) als Notlösung etabliert werden. Diese als „backstop“ bekannte Lösung sollte nur in Kraft treten, wenn die Vertragsparteien bis Ende 2020 keine bessere Lösung gefunden hätten.

### 3. Zivil- und strafrechtliche Aspekte

Die Unterhändler fanden auch für zivil- und strafrechtliche Fallgestaltungen Lösungen.

Im zivilrechtlichen Bereich sollten die Rom-I-Verordnung<sup>4</sup> über vertragliche und die Rom-II-Verordnung<sup>5</sup> für außervertragliche Schuldverhältnisse für jeweils solche Schuldverhältnisse weitergelten, die vor dem Ende der Implementierungsphase entstanden sind. In gleicher Linie sollte die Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen für solche Verfahren weiter gelten, die vor dem Ende der Implementierungsphase anhängig gemacht wurden.<sup>6</sup>

Auch einige strafrechtliche Instrumente sollten weiterhin anwendbar sein. Dazu gehören das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union,<sup>7</sup> der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl<sup>8</sup> sowie aufgelistete Rechtsakte über gegenseitige Informationspflichten. Konkret hieße das etwa, dass für Personen, die vor dem Ablauf der Implementierungsphase festgenommen wurde, der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl weiter anwendbar gewesen wäre (Art. 62 Abs. 1 lit. b) DWA).

Nachdem diese allgemeinen Ausführungen gemacht sind, kann das DWA vor dem EuGH im Fokus stehen. Wäre es überhaupt möglich, das DWA dem EuGH vorzulegen? Wie würde der EuGH methodisch an das DWA herangehen? Mit welchen Regelungsinhalten des DWA hätte der EuGH ein Problem?

4 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. EU 2008 L 177/6.

5 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. EU 2007 L 199/40.

6 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU 2012 L 351/1.

7 ABl. EG 2002 C 197/3.

8 Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. EG 2002 L 190/1.

### III. Zur „Zuständigkeit“

#### 1. Praxis

Zahlreiche völkerrechtliche Verträge der EU werden bereits vor Abschluss oder Inkrafttreten dem EuGH vorgelegt. Sinn und Zweck eines solchen Verfahrens ist es, ein Auseinanderfallen zwischen Rechtslage nach Innen und nach Außen zu verhindern.<sup>9</sup> Beispiele sind hier etwa die Freihandelsabkommen mit Singapur<sup>10</sup> oder Kanada<sup>11</sup> oder das Beitrittsabkommen zur EMRK.<sup>12</sup> Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum ist sogar zweimal Gegenstand eines Gutachtenverfahrens vor dem EuGH gewesen.<sup>13</sup>

Es verwundert, dass das DWA dem EuGH nicht vorgelegt wurde. Nach Art. 218 Abs. 11 S. 1 AEUV hätten jeder Mitgliedstaat, das Parlament, der Rat oder die Kommission ein Gutachten des EuGH anfordern<sup>14</sup> können. Über die Gründe, warum dies nicht passiert ist, lässt sich nur spekulieren. Allein an der Tatsache, dass wenig Zeit war, kann es nicht liegen. Zwar sieht der AEUV nur eine Überprüfung einer „geplanten Übereinkunft“ vor. Angesichts der Tatsache, dass der Text des DWA am 14.11.2018 auf Arbeitsebene verabschiedet und bereits elf Tage später, am 25.11.2018, vom Europäischen Rat angenommen wurde, ließe sich nun vertreten, dass das DWA den Status als „geplantes Abkommen“ verloren habe und ein Antrag nach Art. 218 Abs. 11 AEUV unzulässig sei.

Dies wird aber weder dem Verfahren zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge im Allgemeinen noch der konkreten Situation des Brexits gerecht. Abstrakt hält der EuGH fest, dass ein solcher Antrag solange zulässig sei, bis der Wille der Union „durch das Abkommen gebunden zu sein, endgültig zum Ausdruck gebracht worden ist.“<sup>15</sup> Eben dieser endgültige Wille wird dadurch zum Ausdruck gebracht, dass dem Verwahrer, hier dem Generalsekretär des Rates (Art. 183 UAbs. 2 DWA), eine entsprechende Mitteilung über das Abschließen der unionsinternen Verfahren übermittelt wird (Art. 185 Abs. 1 S. 2 DWA). Dies ist bislang nicht geschehen. Die EU kann daher ihre Bereitschaft, den Vertrag zu unterzeichnen, jederzeit überprüfen und den Vertrag nicht ratifizieren.

9 EuGH, Gutachten 3/94 (Rahmenübereinkommen über Bananen), ECLI:EU:C:1995:436, Slg. 1995, I-4579, Rn. 16; T. Giegerich, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, 2017, Art. 218 AEUV, Rn. 212. Zur Konstellation im deutschen Verfassungsrecht BVerfGE 141, 1 – Völkerrechtsdurchbrechung. Ausführlich R. Frau, Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag, 2015.

10 EuGH, Gutachten 2/15 (EU-Singapur-FTA), ECLI:EU:C:2017:376.

11 EuGH, Gutachten 1/17 (CETA), ECLI:EU:C:2019:341.

12 EuGH, Gutachten 2/94 (Beitritt zur EMRK I), ECLI:EU:C:1996:140, Slg. 1996, I-1763; EuGH, Gutachten 2/13 (Beitritt zur EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454.

13 EuGH, Gutachten 1/91 (EWR-Abkommen I), ECLI:EU:C:1991:490, Slg. 1991, I-6084; EuGH, Gutachten 1/92 (EWR-Abkommen II), ECLI:EU:C:1992:189, Slg. 1992, I-2825.

14 Der EuGH hat kein Annahmeerlassen, vgl. T. Giegerich, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 9), Art. 218 AEUV, Rn. 210.

15 EuGH, Gutachten 3/94 (Rahmenübereinkommen über Bananen), ECLI:EU:C:1995:436, Slg. 1995, I-4579, Rn. 14.

Damit kann auch der EuGH das Abkommen noch begutachten. Methodisch würde er wie folgt vorgehen müssen.

## 2. Auslegung

Ausgelegt werden soll das Abkommen nach den im Unionsrecht etablierten Regelungen (Art. 4 Abs. 3 DWA).<sup>16</sup> Damit sind die grammatikalische, systematische, teleologische und historische Auslegung heranzuziehen.<sup>17</sup> Von besonderer Bedeutung<sup>18</sup> ist die Berücksichtigung des *effet utile*. Das DWA sieht außerdem vor, dass die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen ist (Art. 4 Abs. 4, 5 DWA).

Die politischen Erklärungen der Vertragsparteien und das „Gemeinsame Instrument“ sind im systematischen Zusammenhang zu berücksichtigen (Art. 31 Abs. 2 lit. a) WVK).

Diese Maßstäbe liegen der folgenden Begründetheitsprüfung zugrunde.

## IV. Zur „Begründetheit“

### 1. Streitbeilegung: EuGH oder Schiedsgericht?

Kernaufgabe des EuGH ist die Wahrung des Unionsrechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge (Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV). In ständiger Rechtsprechung betont der EuGH sein Monopol in dieser Hinsicht, welches sich auf das Primärrecht, das Sekundärrecht, das Tertiärrecht und auch auf völkerrechtliche Verträge der Union erstreckt, die nach Art. 216 Abs. 2 AEUV im Rang zwischen Primär- und Sekundärrecht stehen. Aus unionsrechtlicher Sicht müsste der EuGH damit auch die Wahrung des Unionsrechts bei der Auslegung und Anwendung des DWA sichern.

