

# Von Demokratie und Freihandel: Die parlamentarischen Beteiligungsrechte am Abschluss von EU-Freihandelsabkommen im Mehrebenensystem

David Preßlein\*

## Inhalt

A. EU-Außenbeziehungen und Demokratie	238
B. EU-Freihandelsabkommen	239
I. Bilaterale Freihandelsabkommen	240
II. Freihandelsabkommen neuerer Generation	241
III. Kritische Stimmen und öffentlicher Diskurs	242
C. Demokratische Legitimation	243
D. EU-Außenkompetenzen	245
I. Allgemeine Lehren der Außenkompetenzen	245
II. Insbesondere: Die Reichweite der GHP in Art. 207 Abs. 1 AEUV	246
E. Völkerrechtliche Abkommen der EU	247
F. Beteiligung bei Freihandelsabkommen	248
I. EU only-Abkommen	248
1. Europäisches Parlament	248
a) Vertragsverhandlungen	248
b) Vertragsabschluss	249
2. Bundestag	250
a) Rechte nach GG und EUZBBG	250
b) Zustimmung gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 2, 3 GG analog	251
c) Integrationsverantwortung	252
3. Bundesrat	253
4. Landtage	255
II. Gemischte Abkommen	256
1. Europäisches Parlament	256
2. Bundestag	256
a) Beteiligung gemäß Art. 59 GG	257
(1) Politische Beziehungen des Bundes (Alt. 1)	257

\* David Preßlein ist studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Privatrechtstheorie (Lehrstuhlinhaber: Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit) an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

(2) Gegenstände der Bundesgesetzgebung (Alt. 2)	257
(3) Rechte aus Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG	258
b) Beteiligung gemäß Art. 24 GG	260
3. Bundesrat	260
4. Landtage	261
III. Zwischenfazit	262
G. Einordnung der Abkommen	262
I. Ausgangslage	262
II. Gutachten des EuGH	263
III. Stellungnahme	264
H. Fazit	266
I. Ausblick	266

## A. EU-Außenbeziehungen und Demokratie

Der Prozess der europäischen Integration wird seit jeher von der Frage nach demokratischer Legitimation und dem Vorwurf eines „Demokratiedefizits“ begleitet.<sup>1</sup> Manche sehen in der EU gar „eine bürokratische Veranstaltung einer seelen- und gesichtslosen Eurokratie in Brüssel“.<sup>2</sup> Mit jeder Vertragsänderung, insbesondere dem Vertrag von Lissabon, sollte darauf reagiert und Demokratisierung vorangetrieben werden. Dennoch sind die kritischen Stimmen auch heute noch laut.<sup>3</sup>

Zuletzt richten sie sich verstärkt gegen die EU-Außenbeziehungen, insbesondere Handels- und Investitionsschutzabkommen (im Folgenden kurz als „Freihandelsabkommen“ bezeichnet): Neben inhaltlicher Kritik wird auch mehr Beteiligung der Zivilgesellschaft gefordert.<sup>4</sup> Dies kommt deutlich in der Rechenschaftspflicht des Art. 10 Abs. 2 UAbs. 2 EUV zum Ausdruck, der eine Rückbindung an die nationalen Parlamente und an die Bürgerinnen und Bürger vorsieht.<sup>5</sup> Dagegen stehen Bedenken mit Blick auf die Handlungsfähigkeit der EU. Mehr Beteiligung könnte Vertragsab-

1 *Lindseth*, Power and Legitimacy, Reconciling Europe and the Nation-State, 1. Aufl. 2010, S. 5 ff.; *Jaag*, Demokratische Legitimation der EU-Außenpolitik nach Lissabon, EuR 2012, S. 309; *Craig*, Integration, Democracy, and Legitimacy, in: ders./Gráinne de Búrca, The Evolution of EU Law, 2. Aufl. 2012, S. 28 ff., insb. S. 30.

2 *Fischer*, Humboldt-Rede, S. 1.

3 Vgl. für die Demokratisierungsbemühungen die Erklärung von Laeken vom 15.12.2001, Bulletin EU 12-2001, I.27 (Anlage I); Zur aktuellen Kritik ausführlich *Jaeger*, Alle Macht dem Volk? Direkte Demokratie und ihr Missbrauch als Integrationsproblem, EuZW 2017, S. 127.

4 Vgl. *Holterhus*, Die Rolle des Deutschen Bundestags in der auswärtigen Handelspolitik der Europäischen Union – Insbesondere zu den parlamentarischen Einflussmöglichkeiten im völkerrechtlichen Vertragsschlussverfahren, EuR 2017, S. 234; *Mayer*, Wallonien, CETA und die Tyrannei der Minderheit, www.verfassungsblog.de vom 23.10.2016 (02.08.2018).

5 *Streinz*, Disputes on TTIP: Does the Agreement Need the Consent of the German Parliament?, in: Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship – Liber amicorum in memoriam Horst G. Krenzler, S. 270, 290.

schlüsse blockieren oder gar verhindern und damit dem Ansehen der EU schaden, was den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV beeinträchtigen könnte.<sup>6</sup> Dies belegen die als „CETA-Drama“ bekannte Weigerung Walloniens, ihre nach belgischem Recht notwendige Zustimmung zur Unterzeichnung des Freihandelsabkommens CETA durch Belgien zu erteilen,<sup>7</sup> oder die Eilanträge gegen Selbiges an das BVerfG.<sup>8</sup> Es stellt sich die Frage, wie diesen Spannungen bei EU-Freihandelsabkommen begegnet werden kann, mithin die Frage nach deren „demokratischer Legitimation“. Inwieweit und in welcher Form müssen Europäisches Parlament (kurz „EP“) und nationale Parlamente beteiligt werden?

Dies soll im Folgenden mit Bezug auf deutsche Organe untersucht werden. Dabei sollen zunächst grundlegende Aussagen zu EU-Freihandelsabkommen (B), demokratischer Legitimation (C) sowie den EU-Außenkompetenzen und Arten von EU-Abkommen (D, E) getroffen werden. Hiernach werden die verschiedenen Beteiligungsrechte vorgestellt (F). Schließlich sollen die erlangten Erkenntnisse angewandt, ein Fazit gezogen und ein Ausblick gegeben werden (G, H und I).

## B. EU-Freihandelsabkommen

Im Rahmen der Gemeinsamen Handelspolitik (GHP) in Art. 207 AEUV hat die EU/EG (vergleiche die Regelung des Art. 1 Abs. 3 Satz 3 EUV über die Rechtsnachfolge der EG durch die EU) seit 1963 eine Vielzahl von Handelsverträgen geschlossen. Das generelle Vorgehen stellt sich dabei wie folgt dar:

Zunächst soll durch multilaterale Abkommen der allgemeine rechtliche Rahmen abgesteckt werden, bevor bilaterale Verträge für detailliertere Regelungen und weitergehende Liberalisierung sorgen.<sup>9</sup> Zu den grundlegenden multilateralen Abkommen zählen Gründungsverträge internationaler Organisationen wie das WTO-Übereinkommen als Rahmen zum Beispiel für die spezielleren Übereinkünfte und Rechtsinstrumente GATT 1994, GATS oder TRIPS, die zunächst die Handelsliberalisierung maßgeblich prägten und mitbestimmten. Sie sind auch heute noch von großer Bedeutung.<sup>10</sup>

6 Europäische Kommission, Broschüre zur Rede zur Lage der Union 2017, S. 49; Gáspár-Szilágyi, Opinion 2/15: Maybe it is time for the EU to conclude separate trade and investment agreements, [www.europeanlawblog.eu](http://www.europeanlawblog.eu) vom 20.06.2017 (10.09.2018).

7 Vgl. Jaeger, (Fn. 3), S. 128 und die kritische Reaktion der kanadischen Regierung, veröffentlicht auf [www.tagesschau.de](http://www.tagesschau.de) am 14.10.2016 (10.09.2018).

8 BVerfGE 143, 65. Siehe auch die Darstellung bei Proelß, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gemischter EU-Handelsabkommen: Das Beispiel CETA, ZEuS 2016, S. 401 ff.

9 Streinz, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 1279; Hahn, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 207 AEUV, Rn. 10; Germelmann, Perspektiven bilateraler und regionaler Freihandelsabkommen im Welthandelsrecht, EuZW 2016, S. 207 ff.

10 Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV Band 2, Stand: 63. Aktualisierung, Dezember 2017, Art. 207 AEUV, Rn. 214; Boysen/Oeter, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Aufl. 2015, § 32, Rn. 18.

## I. Bilaterale Freihandelsabkommen

Vor dem Hintergrund der stockenden WTO-Tätigkeit wird aber immer deutlicher, dass eine multilaterale Strategie allein nicht mehr ausreicht; zu groß sind die Interessengegensätze der mittlerweile 164 WTO-Mitglieder. Vielmehr zeigt sich, dass ihnen derzeit nicht an einer umfassenden Weiterentwicklung gelegen ist. Deshalb greift die EU vermehrt zu bilateralen Abkommen, um wirtschaftliche Integration zu intensivieren und sonst nicht realisierbare handelspolitische Chancen zu eröffnen. Auch sollen durch Schaffung von „Goldstandards“ künftige Entwicklungen beeinflusst werden. Damit wird ausgedrückt, dass die Pilot-Abkommen mit den in ihnen festgelegten Standards als Vorbilder für zukünftige Abkommen mit anderen Parteien dienen sollen. Dies wird dadurch verstärkt, dass Drittstaaten durch die in den Regelungen beinhalteten Begünstigungen unter Zugzwang gesetzt werden und daher eher ihre Bereitschaft signalisieren dürften, einem Abkommen mit ähnlichen Liberalisierungsstandards zuzustimmen.<sup>11</sup> Auf diese Weise führen bilaterale Abkommen schrittweise zu einer generellen Anhebung der jeweiligen Liberalisierungsstandards auch und gerade auf multilateraler Ebene. Wegen dieses provozierten „race to the top“ sind sie ein zentrales Element zukunftsorientierter Handelspolitik.<sup>12</sup>

Es gibt verschiedene Abkommens-Typen: Unterschieden werden horizontale und sektorale, sowie präferenzielle und nicht-präferenzielle Abkommen. Horizontale sind anders als Sektorale langfristig und umfassend angelegt, regeln also verschiedene Bereiche des Welthandels, zum Beispiel neben dem Waren- auch den Dienstleistungsverkehr und das geistige Eigentum oder auch Umweltaspekte.<sup>13</sup> Als Beispiele können hier das horizontale Freihandelsabkommen mit Südkorea<sup>14</sup> oder die sektoralen Abkommen mit Russland auf dem Gebiet der Kohle- und Stahlproduktion sowie dem Textilhandel angeführt werden.<sup>15</sup> Daneben weisen horizontale Abkommen auch in

11 Zu obigem insgesamt siehe *Stoll/Holterhus*, The „Generalization“ of International Investment Law in Constitutional Perspective, in: Hindelang/Krajewski (Hrsg.), *International Investment Law*, S. 339, 342 mit Verweis auf Stellungnahmen zu den TTIP-Verhandlungen; *Fisahn/Ciftci*, CETA und TTIP: demokratische Bedenken zu einigen Aspekten, KJ 2015, S. 252.