#### a) Inhalt des DWA

Das DWA scheint auf den ersten Blick diesem Monopol zu folgen. Denn während der Implementierungsphase bleibt der EuGH nach Art. 131 DWA voll zuständig. Nach Ablauf der Implementierungsphase bleibt die Zuständigkeit über anhängige Verfahren bestehen, insbesondere über Vorabentscheidungsersuchen britischer Gerichte (Art. 86 DWA). Selbst für neue Verfahren sieht das DWA Zuständigkeiten vor. So können nach dem Ablauf der Implementierungsphase britische Gerichte dem EuGH Auslegungsfragen über das DWA vorlegen, soweit die Bürgerrechte oder Regelungen über finanzielle Entflechtungen betroffen sind (Art. 158, 260 DWA). Auch für Teile des Nordirlandprotokolls (NIP) bleibt der EuGH zuständig (Art. 14 Abs. 4 NIP).

<sup>16</sup> Ausführlich R. Stotz, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, S. 491, Rn. 11 ff.

<sup>17</sup> A. Haratsch/C. Koenig/M. Pechstein, Europarecht, 11. Aufl. 2018, Rn. 489.

<sup>18</sup> U. Haltern, Europarecht Bd. II, 3. Aufl. 2017, Rn. 618; R. Stotz, in: Riesenhuber (Fn. 16), Rn. 15 f.

Auf den zweiten Blick erkennt man, dass das DWA gerade nicht die volle Zuständigkeit des EuGH vorsieht. Im Gegenteil, es etabliert einen eigenen Streitbeilegungsmechanismus. Deutlich hält Art. 168 DWA fest:

„For any dispute between the Union and the United Kingdom arising under this Agreement, the Union and the United Kingdom shall only have recourse to the procedures provided for in this Agreement.“

Diese „procedures“ werden in den folgenden Vorschriften ausgeführt. Streitigkeiten werden zunächst dem paritätisch besetzten Joint Committee oder Gemeinsamen Ausschuss vorgelegt (Art. 169 Abs. 1 DWA). Legt dieses Gremium den Streit nicht bei, kann jede Vertragspartei die Einsetzung eines Schiedsgerichts beantragen (Art. 169 Abs. 1 S. 1 DWA), dessen Entscheidung bindend ist (Art. 175 S. 1 DWA).

Damit ist aber auch gesagt, dass Fragen über die Auslegung des DWA und des Unionsrechts vom Gemeinsamen Ausschuss und nicht vom EuGH beantwortet werden. Dies ist etwas differenzierter zu betrachten. Denn nur wenn der Gemeinsame Ausschuss nicht zu einer Lösung und es damit zu einem Schiedsverfahren kommt, wird der EuGH einbezogen. Erst wenn in einem Schiedsverfahren die Frage nach der Auslegung eines autonomen Begriffs („concept of Union law“) oder einer Vorschrift des Unionsrechts gestellt wird,<sup>19</sup> so soll nicht das Schiedsgericht die Frage beantworten, sondern dem EuGH vorlegen (Art. 174 Abs. 1 S. 2 DWA). Es stellt sich die Frage, ob dieser Mechanismus mit dem Unionsrecht zu vereinbaren ist.

### b) Rechtsprechung des EuGH

Ein Vergleich mit der Rechtsprechung des EuGH zu ähnlich gelagerten Fällen scheint im Grundsatz für die Unionsrechtskonformität zu sprechen.

Denn der EuGH sieht es grundsätzlich als zulässig an, dass völkerrechtliche Vereinbarungen der EU gerichtliche Streitbeilegungsmechanismen vorsehen. Voraussetzung sei, dass die Autonomie des Unionsrechts nicht gefährdet werde,<sup>20</sup> insbesondere etwa dadurch, dass den Organen und Mitgliedstaaten der Union eine bestimmte Auslegung des Unionsrechts von außen vorgegeben werde.<sup>21</sup> Maßgeblich ist neben der Autonomie des Unionsrechts die Kompetenz des EuGH zu dessen letztverbindlicher Auslegung.<sup>22</sup>

Zuletzt sichtbar war dies bei dem Gutachten zu Beitrittsabkommen zur EMRK. Der EuGH meinte, dass der Entwurf das Unionsrecht als autonomer Rechtsordnung mit Vorrang vor mitgliedstaatlichem Recht<sup>23</sup> nicht ernst nehmen und verken-

19 Oder die Frage der Befolgung von Urteilen des EuGH durch das UK, Art. 89 Abs. 2 DWA.

20 EuGH, Gutachten 2/13 (Beitritt zur EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 183.

21 EuGH, Gutachten 2/13 (Beitritt zur EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 184.

22 EuGH, Gutachten 2/13 (Beitritt zur EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 186; *U. Haltern*, Europarecht Bd. II (Fn. 18), Rn. 1740; *M. Wendel*, Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß, NJW 2015, S. 921, 923. Vgl. auch EuGH, Gutachten 1/09 (Europäisches Patentgericht), ECLI:EU:C:2011:123, Rn. 60 ff.

23 EuGH, Gutachten 2/13 (Beitritt zur EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 166.

ne, dass innerhalb der Struktur der Union die einheitliche Auslegung des Unionsrechts gesichert sein müsste.<sup>24</sup>

Bei anderen völkerrechtlichen Verträgen der EU hatte der EuGH weniger Bauchschmerzen, was aber weniger an unterschiedlichen Standards, denn an andersgearteten Ausgestaltungen lag. Beim EWR ist die Streitbeilegung so ausgestaltet, dass zunächst eine Vertragspartei den Gemeinsamen Ausschuss anrufen kann. Wird innerhalb von sechs Monaten keine Einigung erzielt, kann die Vertragspartei Schutzmaßnahmen ergreifen (Art. 111 Abs. 3 UAbs. 2 1. Spstr. EWR-Abkommen) oder neue umstrittene Regelungen unangewendet lassen (Art. 111 Abs. 3 UAbs. 2 2. Spstr. EWR-Abkommen i. V. m. Art. 102 EWR-Abkommen). Die Rolle des EuGH besteht beim EWR-Abkommen gemäß Art. 111 Abs. 3 DWA darin, Fragen über die Auslegung des Unionsrechts zu beantworten. Im EWR-Abkommen ist die Position des EuGH allerdings schwächer ausgestaltet, da seine Auslegung nicht verbindlich ist.

Ähnlich ist dies im Entwurf über ein Abkommen zur Erleichterung der bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweiz von Dezember 2018.<sup>25</sup> Wenn die politische Lösung in einem sektoriellen Ausschuss misslingt, kann jede Vertragspartei einseitig die Entscheidung durch ein Schiedsgericht verlangen (Art. 10.1 Institutionelles Abkommen EU-Schweiz). Hält das Schiedsgericht eine Frage der Auslegung oder Anwendung von Unionsrecht für relevant und entscheidungserheblich, legt es dem EuGH diese Frage vor, der dann für das Schiedsgericht verbindlich entscheidet (Art. 10.3 Institutionelles Abkommen EU-Schweiz).