12 Ibid.; Vgl. auch die ausführliche Darstellung bei *Altemöller*, Perspektiven für das Welthandelsystem – Von multilateraler Integration zu Freihandelsabkommen?, EuZW 2016, S. 374 ff.

13 *Weiß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), (Fn. 10), Art. 207 AEUV, Rn. 258 ff. Siehe auch die dort enthaltene Übersicht über die wichtigsten Abkommen.

14 Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits, ABl. Nr. L 127 v. 18.05.2016, S. 6-7. Siehe dazu die umfassende Auseinandersetzung mit dem Abkommens-Inhalt bei *Daiber*, Das Freihandelsabkommen zwischen der EU und Südkorea, EuR 2015, S. 542 ff.

15 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und der Regierung der Russischen Föderation über den Handel mit bestimmten Eisen- und Stahlerzeugnissen vom 9. Juli 2002, ABl. Nr. L 195 v. 24.07.2002, S. 55-71; Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Russischen Föderation über den Handel mit Textilwaren vom 28. März 1998, ABl. Nr. L 169 v. 15.06.1998, S. 2. Dazu *Muchanov*, Die Handelsbeziehungen zwischen der Europäischen Union und Russland im Lichte des Völkerrechts, ZaöRV 2006, S. 737 ff.

institutioneller Hinsicht Besonderheiten auf: Sie werden meist durch eigene Gremien oder Ausschüsse angepasst, die zur Auslegung und Fortbildung befugt sind. Deren Besetzung erfolgt paritätisch mit Vertretern der verschiedenen Vertragsparteien, wobei die EU-Mitgliedstaaten zumeist nicht einzeln berücksichtigt werden, vielmehr wird die EU als Gesamtheit vertreten.<sup>16</sup> Eine explizite Grundlage für die Möglichkeit der Schaffung solcher Organe in EUV oder AEUV fehlt zwar, jedoch wird sie von Art. 218 Abs. 9 AEUV impliziert.<sup>17</sup>

Präferenzielle Abkommen kreieren im Gegensatz zu Nichtpräferenziellen besondere Beziehungen zwischen den Parteien und begünstigen über die bestehenden multilateralen Regelungen hinaus. Da hierin grundsätzlich ein Verstoß gegen die Meistbegünstigungsklausel des Art. I:1 GATT respektive Art. II:1 GATS und weitere Vorschriften läge, können sie in WTO-Rechts-konformer Weise nur unter den Voraussetzungen der Rechtfertigungsvorschriften des Art. XXIV GATT beziehungsweise Art. V GATS als Freihandelsabkommen geschlossen werden.<sup>18</sup> Aktuell relevant sind vor allem CETA mit Kanada und EUSFTA mit Singapur; das bekannteste Beispiel TTIP ist unter dem jetzigen US-Präsidenten wohl gescheitert.

## II. Freihandelsabkommen neuerer Generation

Über die Jahre ist die Bandbreite der Inhalte bilateraler EU-Übereinkünfte stark gewachsen. Enthalten sind nun Vereinbarungen über Warenhandel, Handelserleichterungen, Regulierungszusammenarbeit, technische Handelshemmnisse, Ursprungsregeln, Dienstleistungen, Erleichterungen der Qualifikationsanerkennung und Regelungen über geistiges Eigentum, Umwelt, Arbeitnehmerrechte, Wettbewerb und Zölle. Man spricht von Freihandelsabkommen der „neuen“ Generation.<sup>19</sup> Auch Investitionsschutz spielt eine große Rolle: Neben Begriffsbestimmungen, Verhaltenspflichten, Enteignungsregelungen oder Zahlungstransfergarantien wird meist ein Investor-Staat-Schiedsverfahren (Investor-State Dispute Settlement, ISDS) etabliert. Es ermöglicht ausländischen Investoren, einen Staat vor Schiedsgerichten (zum Beispiel

16 So z.B. Art. 15.1 FTA Korea oder Art. 26 Abs. 2 Satz 1 CETA. Dazu ausführlich *Schroeder*, Freihandelsabkommen und Demokratieprinzip – Eine Untersuchung zur parlamentarischen Legitimation gemischter Verträge, EuR 2018, S. 134 ff. oder *Fisahn/Ciftci*, (Fn. 11), S. 259 f.

17 *Weiß*, Verfassungsanforderungen und Integrationsverantwortung bei beschließenden Vertragsorganen in Freihandelsabkommen, EuZW 2016, S. 288.

18 *Weiß*, in: v. Arnould, Enzyklopädie Europarecht, Band 10: Europäische Außenbeziehungen, § 10, Rn. 1.; *Boysen/Oeter*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), (Fn. 10), § 9, Rn. 19. Dazu auch *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 993 ff. sowie v. *Arnould*, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 954.

19 Für eine Übersicht über die verschiedenen „Generationen“ der Freihandelsabkommen der EU siehe *ibid.*, Rn. 2; *Altemöller*, (Fn. 12), S. 377. Insbesondere aus dem Blickwinkel des Investitionsschutzrechts *Titi*, International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements, EJIL 2015, S. 639 ff.

dem International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) wegen Vertragsverletzungen auf Schadensersatz zu verklagen.<sup>20</sup>

Die Abkommen werden wegen eines möglichen Absinkens von Umwelt- und Arbeitsschutzstandards sowie Problemen in den Bereichen Netzpolitik und geistiges Eigentum kritisiert, die durch sog. „*Ratchet-Klauseln*“ perpetuiert werden könnten. Darunter versteht man Klauseln, die einen bestimmten erreichten Liberalisierungsstand festschreiben, indem sie einen Rückschritt dahinter untersagen, Novellierungen also nur insoweit zulassen, als sie eine weitere Marktöffnung darstellen.<sup>21</sup>

Von der demokratischen Warte aus beäugen einige zudem das ISDS kritisch: Indem die Schiedsgerichte die Möglichkeit erhalten, Schadensersatzansprüche gegen Staaten auch für legislatives Verhalten auszusprechen, entstehe ein „*(regulatory) chilling effect*“: Aus Angst vor Klagen werde die Legislative vorsichtiger agieren, als sie es sonst täte. Eine solche Lähmung des Gesetzgebers wäre aber unter demokratischen Gesichtspunkten problematisch.<sup>22</sup> Doch auch die Ermächtigung der Gremien zu verbindlichen Regelungen ohne direkte Vertretung der Mitgliedstaaten sei kritisch zu sehen, da diese so in einem geringeren Maße beteiligt würden und verbindliches Recht durch nur wenig demokratisch rückgebundene Organe geschaffen würde.<sup>23</sup>

### III. Kritische Stimmen und öffentlicher Diskurs

Diese Kritikpunkte sind von verschiedenen Seiten auch in den politischen Diskurs eingebracht worden:

Aus der *Zivilgesellschaft* gingen einige Bürgerinitiativen hervor, die sich gegen TTIP und CETA aussprachen. Sie setzten sich aus verschiedenen gesellschaftlichen Kreisen zusammen: So waren Landwirte und Umweltschützer, als auch Gewerkschaften und generelle Globalisierungsgegner unter den Mitgliedern zu finden. Weitere Unterstützung bekamen sie durch Nichtregierungsorganisationen wie zum Beispiel Greenpeace

20 Deutscher Mustervertrag 2009. *Krajewski*, (Fn. 18), Rn. 557 ff.; v. *Arnauld*, (Fn. 18), Rn. 1003.

21 *Fisahn/Ciftci*, (Fn. 11), S. 257 f. unter Verweis auf *Fritz*, TTIP vor Ort – Folgen der transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft für Bundesländer und Kommunen, Studie im Auftrag von campact, S. 13.

22 Dazu ausführlich *Krajewski*, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), ZUR 2014, S. 398 ff.; *Michl*, Endstation Karlsruhe? Was von der CETA-Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht zu erwarten ist, veröffentlicht auf [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) am 11.10.2016 (10.09.2018); *Proelß*, (Fn. 8), S. 412. Siehe auch BVerfGE 143, 65.

23 *Weiß*, (Fn. 17), S. 286; auch *Fisahn/Ciftci*, (Fn. 11), S. 259 f. jeweils mit weiteren Nachweisen.

oder den Bund Naturschutz.<sup>24</sup> Dies fand zum Teil Anklang auf der *parteipolitischen Ebene*: In Belgien zeigte das bereits eingangs erwähnte „CETA-Drama“ die kritische Haltung in Politik und Bevölkerung der Mitgliedstaaten oder deren Regionen.<sup>25</sup> In Deutschland schlugen sich insbesondere Die Linke und das Bündnis 90/Die Grünen auf die Seite der kritischen Stimmen.<sup>26</sup>

Dort fand diese kritische Haltung ihren vorläufigen Höhepunkt in den *Eilanträgen an das BVerfG zu CETA*: Dieses entschied, dass eine vorläufige Anwendung des Abkommens erfolgen dürfe, sofern die Bundesregierung bestimmte Bedingungen erfülle: Insbesondere müsse sichergestellt werden, dass der Ratsbeschluss über die vorläufige Anwendung nur Bereiche umfasse, die unstreitig in EU-Zuständigkeit liegen. Weiter müsse die hinreichende Rückbindung der Entscheidungen im Gemischten CETA-Ausschuss bis zur Hauptsacheentscheidung gewährleistet werden. Schließlich müsse die Auslegung des Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA eine einseitige Beendigung der vorläufigen Anwendung durch Deutschland ermöglichen.<sup>27</sup>

Aufgrund dieser Kritik von verschiedensten Seiten besteht großes Bedürfnis, die demokratische Legitimation von Freihandelsabkommen zu klären und zu sichern.

### C. Demokratische Legitimation

Demokratien sind Herrschaftsformen, in denen das Volk die Staatsgewalt in direkten Wahlen oder über gewählte Repräsentanten ausübt und auf diese Art derivative Herrschaftsmacht verleiht.<sup>28</sup> Ihr Kern ist die freie und gleiche Entscheidungsfindung durch

24 Siehe beispielsweise das versuchte Volksbegehren „Stop CETA!“, Initiativen wie „Stop TTIP!“, [www.stop-ttip.org](http://www.stop-ttip.org) (17.04.2018) oder der Verein Mehr Demokratie, [www.mehr-demokratie.de](http://www.mehr-demokratie.de) (17.04.2018). Greenpeace hat diverse kritische Stellungnahmen zu CETA und TTIP veröffentlicht, [www.greenpeace.de](http://www.greenpeace.de) (17.04.2018). Auch der Bund Naturschutz spricht sich gegen die Freihandelsabkommen aus, [www.bund-naturschutz.de](http://www.bund-naturschutz.de) (17.04.2018). Die Kommission wurde durch die breite und intensive Debatte über TTIP zur Schaffung eines offenen online-Konsultationsprozesses bewegt, SWD (2015) 3 final v. 13.01.2015.

25 Dazu auch die „Declaration de Namur“, welche vom belgischen Regionalpolitiker *Paul Magnette*, einer der Schlüsselfiguren des „CETA-Dramas“, initiiert wurde, [www.declarationdenamur.eu](http://www.declarationdenamur.eu) (10.09.2018).