### c) *Stellungnahme*

Im Ergebnis sprechen die besseren Argumente für eine weitgehende Unionsrechtskonformität des Streitbeilegungsmechanismus im DWA. Sowohl britische Gerichte als auch das Schiedsgericht können Vorabentscheidungsverfahren einleiten. Für diese Gerichte wurde die Vorlageberechtigung im DWA geschaffen. Das Verfahren im Gemeinsamen Ausschuss und im Schiedsgericht beschränkt sich auf die genuin vertragsrechtlichen Bestandteile. Alle unionsrechtlichen Fragen fallen in die Zuständigkeit des EuGH. Gewahrt ist damit die Auslegungshoheit des EuGH. Er kann weiterhin die Autonomie des Unionsrechts sicherstellen.

Allerdings sieht das Abkommen in der Phase der Konsultationen im Joint Committee nicht vor, dass der EuGH heranzuziehen ist. Streitigkeiten werden in dieser Phase des Verfahrens politisch beigelegt.<sup>26</sup> Wenn sich die Parteien einigen und

24 EuGH, Gutachten 2/13 (Beitritt zur EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 170.

25 Erhältlich unter [https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/accord-inst-projet-de-texte\\_de.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/accord-inst-projet-de-texte_de.pdf), im Folgenden Institutionelles Abkommen EU-Schweiz.

26 Vgl. a. C. Tobler, Zur Rolle des EuGH im Streitbeilegungsmechanismus in den sektoriellen Verträgen EU-Schweiz. Mit rechtsvergleichenden Bemerkungen zum EWR, zum Ankara-Assoziationsrecht und zu der in Verhandlung stehenden Assoziation mit den AMS-Staaten Andorra, San Marino und Monaco, in: Lorenzmeier/Folz (Hrsg.), Recht und Realität – Festschrift für Vedder, 2017, S. 378, 390.

auf die Anrufung eines Schiedsgerichts verzichten, besteht die Gefahr, dass der EuGH auch dann nicht angerufen wird, wenn Kern des Problems die Auslegung des Unionsrechts ist. Deutlich: Um's Unionsrecht wird politisch geschachert, es wird nicht juristisch ausgelegt. Mit dieser Lücke dürfte der EuGH zu Recht ein Problem haben. Es lässt sich festhalten, dass der Streitbelegungsmechanismus des DWA in einem Detail nicht unionsrechtskonform ist.

Es stellen sich weitere Fragen, für die hier nicht die Zeit bleibt. Das Schiedsgericht soll den EuGH anrufen, wenn „a dispute (...) raises a question of interpretation of (...) Union Law“. Dieses Kriterium bleibt schwammig. Auch die Frage, ob das Schiedsgericht überhaupt vorlageberechtigt ist, ist fraglich.

## 2. Grundrechtsschutz

### a) Grundrechtsschutz während der Implementierungsphase

Für die Dauer der Implementierungsphase sind Fragen des Grundrechtsschutzes einfach zu beantworten. Der Grundrechtsschutz innerhalb der Union basiert auf den drei in Art. 6 EUV genannten Grundrechtsquellen: Die GRC, die EMRK und die gemeinsame Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten. Für die erste Quelle stellt sich die Lage nach dem DWA wie folgt dar. Während der Implementierungsphase ist über Art. 127 Abs. 1 UAbs. 1 DWA das Unionsrecht mit wenigen Ausnahmen anwendbar. Nach der Legaldefinition in Art. 2 lit. a) Nr. i) DWA umfasst das „Unionsrecht“ nicht nur EUV und AEUV, sondern ausdrücklich auch die GRC. Bis Ende 2020 sollte diese also auch für das VK gelten. Dies gilt jedoch nur mit der Einschränkung, dass VK-Bürger weder das aktive noch das passive Wahlrecht weder bei Wahlen zum Europäischen Parlament noch bei Kommunalwahlen haben. Eine Lücke im Grundrechtsschutz tut sich hier nicht auf.

### b) Grundrechtsschutz nach dem Ende der Implementierungsphase

Für den Zeitraum nach dem Ablauf der Implementierungsphase verpflichtet sich das VK nicht zur Anwendung der GRC. Einige Teile des DWA sind aber erst nach Ablauf der Implementierungsphase anwendbar (Art. 185 UAbs. 3 DWA). Zu diesen Vorschriften zählt auch der zweite Teil des DWA. Dieser Abschnitt über „Citizen's Rights“ beinhaltet mit den Art. 9–39 DWA einen Ausschnitt aus allen Rechten von Unionsbürger\*innen bzw. Individuen.

Erfasst sind davon Unionsbürger\*innen, die im VK leben, und britische Bürger, die sich vor dem Ende der Implementierungsphase im jeweiligen Land niedergelassen haben; Personen, die von ihrer Arbeitnehmer- oder Niederlassungsfreiheit Gebrauch gemacht haben, ohne im Land der wirtschaftlichen Betätigung zu leben (Grenzarbeitnehmer, „frontier workers“) und teilweise auch deren Familienmitglieder (Art. 10 DWA).

Das DWA gibt diesen Personen das Recht, sich als VK-Staatsangehörige in der Union oder als Unionsbürger im VK aufzuhalten, unter den Beschränkungen und Bedingungen der Art. 21 AEUV (Freizügigkeitsrecht für Unionsbürger), Art. 45 AEUV (Arbeitnehmerfreizügigkeit) und Art. 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit). Auch die Freizügigkeitsrichtlinie ist in Teilen anwendbar. Dies bedeutet im Ergebnis, dass Unionsbürger\*innen und britische Staatsangehörige noch in der Implementierungsphase von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch machen können und so unter den Voraussetzungen der Art. 16 Abs. 1; 17 Abs. 1 Freizügigkeitsrichtlinie i. V. m. Art. 15 Abs. 1; 23 Abs. 1 DWA ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht erhalten können. Damit verknüpft ist für solche Personen, die ein Aufenthaltsrecht im Aufenthaltsstaat genießen, das Recht, angestellt oder selbstständig zu arbeiten (Art. 22 DWA). Daneben besteht das Diskriminierungsverbot des Art. 12 DWA, welches auf Art. 18 Abs. 1 AEUV verweist. Außerdem genießt jeder Unionsbürger und jeder britische Staatsangehöriger, der sich aufgrund des DWA im Hoheitsgebiet der Union oder des UK aufhält, die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen des Mitgliedstaats (Art. 23 Abs. 1 DWA i. V. m. Art. 24 Freizügigkeitsrichtlinie<sup>27</sup>). Dies bedeutet, dass es nicht nur ein Diskriminierungsverbot gibt, sondern auch ein Recht auf Inländergleichbehandlung.

Die Frage, ob die GRC nach dem Ende der Implementierungsphase anwendbar gewesen wäre, wird später beantwortet.

### c) Zuständigkeit des EuGH

Während der Implementierungsphase ist der EuGH nach Art. 131 DWA weiterhin voll zuständig.