26 Siehe dazu exemplarisch die online veröffentlichte Stellungnahme von Bündnis 90/Die Grünen vom 07.08.2017 auf [www.gruene.de](http://www.gruene.de) oder der Bundestagsfraktion der Linken auf [www.linksfraktion.de](http://www.linksfraktion.de) (07.05.2018).

27 BVerfGE 143, 65 ff.; Siehe exemplarisch die Besprechungen von *Ruffert*, Völkerrecht, Europarecht und Verfassungsrecht: Zustimmung zur vorläufigen Anwendung von CETA, JuS 2016, S. 1141 ff., *Holterhus*, Eilanträge in Sachen CETA – Europäische Außenhandelspolitik im Mehrebenengeflecht von Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht, EuZW 2016, S. 896 ff. oder *Krajewski*, Spielstand nach dem CETA-Beschluss: 2:2, und Karlsruhe behält das letzte Wort, veröffentlicht auf [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) am 13.10.2016 (10.09.2018).

28 *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. 2015, § 5, Rn. 4, 22; *Degenhart*, Staatsrecht I, 33. Aufl. 2017, Rn. 73; *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Band I, 1. Aufl. 2011, § 7, Rn. 1 unter vergleichendem Hinweis auf den Wortlaut des Art. 3 der französischen Verfassung.

die Bevölkerungsmehrheit, wofür es einer ununterbrochenen Legitimationskette zwischen Volk und staatlichen Organen oder Amtswaltern bedarf.<sup>29</sup>

Während der Bundestag als einziges direkt gewähltes und damit in der vom GG vorgesehenen parlamentarischen Demokratie zentrales Bundesorgan direkte Legitimation aufweist,<sup>30</sup> hat der Bundesrat exekutiven Charakter und wird nur mittelbar über die Landtage und die Bestellung durch die Landesregierung legitimiert, Art. 51 Abs. 1 Satz GG.<sup>31</sup> Die Landtage dagegen werden durch die Bürger der Länder gewählt (vergleiche beispielsweise Art. 13 ff. BV) und demokratisch legitimiert, was nicht durch ergänzende unmittelbar-plebiszitäre Elemente geschmälert wird.<sup>32</sup>

Die EU bekennt sich zu grundlegenden Werten wie der Demokratie, Art. 2, 10 EUV. Demokratische Legitimation erfolgt dabei dual: Neben dem an die nationalen Parlamente rückgebundenen Rat (Art. 16 Abs. 2 EUV) wird das EP als Mitgesetzgeber (Art. 14 Abs. 1 Satz 1, 16 Abs. 1 EUV sowie Art. 289 Abs. 1, 294 AEUV) direkt von den Unionsbürgern gewählt.<sup>33</sup> Dabei verhindert die degressiv proportionale Besetzung zwar Wahlgleichheit; Art. 14 Abs. 3 EUV führt sie gerade nicht auf.<sup>34</sup> Aufgrund der Besonderheiten politischer Herrschaft im Mehrebenensystem muss jedoch die von Staaten verschiedene Struktur der EU als Staatenverbund berücksichtigt werden.<sup>35</sup> Diese muss den kleinsten gemeinsamen Nenner zwischen unterschiedlichen Demokratietraditionen und Bevölkerungszahlen finden, ohne dabei Identität und Souveränität der Mitgliedstaaten zu vernachlässigen, Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV.<sup>36</sup> Ergo ist das EP „europaspezifisch“ legitimiert, kann die Ausübung öffentlicher Gewalt durch die EU aber nicht allein legitimieren.<sup>37</sup>

29 Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, S. 4 ff.; Huster/Rux, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Grundgesetz, 36. Edition, Stand 15.02.2018, Art. 20 GG, Rn. 85 ff., 93; BVerfGE 44, 125 (139); 83, 60 (73); 93, 37 (66).

30 Badura, Die parlamentarische Demokratie, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band II, § 25, Rn. 34; Degenhart, (Fn. 28), Rn. 635.

31 Dörr, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Grundgesetz, (Fn. 29), Art. 50, Rn. 5.

32 Lindner, in: Lindner/Möstl/Wolff (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 2 BV, Rn. 8 f.

33 Streinz, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 23 GG, Rn. 24 ff.; Herdegen, Europarecht, 18. Aufl. 2016, § 7, Rn. 68.

34 Hobe, Europarecht, 8. Aufl. 2014, Rn. 282, 288; Kritisch BVerfGE 129, 300 (336) mit offenerem Sondervotum der Richter Di Fabio und Mellinghoff.

35 BVerfGE 89, 155 (188 ff.); Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV Band 1, Stand: 63. Aktualisierung, Dezember 2017, Art. 10 EUV, Rn. 67 ff.; Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht. Die Überprüfung grundrechtsbeschränkender deutscher Begründungs- und Vollzugsakte von Europäischem Gemeinschaftsrecht durch das Bundesverfassungsgericht, 1. Aufl. 1989, S. 254: „strukturangepasste Grundsatzkongruenz“.

36 Frenz, Handbuch Europarecht, Band 6: Institutionen und Politiken, 1. Aufl. 2011, Rn. 139 ff.; zurückhaltend BVerfGE 123, 267 (370 ff.).

37 BVerfGE 89, 182 ff.; Huber, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 14 EUV, Rn. 32. Differenzierende Kritik bei Mayer, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft – Europäische Integration und 70 Jahre NJW, NJW 2017, S. 361 ff.