Der Zugang für natürliche und juristische Personen zum EuGH wird mit dem Ablauf des 31.12.2020 abgeschafft. Für den Grundrechtsschutz bleibt es bei zwei Möglichkeiten. Zum einen können britische Gerichte dem EuGH auch nach Ablauf der Implementierungsphase Auslegungsfragen über Teil 2 des DWA vorlegen (Art. 158 DWA). Zum anderen können Schiedsgerichte die Frage nach der Auslegung des Unionsrechts dem EuGH vorlegen (Art. 174 Abs. 1 S. 2 DWA).

Ebenso beschränkt ist die Gerichtsbarkeit des EuGH in Bezug auf das NIP. Über die Einhaltung der menschenrechtlichen Verpflichtungen darf der EuGH nicht wachen (Art. 14 Abs. 4 NIP i. V. m. Art. 4 Abs. 1 NIP). Einzig Art. 15 Abs. 3 NIP sieht vor, dass das VK das anwendbare Unionsrecht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH auslegen soll. Damit kommt der Rechtsprechung des

27 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. EU 2004 L 158/77, im Folgenden Freizügigkeitsrichtlinie.

EuGH eine mittelbare Wirkung zu. Hier ist zu erkennen, dass der Grundrechtsschutz nach Ablauf der Implementierungsphase abgespeckt wurde.

### 3. Unionsbürgerschaft

Die Behandlung der Unionsbürgerschaft durch das DWA stellt gleich zwei Probleme dar, und zwar einmal in Hinsicht auf den Erwerb und ein anderes Mal in Hinsicht auf den Verlust.

#### a) Grundsätzliches zur Unionsbürgerschaft

Zu Beginn lässt sich festhalten, dass Staatsangehörige der Mitgliedstaaten Unionsbürger sind (Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV). Die nationale Staatsangehörigkeit ist damit notwendige und hinreichende Bedingung für die Unionsbürgerschaft,<sup>28</sup> welche wiederum ein Plus zur nationalen Staatsangehörigkeit darstellt und sie eben nicht ersetzt (Art. 20 Abs. 1 S. 3 AEUV). Sie lässt sich als „abgeleitetes Angehörigkeitsverhältnis“<sup>29</sup> verstehen.

Bis zum Austritt des VK aus der Union sind dessen Staatsangehörige stets auch Unionsbürger\*innen. Diese Personen werden im November ihre Unionsbürgerschaft verlieren. Das DWA sah hier etwas anderes vor.

#### b) Unionsbürger\*innen während der Implementierungsphase?

Für die Dauer der Implementierungsphase legt Art. 127 Abs. 6 DWA fest, dass der Begriff „Mitgliedstaaten“ so auszulegen sei, dass er das VK erfasst. Damit wären britische Staatsangehörige vom Tatbestand auch der Unionsbürgerschaft nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 AEUV erfasst.

Diese Regelung des DWA ist meiner Auffassung nach unionsrechtswidrig. Zunächst sprechen Existenz und Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 S. 2 AEUV gegen die Zulässigkeit der Regelung. Es ist gerade nicht Sache der Union, die Unionsbürgerschaft zu begründen.<sup>30</sup> Die Unionsbürgerschaft wird ihr durch die Mitgliedstaaten im Primärrecht vorgegeben. Der Wortlaut ist insoweit eindeutig, denn einzige Voraussetzung für die Existenz der Unionsbürgerschaft ist die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates. Die Union kann weder an der mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeit noch an den Voraussetzungen etwas ändern, ob oder wie diese Mitgliedsstaatsangehörigen Unionsbürger\*innen werden. Ihre Kompetenz im Bereich der Unionsbürgerschaft ist darauf beschränkt, Sekundärrecht zum *Erleichtern* der Aufenthalts- und Freizügigkeit zu setzen. Sie hat keine Kompetenz oder Einzelermächtigung zur *Begründung* der Unionsbürgerschaft. Konsequenterweise legt beispielsweise die Freizügigkeitsrichtlinie nicht die Einzelheiten der

28 Vgl. S. Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 9), Art. 20 AEUV, Rn. 18.

29 A. Haratsch/C. Koenig/M. Pechstein, Europarecht (Fn. 17), Rn. 778.

30 Deutlich S. Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 9), Art. 20 AEUV, Rn. 18, 20.

Unionsbürgerschaft fest, sondern setzt sie als gegeben voraus, um dann die Rechte und Beschränkungen zu konkretisieren.

Damit kann die Union im DWA nicht die Unionsbürgerschaft der Briten mit dem britischen Staat aushandeln und vereinbaren. Diese Frage ist eine Sache der Mitgliedstaaten. Daher wäre es folgerichtig gewesen, das DWA als gemischtes Abkommen abzuschließen. Weil dies aber nicht geschehen ist, ist die Regelung aus europarechtlicher Sicht nicht haltbar.

### c) Verlust der Unionsbürgerschaft in der Rechtsprechung des EuGH

Beim Verlust der Unionsbürgerschaft stellt sich ebenfalls die Frage, ob dies unionsrechtlich zulässig ist. In Anbetracht der soeben erwähnten einzigen Bedingung zum Erwerb der Unionsbürgerschaft scheint die Antwort klar: Wer kein Angehöriger eines EU-Mitgliedstaats ist, ist auch kein Unionsbürger. Für diese Lesart spricht einiges, so pauschal kann sie jedoch nicht stehen bleiben.

Auch der EuGH erkennt in ständiger Rechtsprechung an, dass das Staatsangehörigkeitsrecht Sache der Mitgliedstaaten ist. Bei der Festlegung von Voraussetzungen für den Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit haben die Mitgliedstaaten jedoch das Unionsrecht zu beachten.<sup>31</sup> In der Rechtssache *Rottmann* hat er sich den Bedingungen gewidmet, „unter denen ein Unionsbürger aufgrund des Verlusts seiner Staatsangehörigkeit diese Unionsbürgereigenschaft und demzufolge die mit ihr verbundenen Rechte verlieren kann.“<sup>32</sup> Dazu bedarf es zweier Voraussetzungen, nämlich einen legitimen im Allgemeininteresse liegenden Grund und die Beachtung der Verhältnismäßigkeit. Im Februar 2019 hat der EuGH diese Rechtsprechung in der Rechtssache *Tjebbes*<sup>33</sup> u.a. zuletzt bestätigt.

Würde man diese Kriterien für den Brexit anwenden, dann wäre der Verlust der Unionsbürgerschaft gerechtfertigt. Ein legitimer Grund des Allgemeinwohls liegt vor. Nicht anders kann die Existenz des Austrittsrechts nach Art. 50 EUV gewertet werden.<sup>34</sup> Das Unionsrecht akzeptiert den Austritt und die Nichtanwendung der Verträge, also auch der Vorschriften über die Unionsbürgerschaft. Verhältnismäßig ist der vollständige Entzug der Unionsbürgerschaft für alle Briten ebenfalls. Denn was wäre die Alternative? Eine Unionsbürgerschaft ohne mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeit widerspräche Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV.

### d) Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf den Brexit

Diese Rechtsprechung ist auf den Brexit jedoch nicht übertragbar. Hier handelt es sich nicht um den Verlust der Unionsbürgerschaft als Folge des Verlusts einer na-

31 EuGH, Rs. C-369/90 (Micheletti), ECLI:EU:C:1992:295, Slg. 1992, I-4258, Rn. 10.

32 EuGH, Rs. C-135/08 (Rottmann), ECLI:EU:C:2010:104, Rn. 46.

33 EuGH, Rs. C-221/17 (Tjebbes u.a.), ECLI:EU:C:2019:189.

34 So auch P. Mindus, *European Citizenship after Brexit*, S. 78.

tionalen Staatsangehörigkeit, sondern um den Verlust der Unionsbürgerschaft bei Beibehaltung der nationalen Staatsangehörigkeit.

Genau diese Frage lag dem EuGH bereits vor.<sup>35</sup> Einige britische Staatsangehörige um *Harry Shindler* hatten Nichtigkeitsklage gegen den Beschluss des Europäischen Rates von Mai 2017, Austrittsverhandlungen mit dem VK aufzunehmen,<sup>36</sup> eingereicht. Sie rügten u.a. den Entzug der Unionsbürgerschaft und den damit einhergehenden Rechtsverlust.<sup>37</sup> Im November 2018 hat der EuGH die Klage als unzulässig abgewiesen.<sup>38</sup> Begründet hat er dies mit der fehlenden unmittelbaren Betroffenheit der Kläger durch den Beschluss des Europäischen Rates.<sup>39</sup> Völlig zu Recht stellt der EuGH heraus, dass der Austrittsprozess nicht von der EU, sondern von der britischen Premierministerin eingeleitet worden ist.<sup>40</sup> Auch völlig zu Recht mahnt er an, dass der Status der Kläger durch den Ratsbeschluss nicht modifiziert werde und noch nicht absehbar sei, welche Folgen für deren Status durch den Austritt des VK geschaffen werden würden.<sup>41</sup> In der Sache, also zum Verlust der Unionsbürgerschaft, macht der EuGH keine belastbaren Aussagen.

Zurück zur Lösung. Der Erwerb der Unionsbürgerschaft erfolgt durch den Erwerb der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaates. Im Umkehrschluss führt der Verlust des Status als Mitgliedstaat eben zum Verlust der einzigen Voraussetzung des Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV; es liegt nämlich keine mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeit mehr vor, an welche die Unionsbürgerschaft anknüpfen könnte. Damit ist der Verlust der Unionsbürgerschaft aller VK-Angehörigen im Grundsatz europarechtskonform.

### e) Regelungen im DWA

Interessant ist, wie das DWA mit weiteren aus der Unionsbürgerschaft stammenden Rechten umgeht.

#### aa) Aktives und passives Wahlrecht bei Europa- und Kommunalwahlen

Das Wahlrecht bei Kommunal- und Europawahlen (Art. 39 f. GRC) ist nach Art. 127 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b) DWA weder *im* noch *für das* VK anwendbar. Dies gilt bereits während der Implementierungsphase. Die Vorschriften sind jedoch nur deklaratorisch. Als Nicht-Unionsbürger haben sie grundsätzlich kein dementsprechendes Wahlrecht. Gleich wie bei der sekundärrechtlichen Ausgestaltung der

35 EuGH, Rs. T-458/17 (Shindler u.a.), ECLI:EU:T:2018:838.

36 Rat der EU, Beschluss des Rates zur Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen mit dem Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland über ein Abkommen, in dem die Einzelheiten seines Austritts aus der EU festgelegt werden, XT 21016/17 vom 15.5.2017; Anhang zu diesem Beschluss, XT 21016/17 ADD 1 REV 2 vom 22.5.2017.

37 EuGH, Rs. T-458/17 (Shindler u.a.), ECLI:EU:T:2018:838, Rn. 25.

38 EuGH, Rs. T-458/17 (Shindler u.a.), ECLI:EU:T:2018:838, Rn. 21 ff.

39 EuGH, Rs. T-458/17 (Shindler u.a.), ECLI:EU:T:2018:838, Rn. 34 ff.

40 EuGH, Rs. T-458/17 (Shindler u.a.), ECLI:EU:T:2018:838, Rn. 43.

41 EuGH, Rs. T-458/17 (Shindler u.a.), ECLI:EU:T:2018:838, Rn. 44, 47.

Unionsbürgerschaft hat die Union beim aktiven und passiven Wahlrecht nur die Kompetenz, die Ausübungsmodalitäten zu regeln (Art. 22 Abs. 1, 2 AEUV). Die Begründung des Wahlrechts erfolgt durch das Primärrecht und ist nicht Teil der Unionskompetenzen. Damit ist der Ausschluss von Europa- und Kommunalwahlen unionsrechtskonform.

#### bb) Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz

Vergleichbares gilt für das Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz. Dieses Recht sollte über Art. 127 Abs. 1 UAbs. 1 DWA für VK-Staatsangehörige in der Implementierungsphase gelten.

Der diplomatische und konsularische Schutz betrifft das Verhältnis von Unionsbürger\*innen zu anderen EU-Mitgliedstaaten im Ausland. Er ist grundsätzlich keine Sache der Union. Dieses Recht ist exklusiv für Unionsbürger\*innen reserviert<sup>42</sup> – VK-Angehörige haben kein Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz durch Mitgliedstaaten der Union.

Erneut lässt sich hier festhalten, dass die Union keine Kompetenz besitzt, das subjektive Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz zu begründen. Insofern geht hier der Verweis ins Leere.

#### cc) Petitionsrecht

Einzig die Weitergeltung des Petitionsrechts ist aus unionsrechtlicher Sicht unproblematisch, da das Petitionsrecht nicht nur in Art. 24 AEUV auf Unionsbürger\*innen bezogen ist, sondern nach Art. 227 AEUV zusätzlich jeder natürlichen oder juristischen Person mit Wohnort in einem EU-Mitgliedstaat zukommt.

#### dd) Sonderfall Nordirland

Besonderheiten gelten auch in Nordirland. Fraglos sind Nordir\*innen bislang volle britische Staatsangehörige und damit Unionsbürger\*innen. Den Nordir\*innen<sup>43</sup> kommt indessen ein besonderes Privileg aus Art. 1 Abs. vi Karfreitagsabkommen zwischen dem VK und Irland zu. Dieses „birthright“ oder „Geburtsrecht“ bestätigt das Recht, sich als Irisch oder Britisch oder beides zu identifizieren und als solches akzeptiert zu werden. Das bedeutet, so das Karfreitagsabkommen ausdrücklich, dass Bürger\*innen Nordirlands auf ihren Wunsch sowohl die britische als auch die irische Staatsangehörigkeit erhalten können. De lege lata können Briten nach dem Brexit und dem Ende der Implementierungsphase die irische Staatsangehörigkeit zusätzlich wählen und damit Unionsbürger\*innen werden.

42 S. Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 9), Art. 20 AEUV, Rn. 29.

43 Definiert werden diese im Anhang 2 zu Art. 1 Abs. vi Karfreitagsabkommen als solche, die in Nordirland geboren sind und entweder ein Elternteil haben, das britische oder irische Staatsangehörigkeit hat, oder sich dauerhaft in Nordirland aufhalten dürfen.

Problematisch ist, dass sich die Union nicht die Weitergeltung des „birthright“ hat versichern lassen. Das „Anwartschaftsrecht“ der Nordir\*innen auf ihre Unionsbürgerschaft kann das VK einseitig zu Nichte machen.