## D. EU-Außenkompetenzen

### I. Allgemeine Lehren der Außenkompetenzen

Auch deshalb gilt für EU-Kompetenzen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 EUV.<sup>38</sup> Als Besonderheit können sie sich im Rahmen der Außenbeziehungen ex- oder implizit ergeben.<sup>39</sup> Es ist zu unterscheiden:

Die ausschließliche EU-Kompetenz ergibt sich explizit aus Art. 3 Abs. 1 AEUV, wobei die Gemeinsame Handelspolitik (GHP) von lit. e erfasst ist. Die Mitgliedstaaten dürfen dort grundsätzlich nicht tätig werden.<sup>40</sup> Daneben gewährt Art. 3 Abs. 2 i.V.m. 216 Abs. 1 AEUV weitere Zuständigkeiten speziell für Verträge. Art. 3 Abs. 2 AEUV enthält drei Varianten zur Begründung impliziter Vertragsschlusskompetenzen.<sup>41</sup> Diese waren vom EuGH im *AETR-Urteil* entwickelt und im Nachgang weiter modifiziert worden.<sup>42</sup> Diese teils kritisierte<sup>43</sup> Anlehnung an die „*implied powers*“-Doktrin des IGH<sup>44</sup> im Sinne einer Parallelität von Innen- und Außenkompetenz wurde von den Mitgliedstaaten als „*Herren der Verträge*“ nun festgeschrieben. Bei Variante 3 („gemeinsame Regeln“) hängt es von Regelungsumfang und -dichte ab, ob eine ausschließliche oder geteilte Kompetenz vorliegt, vgl. Art. 216 Abs. 1 AEUV.<sup>45</sup>

Letztere ist in Art. 2 Abs. 2, Art. 4 Abs. 1, 2 AEUV geregelt. Sie besteht, wenn sich die Zuständigkeit aus einer Vertragsvorschrift ergibt, die den Mitgliedstaaten ausdrücklich eigene Kompetenzen überlässt, oder wenn ein Unionsrechtsakt, der kein Gesetzgebungsakt ist, es anordnet. Diese dürfen dort bis zum Tätigwerden der EU Verträge schließen, sind aber aus Art. 4 Abs. 3 EUV als „Sachwalter eines gemeinsamen Interesses“ zur Zusammenarbeit mit der Kommission verpflichtet.<sup>46</sup>

Als dritte Kategorie (ungeachtet der Kompetenzen des Art. 2 Abs. 5 AEUV und derjenigen der Mitgliedstaaten) besteht gemäß Art. 4 Abs. 3, 4 AEUV eine parallele

38 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV Band 1, Stand: 63. Aktualisierung, Dezember 2017, Art. 5 EUV, Rn. 14 f.

39 Mayr, „Mixed“ oder „EU-only“ – Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU „gedeckt“?, EuR 2015, S. 577. Die EU hat seit dem Vertrag von Lissabon gemäß Art. 47 EUV absolute Völkerrechtssubjektivität nach innen und relative nach außen, ihre Anerkennung ist aber wegen mannigfaltiger Außenbeziehungen unstrittig, Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 7. Aufl. 2016, § 38, Rn. 8.

40 Oppermann/Classen/Nettesheim, (Fn. 39), § 38, Rn. 26.

41 Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, (Fn. 9), Art. 3 AEUV, Rn. 17 f.

42 EuGH, Rs. 22/70, *AETR*, ECLI:EU:C:1971:32; Im Weiteren unter anderem EuGH, Rs. 3, 4, 6/76, *Kramer*, ECLI:EU:C:1976:96; Gutachten 1/76, *Stillegungsfonds*, ECLI:EU:C:1977:63; Gutachten 1/94, *WTO*, ECLI:EU:C:1994:384; Rs. C-476/98, *Kommission/Deutschland* („*Open Skies*“), ECLI:EU:C:2002:631; Gutachten 1/03, *Übereinkommen von Lugano*, ECLI:EU:C:2006:81.

43 Bspw. Gilsdorf, Die Außenkompetenzen der EG im Wandel – Eine kritische Auseinandersetzung mit Praxis und Rechtsprechung, EuR 1996, S. 148 mit weiteren Nachweisen.

44 ICJ, *Reparations of Injuries suffered in Service of the UN*, Advisory Opinion, 1949 ICJ, S. 174.

45 EuGH, Rs. C-114/12, *Kommission und Rat*, ECLI:EU:C:2014:2151, Rn. 66 f.

46 EuGH, Rs. 804/79, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, ECLI:EU:C:1981:93, Rn. 30; Siehe z.B. EuGH, Rs. C-266/03, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:2005:341, Rn. 58.

Kompetenz. EU und Mitgliedstaaten werden hier nebeneinander und unabhängig voneinander tätig, die EU kann also ein Handeln Letzterer nicht verhindern. Gleichwohl wird ein solches durch den Vorrang des Unionsrechts begrenzt.<sup>47</sup>

## II. Insbesondere: Die Reichweite der GHP in Art. 207 Abs. 1 AEUV

Im Kontext der Frage nach der Kompetenzverteilung bei Freihandelsabkommen ist vor allem die ausschließliche Zuständigkeit der EU für die GHP aus Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV von Bedeutung. Ihre Reichweite ist in Art. 207 Abs. 1 AEUV abschließend definiert. Im Laufe der verschiedenen Vertragsänderungen wurde sie konstant ausgeweitet, wobei ihr genauer Umfang allerdings seit jeher umstritten war.<sup>48</sup> Exemplarisch hierfür ist die Unterscheidung zwischen den in Art. 207 Abs. 1 AEUV explizit aufgeführten Direkt- und den nicht genannten Portfolioinvestitionen. Während Erstere Investitionen zum Erwerb von Einfluss auf ein Unternehmen, also insbesondere mit dem Zweck eines unternehmerischen Kontrollerwerbs darstellen, handelt es sich bei Letzteren um kleinere Investitionen, die nur der Gewinnerwirtschaftung dienen sollen.<sup>49</sup> Die Grenze wird meist bei 10 bzw. 20 % gezogen.<sup>50</sup> In diesem Kontext wird auch unterschieden zwischen der pre- und der post-establishment-Phase, also der Frage nach dem Marktzugang selbst oder der Behandlung nach erfolgter Etablierung auf dem Markt.<sup>51</sup>