Dies ist allerdings in Linie mit der Rechtsprechung des EuGH. In der Rechtssache *Kaur*<sup>44</sup> hatte sich der EuGH mit einer Frau zu befassen, die Bürgerin des VK war, allerdings den Status der „britischen überseeischen Bürgerin“ innehatte, der kein Aufenthaltsrecht im „Mutterland“ begründete.<sup>45</sup> Der EuGH attestierte, dass Frau Kaur niemals Unionsbürgerin war, weil sie niemals die innerstaatlichen Kriterien für die nach Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV erforderliche mitgliedstaatliche Staatsbürgerschaft erfüllt hat.<sup>46</sup> Damit war das Unionsrecht nicht Maßstab für den Fall einer Noch-nicht-Unionsbürgerschaft.

Auch hier ist dem EuGH zuzustimmen. Wer kein Unionsbürger ist, kann den Status nicht verlieren.

#### ee) Ergebnis

Als Ergebnis lässt sich festhalten: Während der Verlust der Unionsbürgerschaft unionsrechtskonform ist, ist die Fiktion der Weitergeltung der Unionsbürgerschaft für die Übergangsphase im DWA und die Zuerkennung des Rechts auf diplomatischen und konsularischen Schutz unionsrechtswidrig. Sie sind Verstöße gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung.

### 4. Warenverkehrsfreiheit und Zollrecht nach dem NIP

Der dritte Komplex, nämlich die Anwendung von Unionsrecht durch einen Nicht-Mitgliedstaat, stellt den letzten Problemfall dar. Das Recht des Warenverkehrs nach dem Ablauf der Implementierungsphase, wie es vom NIP vorgesehen wurde, dient als Anwendungsfall. Sollten sich die Union und das VK auf eine Zollunion einigen, stellt sich möglicherweise dasselbe Problem.

#### a) *Einheitliches Zollgebiet*

Das NIP etabliert zwischen der Union und dem VK ein einheitliches Zollgebiet („single customs territory“), das sich aus den jeweiligen Zollgebieten des VK<sup>47</sup> sowie der Union<sup>48</sup> zusammensetzt (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 NIP). Diese Zollunion umfasst grundsätzlich den gesamten Handel, mit der Ausnahme von Produkten

44 EuGH, Rs. C-192/99 (Kaur), ECLI:EU:C:2001:106, Slg. 2001, I-1252.

45 EuGH, Rs. C-192/99 (Kaur), ECLI:EU:C:2001:106, Slg. 2001, I-1252, Rn. 11.

46 EuGH, Rs. C-192/99 (Kaur), ECLI:EU:C:2001:106, Slg. 2001, I-1252, Rn. 25 f.

47 Das Vereinigte Königreich sowie die Kanalinseln und die Insel Man.

48 Das Zollgebiet der Union wird in Art. 4 Verordnung (EU) 952/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.10.2013 definiert.

der Fischerei und Aquakultur (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 5 NIP i. V. m. Verordnung 1379/2013<sup>49</sup>).

Über Art. 6 Abs. 2 NIP machen die Vertragsparteien die Regelungen des unionalen Zollrechts für Nordirland anwendbar. Erfasst sind damit nicht nur der Zollkodex und dessen Ergänzungs- bzw. Durchführungsrechtsakte, sondern auch der Gemeinsame Zolltarif<sup>50</sup>, die Rechtsvorschriften über die Zollbefreiungen und internationale Übereinkünfte. Dazu kommen mehr als 30 von der Union erlassene Rechtsakte im Bereich des Zollrechts<sup>51</sup> und fast 250 Rechtsakte im Bereich des harmonisierten Warenverkehrs.<sup>52</sup>

Das NIP bestimmt, dass das Unionsrecht in Nordirland durch britische Behörden durchgeführt wird (Art. 14 Abs. 1 NIP). Dies entspricht dem Grundsatz des mitgliedstaatlichen Vollzugs des Unionsrechts (Art. 291 Abs. 1 AEUV),<sup>53</sup> der auch im Zollverwaltungsrecht der Union gilt (vgl. Art. 5 Nr. 1 Zollkodex).<sup>54</sup> Vorliegend heißt das: Behörden eines Drittstaats wenden Unionsrecht an. Diese Konstellation muss unionsrechtlich analysiert werden.

### b) Vergleichbare Lagen

Sie existiert bisher nur in einem Fall, der für den vorliegenden Fall wenig ergiebig ist. Es handelt sich um Monaco. Dieser Staat hat sich vertraglich dazu verpflichtet, ganz konkretes Unionsrecht anzuwenden (Art. 2 Abs. 1 Abkommen EG-Monaco<sup>55</sup>). Dabei dürfen die Behörden, wie in der Vergangenheit auch, auf die besonderen Verwaltungsbeziehungen zurückzugreifen, die sie mit Frankreich unterhalten (Art. 2 Abs. 2 Abkommen EG-Monaco). Rechtsprechung oder wissenschaftliche Literatur existiert dazu nicht.

Ein Blick auf weitere Beziehungen, welche die Union zu anderen Staaten im Bereich des Außenwirtschaftsrechts unterhält, hilft ebenfalls nicht weiter. Die Zollunion zwischen der Union und der Türkei funktioniert etwas anders. Gemäß Art. 12 Abs. 1 Assoziationsratsbeschluss EG-Türkei 1/95 wendet die Türkei gegenüber Drittländern Vorschriften und Durchführungsmaßnahmen an, die im Wesentlichen den später aufgelisteten Rechtsakten der Union entsprechen. Damit

49 Verordnung (EU) Nr. 1379/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2013 über die gemeinsame Marktorganisation für Erzeugnisse der Fischerei und der Aquakultur, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1184/2006 und (EG) Nr. 1224/2009 des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 104/2000 des Rates, ABl. EU 2013 L 354/1.

50 Verordnung (EWG) Nr. 2658/87 des Rates vom 23.6.1987 über die zolltarifliche und statistische Nomenklatur sowie den Gemeinsamen Zolltarif, ABl. EG 1987 L 256/1.

51 Aufzählung in Nr. 1–7 NIP Annex 5.

52 Aufzählung in Nr. 8–47 NIP Annex 5.

53 Grundlegend schon EuGH, verb. Rs. 205–215/82 (Deutsche Milchkontor), ECLI:EU:C:1983:233, Slg. 1983, 2633, Rn. 17. A. Haratsch/C. Koenig/M. Pechstein, *Europarecht* (Fn. 17), Rn. 460; T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim, *Europarecht*, 8. Aufl. 2018, § 12, Rn. 7 ff.; R. Stettner, in: Dausies/Ludwigs (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 39. Lfg. (2016), B.III Rn. 9.

54 C. Herrmann/M. Niestedt, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg.), *EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht*, 13. EL Mai 2019, 10. Einleitung, Rn. 26.

55 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Fürstentum Monaco über die Anwendung bestimmter Rechtsakte der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Fürstentums Monaco, ABl. EG 2003 L 332/42.

wendet die Türkei nicht das Unionsrecht, sondern das Assoziationsrecht an. Ähnlich passiert dies im EWR. Hier wenden die drei EFTA-Staaten nicht Unionsrecht an, sondern das nach Art. 102 EWRA „umgesetzte Unionsrecht“.<sup>56</sup> Gleiches gilt für den vierten EFTA-Staat, also die Schweiz. Die Schweiz vollzieht im Rahmen der Vertragsbeziehungen zur EU das Unionsrecht autonom nach. Das heißt, sie ist ebenso wie die soeben erwähnten Staaten frei, ihr nationales Recht an europäische „Vorgaben“ anzupassen – oder nicht.<sup>57</sup>

Andere Konstellationen, in denen außerhalb der Union Unionsrecht angewandt wird, finden sich in mindestens noch zwei anderen Bereichen, die allerdings ebenfalls nicht weiterhelfen. So können im Bereich des harmonisierten Warenverkehrs Waren, die zwar aus Drittstaaten stammen, gleichwohl aber unionsrechtliche Produktions- oder Sicherheitsstandards erfüllen, den Statuswechsel zur Unionsware einfacher vollziehen (Art. 29 AEUV). Hier wenden aber Private aus freien Stücken Unionsrecht an, um schneller in den Genuss von Vorteilen des Binnenmarktes zu kommen. Weiterhin erstreckt sich der räumliche Anwendungsbeereich der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) auch auf Datenverarbeitungen außerhalb der EU, wenn die Verantwortlichen Waren oder Dienstleistungen entgeltlich oder unentgeltlich in der Union anbieten (Art. 3 Abs. 2 lit. a) DSGVO). Dieses Marktortprinzip<sup>58</sup> schafft damit die Grundlage für eine extraterritoriale Anwendung des sekundären Unionsrechts durch Angehörige von Nicht-EU-Staaten und sogar von dessen Behörden.<sup>59</sup> Allerdings ist diese Konstellation ebenfalls nicht mit dem Vollzug des Unionsrechts durch einen Drittstaat zu verwechseln. Denn während sich dort Staaten freiwillig zum unmittelbaren Vollzug des Unionsrechts verpflichten, verlangt die EU im Datenschutz von Dritten, sei es privat, sei es staatlich, die Anwendung des Unionsrechts. Eine Grundlage aus Sicht der Dritten besteht dafür nicht, selbst wenn die Union sich das Recht anmaßt, Sanktionen zu verhängen.

### c) Fremdvollzug

Mit dem NIP besteht nun die Lage, dass ein Drittstaat Unionsrecht als Unionsrecht anwendet. Es stellt sich die Frage, ob eben jene Anwendung von Unionsrecht durch einen Drittstaat unionsrechtlich möglich ist.<sup>60</sup> Es handelt sich dabei weder um einen Fall des indirekten noch des direkten Vollzugs. Wenn ein Drittstaat Unionsrecht vollzieht, lässt sich wohl besser vom Drittstaatsvollzug oder prägnanter vom Außen- oder Fremdvollzug sprechen.

56 Vgl. *W. Hummer*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 6. Lfg., K.III Rn. 195 ff.

57 *M. Hahn*, *Brexit und Drittstaaten: Das Beispiel Schweiz*, ZEuS 2017, S. 431, 437 f.; *R. Bieber/A. Epiney/M. Haag/M. Kotzur*, *Die Europäische Union*, 13. Aufl. 2019, § 39, Rn. 17.

58 *P. Schantz*, *Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht*, NJW 2016, S. 1841, 1842; *P. Schantz/H. A. Wolff*, *Das neue Datenschutzrecht*, 2017, Rn. 332.

59 *C. Piltz*, in: *Gola* (Hrsg.), *DSG-VO*, 2. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 26.

60 Zum umgedrehten Problem *E. Peuker*, *Die Anwendung nationaler Rechtsvorschriften durch Unionsorgane – ein Konstruktionsfehler der europäischen Bankenaufsicht*, JZ 2014, S. 764 ff.

Für den Fremdvollzug stellen sich grundsätzliche unionsrechtliche Fragen. Schon die geläufige Teilung zwischen indirektem und direktem Vollzug des Unionsrechts gefährdet latent die Einheitlichkeit des Vollzugs in den Mitgliedstaaten.<sup>61</sup> Beim Fremdvollzug scheint sie noch höher zu sein. Als Ansatzpunkt kann daher die hergebrachte Dogmatik zum Vollzug des Unionsrechts nicht dienen. Nach dieser Auffassung bilden der Äquivalenzgrundsatz und der Effektivitätsgrundsatz Grenzen für die Ausgestaltung nationaler Verwaltungsverfahren im Rahmen der nationalen Verfahrensautonomie. Konkret dürfen solche Verfahren nicht ungünstiger gestaltet werden, als bei entsprechenden Verfahren, die nur innerstaatliches Recht betreffen (Äquivalenzgrundsatz), und sie dürfen die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz).<sup>62</sup>

Wegen der ursprünglichen Ausrichtung dieser Rechtsprechung auf die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen scheint dieser Ansatz nicht auf die Situation des Fremdvollzugs zu passen. Auch die Ausgangslage ist eine ganz andere: Weil beim indirekten Vollzug die vollziehenden Behörden in die Unionsarchitektur einbezogen werden, sind einige Prozeduren und Korrektive selbstverständlich. Beim Fremdvollzug sind die Organe des Drittstaats eben nicht in die Struktur der Union aufgenommen und die unionsrechtlichen Determinanten für den Fremdvollzug sind eben nicht selbstverständlich. Was bedeutet das nun im Einzelnen?

#### d) Bedingungen für den Fremdvollzug

Meine These ist, dass für den Fremdvollzug auf drei Ebenen Bedingungen gesetzt werden. Maßgebend sind eine Kontrollebene, eine methodische Ebene und eine Grundrechtsebene.

##### aa) Kontrollebene

Auf der Kontrollebene ist die Sicherung des Rechts die vornehmste Aufgabe des EuGH. Er sichert die einheitliche Anwendung und Auslegung des Unionsrechts und damit dessen praktische Wirksamkeit. Die Anwendung des Unionsrechts durch einen Drittstaat muss also unter der Bedingung erfolgen, dass diese einheitliche Anwendung und Auslegung gesichert sind und die Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt werden kann.

61 A. von Arnould, in: Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, S. 89, Rn. 6. So schon EuGH, verb. Rs. 205–215/82 (Deutsche Milchkontor), ECLI:EU:C:1983:233, Slg. 1983, 2633, Rn. 17.

62 EuGH, Rs. 33/76 (Rewe), ECLI:EU:C:1976:188, Slg. 1976, 1989, Rn. 5; EuGH, Rs. C-231/96 (Edis), ECLI:EU:C:1998:401, Slg. 1998, I-4979, Rn. 19; EuGH, Rs. C-255/00 (Grundig Italiana), ECLI:EU:C:2002:525, Slg. 2002, I-8014, Rn. 33; EuGH, Rs. C-336/00 (Huber), ECLI:EU:C:2002:509, Slg. 2002, I-7699, Rn. 55.

Instrument zur Sicherung der einheitlichen Anwendung und Auslegung ist vor allem das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV.<sup>63</sup> Als erste Bedingung lässt sich also festhalten, dass der EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens von Gerichten des vollziehenden Drittstaats befasst werden kann.