Eine ausführliche Abhandlung der mit der Thematik verbundenen Probleme kann an dieser Stelle nicht erfolgen.<sup>52</sup> Jedoch sollen im Folgenden kurz die zentralen Eckpunkte vorgestellt werden, wohingegen die aktuelle Einstufung durch den EuGH unter G. besprochen wird. Zur Abgrenzung und Definition der GHP haben sich grob drei verschiedene Linien entwickelt:

(1) Die *finale Theorie* stellt allein auf den Zweck der betreffenden Maßnahme ab. Soll diese zur Beeinflussung des Handelsstroms/-volumens führen, so ist sie der GHP

47 Oppermann/Classen/Nettesheim, (Fn. 39), § 38, Rn. 27. Bieber/Kotzur, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Die Europäische Union, 12. Aufl. 2016, § 3, Rn. 25.

48 Streinz/Ohler/Herrmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 3. Aufl. 2010, S. 150 ff.; Hahn, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, (Fn. 9), Art. 207 AEUV, Rn. 33 ff. Aus der Rechtsprechung des EuGH seien exemplarisch genannt: EuGH, Rs. C-62/88, *Griechenland/Rat – Tschernobyl*, ECLI:EU:C:1990:153, Rn. 16; EuGH, Gutachten 1/75, *OECD*, ECLI:EU:C:1975:145; EuGH, Gutachten 1/78, *Internationales Naturkautschuk-Übereinkommen*, ECLI:EU:C:1979:224, Rn. 45.

49 Beispielsweise Mayr, (Fn. 39), S. 575 ff.; Mayer/Ermes, Rechtsfragen zu den EU-Freihandelsabkommen CETA und TTIP, ZRP 2014, S. 237 ff.; BVerfGE 143, 65 (93 f.) m.w.N.

50 Krajewski, (Fn. 18), Rn. 538; Sich nur für 10% aussprechend Streinz, (Fn. 9), Rn. 1289 m.w.N.

51 Herrmann/Müller-Ibold, Die Entwicklung des europäischen Außenwirtschaftsrechts, EuZW 2016, S. 647. Mayr, (Fn. 39), S. 591. Titi, Preferential Trade and Investment Agreements: A New Ordering Paradigm for International Investment Relations? Frankfurt Investment Law Workshop 2012, 16–17 March 2012, SchiedsVZ 2012, S. 279.

52 Insofern sei exemplarisch verwiesen auf Hahn, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, (Fn. 9), Art. 207 AEUV, Rn. 8 f. (auch zu weiteren Ansichten) sowie Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), (Fn. 10), Art. 207 AEUV, Rn. 23 ff.

unterzuordnen, egal, welcher Instrumente sie sich im Einzelnen bedient. Dies führt tendenziell eher zu einer restriktiven Auslegung, weshalb diese Theorie zumeist vom Rat vertreten wird.<sup>53</sup>

(2) Die zumeist von der Kommission bevorzugte *instrumentale Theorie* dagegen will allein die Instrumente in den Blick nehmen. Eine Maßnahme der GHP liege demnach ungeachtet des damit verfolgten Ziels dann vor, wenn handelspolitische Instrumente eingesetzt werden.<sup>54</sup>

(3) Einen Mittelweg stellt der *Ansatz des EuGH* dar, der von einer Einzelfallbetrachtung ausgeht. Maßgeblich seien dabei sowohl Ziel und Zweck als auch die eingesetzten Instrumente. Jedoch müsse sich aus der vorzunehmenden Gesamtschau ein spezifischer Bezug zur Handelspolitik ergeben.<sup>55</sup> Ein solches Vorgehen ermöglicht nicht nur Flexibilität, sondern schafft insofern Einheitlichkeit der Rechtsprechung, als es weitestgehend der sonstigen Kompetenzabgrenzung durch den EuGH in anderen Sachbereichen entspricht.<sup>56</sup> Letztlich führt es aber auch dazu, dass der EuGH immer wieder mit neuen Einzelfragen befasst werden muss.

## E. Völkerrechtliche Abkommen der EU

Als Folge dieser Kompetenzverteilung ergeben sich zwei Arten von Abkommen: Abkommen in ausschließlicher EU-Zuständigkeit (EU only) können von der EU allein mit Drittstaaten geschlossen werden. Sie binden gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV Unionsorgane und Mitgliedstaaten, sind „integrierender Bestandteil“ des Unionsrechts<sup>57</sup> und stehen im Rang zwischen Primär- und Sekundärrecht, was sich aus den Art. 218 Abs. 11 Satz 2 und Art. 216 Abs. 2 AEUV ergibt. Damit genießen sie den Vorrang des Unionsrechts und eventuell unmittelbare Wirkung.<sup>58</sup>

Gemischte Abkommen betreffen nicht nur EU-Kompetenzen, sondern auch die der Mitgliedstaaten. Diese werden ebenfalls Vertragsparteien; es bedarf also zusätzlich ihrer Ratifikation; schon ein Veto könnte den Vertrag zum Scheitern bringen.<sup>59</sup> Sie sind in gleicher Weise völkerrechtlich gebunden, haften aber einzeln, falls die Kompetenzverteilung offengelegt wird. Dies wird allerdings in der Praxis eher selten sein, da die interne Aufteilung meist nicht völlig eindeutig ist. Vielmehr wird das Modell

53 Vgl. die Stellungnahme des Rates im Rahmen des Gutachtenverfahrens des EuGH 1/78, *Internationales Naturkautschuk-Abkommen*, (Fn. 48).