Es ist aber nicht nur der EuGH, der die Anwendung des Unionsrechts überwacht. Als Hüterin der Verträge ist auch die Kommission berufen, die Einhaltung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten zu überwachen. Als Instrument steht ihr dazu u.a. das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV zur Verfügung. Dabei stellt der Wortlaut von Art. 258 AEUV eine Hürde auf. Die Klage ist nämlich nur zulässig, wenn die Kommission behauptet, dass ein *Mitgliedstaat* gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen hat. Dazu sogleich mehr.

#### bb) Methodische Ebene

Damit eng verknüpft ist das Erfordernis, dass der Drittstaat und andere Mitgliedstaaten auch tatsächlich das Gleiche anwenden. M.a.W. muss das Unionsrecht identisch sein. Nutzen Mitgliedstaaten und Union auf der einen und der Drittstaat auf der anderen Seite unterschiedliche Rechtsstände, ist die Einheitlichkeit garantiert nicht gesichert. Problematisch ist dies etwa, wenn ein Stichtag eingeführt wird, dessen Rechtsstand für den Drittstaat gelten soll. So lässt sich als nächste Bedingung festhalten, dass der Rechtsstand identisch sein und dynamisch angepasst werden muss.

Auf der methodischen Ebene werden drei Besonderheiten des Unionsrechts deutlich. Zunächst genießt das Unionsrecht Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht. Des Weiteren sind die Vorschriften des Unionsrechts oft unmittelbar anwendbar, so dass sich auch Einzelne vor nationalen Behörden und Gerichten auf das Unionsrecht berufen können. Unter Umständen wirken einige Rechtsakte unmittelbar, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Beim Fremdvollzug muss also sichergestellt werden, dass Anwendungsvorrang, unmittelbare Anwendbarkeit und unmittelbare Wirkung vom Drittstaat akzeptiert werden.

#### cc) Grundrechtsebene

Zur Wahrung der einheitlichen Anwendung und Auslegung kommt noch eine weitere Voraussetzung hinzu. Denn auch der entsprechende Grundrechtsstandard muss gewahrt bleiben. Verbunden ist damit erneut die Frage nach der Anwendbarkeit der Grundrechtecharta (GRC).

Die GRC bindet die Mitgliedstaaten<sup>64</sup> der Union dann an sich, wenn staatliche Stellen „bei der Durchführung des Rechts der Union“ (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC)

63 *A. Haratsch/C. Koenig/M. Pechstein*, Europarecht (Fn. 17), Rn. 580. Vgl. EuGH, Rs. 66/80 (International Chemical Cooperation), ECLI:EU:C:1981:102, Slg. 1981, 1191, Rn. 11.

64 So der Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC. Wenn dort von „Mitgliedstaaten“ die Rede ist, legt Art. 127 Abs. 6 DWA fest, dass in diesem Fall der Begriff des „Mitgliedstaats“ das VK erfasst.

tätig werden. Der EuGH versteht darunter bekanntlich, dass die Charta „in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen (...) Anwendung finde[t]“. <sup>65</sup> Damit setzt er die Durchführung des Unionsrechts mit seinem Anwendungsbereich gleich. <sup>66</sup> Es sind, so der EuGH keine „Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären.“ <sup>67</sup> Der EuGH verlangt, dass ein „hinreichende[r] Zusammenhang von einem gewissen Grad“ vorliegt, „der darüber hinausgeht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine von ihnen mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann.“ <sup>68</sup> Wenn also die ausgeführte staatliche Handlung ihre Grundlage im Unionsrecht findet, ist die GRC anwendbar. <sup>69</sup>

Aus unionsrechtlicher Sicht gilt, dass die Anwendung des Sekundär- und Tertiärrechts selbstverständlich die Durchführung des Rechts der Union i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC darstellt. Damit muss aus unionsrechtlicher Sicht gelten: Wenn das VK unmittelbar das Unionsrecht des Warenverkehrs anwendet, sind seine staatlichen Stellen an die GRC gebunden. Es ergibt wenig Sinn, dass ein Staat bei der Durchführung des Unionsrechts als Unionsrecht und nicht etwa als „umgesetztes Unionsrecht“ nicht an den dazu einschlägigen Grundrechtsstandard gebunden sein soll.

#### dd) Subsumtion des DWA

Wie verhält sich das DWA zu diesen Kriterien?

Auf der Kontrollebene ergeben sich keine Probleme. In Bezug auf das in Nordirland anwendbare Zollrecht hat der EuGH wegen Art. 14 Abs. 4 NIP i. V. m. Art. 6 Abs. 2 NIP seine in den Verträgen festgelegte Gerichtsbarkeit. Insbesondere besteht für britische Gerichte die Möglichkeit, den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens zu befassen. Auch die Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte ist gewahrt. Möglich sind auch Aufsichtsklagen der Kommission.

Auch die methodische Ebene bleibt gewahrt. Das NIP sieht vor, dass die jeweils gültige Fassung der Rechtsakte, die in den jeweiligen Anhängen aufgeführt sind, anzuwenden sind (Art. 15 Abs. 4 NIP). Damit muss das VK den jeweils aktuellen Rechtsstand anwenden. Art. 14 Abs. 5 NIP sichert, dass der Anwendungsvorrang, die unmittelbare Anwendung und die unmittelbare Wirkung bestehen bleiben.

Nur die Grundrechtsebene stellt ein Problem dar. Hier schafft es das NIP nicht, den Grundrechtsstandard der Union bei der Anwendung des Unionsrechts zu gewährleisten. Das DWA sieht ausdrücklich nur vor, dass die GRC nur bis zum Ende der Implementierungsphase anwendbar sein sollte. Auch der Trick über die

65 EuGH, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 19.

66 In dieser Richtung bereits die Erläuterungen zu Art. 51 GRC, welche nach Art. 52 Abs. 7 GRC bei der Auslegung gebührend zu berücksichtigen sind.

67 EuGH, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 21.

68 EuGH, Rs. C-206/13 (Siragusa), ECLI:EU:C:2014:126, Rn. 24.

69 E. Pache, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, 2017, Art. 51 GRC, Rn. 19.

Gleichsetzung des Begriffs „Mitgliedsstaat“ im Unionsrecht mit dem VK, welche das DWA anordnet, ist nur für die Dauer der Implementierungsphase hergestellt.

## **V. Ergebnis**

Der EuGH ist nach wie vor dazu berufen, das DWA auf seine Unionsrechtskonformität hin zu überprüfen. Aus Sicht der Union ist das DWA ein völkerrechtlicher Vertrag, der sich dementsprechend unterhalb des Primärrechts in die Normenpyramide einfügt.

Allerdings hält sich das DWA nicht an alle Grenzen, die ihm das Europarecht vorgibt. Gerade einzelne Fragen der gerichtlichen Überprüfbarkeit, des Grundrechtsschutzes und der Unionsbürgerschaft sowie der des Vollzugs von Unionsrecht sind europarechtlich bedenklich und nicht haltbar.

Über den Tag hinaus bleiben grundsätzliche Fragen, welche das Brexit-Abkommen erstmals aufwirft und zu deren Beantwortung Thesen präsentiert wurden. Um auf das eingangs gezeichnete Bild zurückzukommen, lässt sich festhalten, dass das DWA aus europarechtlicher Sicht mit einigen Anpassungen durchaus seetauglich ist. Gescheitert ist das Abkommen politisch, nicht rechtlich.