54 So dagegen die Stellungnahme der Kommission im Rahmen des gleichen Gutachtenverfahrens 1/78, *Internationales Naturkautschuk-Abkommen*, (Fn. 48).

55 EuGH, Rs. C-414/11, *Daichi Sankyo und Sanofi-Aventis Deutschland*, ECLI:EU:C:2013:520, Rn. 51 f., unter Berufung auf EuGH, Gutachten 2/00, *Protokoll von Cartagena*, ECLI:EU:C:2001:664, Rn. 40.

56 So auch *Arnold/Meindl*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Stand: 43. Aktualisierung, Oktober 2017, Band 2, Abschnitt K. I., Rn. 4.

57 Stetige Rechtsprechung des EuGH; etwa Rs. 181/73, *Haegeman*, ECLI:EU:C:1974:41, Rn. 2, 6.

58 *Streinz*, (Fn. 9), Rn. 1239 f.; EuGH, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66.

59 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, (Fn. 39), § 38, Rn. 20; *Schiffbauer*, *Mehrheitserfordernisse für Abstimmungen im Rat über TTIP, CETA & Co.*, EuZW 2016, S. 254; *Eeckhout*, *EU External Relations Law*, 2. Aufl. 2011, S. 212 ff.

einer „Gesamtschuldnerschaft“ im Außen- mit einem Ausgleich im Innenverhältnis angewendet.<sup>60</sup> Ziel des Abschlusses eines gemischten Abkommens ist zum einen die Abdeckung aller Kompetenzbereiche, zum anderen spielen auch politische und praktische Gründe eine Rolle.

Bislang umstritten war aber, wann genau ein solcher Abschluss tatsächlich notwendig ist. Hierzu werden zwei gegenläufige Theorien vertreten: Nach der „*Pastis-Formel*“<sup>61</sup> begründet schon der kleinste Kompetenzmangel der EU ein gemischtes Abkommen, während die *Schwerpunktlösung* kleinere Kompetenzmängel von begrenzter Tragweite „verzeiht“: Vorschriften mit nur geringer Reichweite sollen danach bei der Beurteilung des Abkommens-Typs nicht ins Gewicht fallen.<sup>62</sup> Hinzu kommt, dass Abkommen bei ausschließlichen/geteilten Zuständigkeiten bisher nach Ermessen der EU auch gemischt geschlossen werden, sog. *facultative mixity*.<sup>63</sup>

## F. Beteiligung bei Freihandelsabkommen

Diese Entscheidung hat Einfluss auf die Beteiligungsrechte der Organe der verschiedenen Ebenen des Mehrebenensystems:

### I. EU only-Abkommen

#### 1. Europäisches Parlament

Das Vertragsschlussverfahren auf EU-Ebene wird in Art. 218 AEUV geregelt und für die GHP durch Art. 207 AEUV modifiziert. Während das EP bereits vor Verhandlungsbeginn ein Gutachten nach Art. 218 Abs. 11 AEUV einholen kann,<sup>64</sup> sind für seine Mitwirkungsrechte zwei Verfahrensstufen zu unterscheiden:

##### a) Vertragsverhandlungen

Die Vertragsverhandlungen werden im Rahmen der GHP durch die Kommission eingeleitet, die dem Rat Empfehlungen vorlegt, aufgrund derer er wiederum Ver-

60 Lorenzmaier, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV Band 2, Stand: 63. Aktualisierung, Dezember 2017, Art. 218 AEUV, Rn. 15.

61 Zurückgehend auf die Metapher von GA Kokott, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-13/07, *Kommission/Rat*, ECLI:EU:C:2009:190, Rn. 121; Mayer, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 13.01.2016, S. 6; Proelß, (Fn. 8), S. 415; GA Sharpston, Schlussanträge zu EuGH, Gutachten 2/15, *EUSFTA*, ECLI:EU:C:2016:992, Rn. 78.

62 Kerkemeyer, Europarechtliche Bedenken gegen das CETA-Abkommen, KJ 2015, S. 264 ff.

63 Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, (Fn. 9), Art. 216 AEUV, Rn. 5.; GA Sharpston (Fn. 61), Rn. 74. Kritisch dazu vor allem im Hinblick auf Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUV Schroeder, (Fn. 16), S. 128 unter Verweis auf EuGH, Rs. C-28/12, *Kommission/Rat*, ECLI:EU:C:2015:282, Rn. 41 f., 47.

64 Lorenzmaier, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV Band 2, Stand: 63. Aktualisierung, Dezember 2017, Art. 218 AEUV, Rn. 74.

handlungsaufnahme, Mandatierung sowie gegebenenfalls Sonderausschüsse oder Verhandlungsleitlinien für die Kommission beschließt, Art. 218 Abs. 3, 4 und Art. 207 Abs. 3 UAbs. 3 AEUV. Es besteht allein eine umfassende Pflicht zur Unterrichtung des EP in allen Verhandlungsphasen, Art. 218 Abs. 10 AEUV. Deren Verletzung ist nach Art. 263 Abs. 2 AEUV rügefähig.<sup>65</sup> Für die GHP ergibt sich aus Art. 207 Abs. 3 UAbs. 3 AEUV eine fortlaufende Unterrichtungspflicht durch die Kommission; ein Mitwirkungsrecht des EP erwächst daraus nicht.<sup>66</sup> Es hat aber über Verhandlungen insbesondere mit der Kommission mehr Beteiligung und informellen Einfluss erreicht,<sup>67</sup> was sich nun auch in der Geschäftsordnung des EP niedergeschlagen hat, siehe Art. 108 GOEP. Möglich sind unter anderem eine inhaltliche Debatte vor Verhandlungsbeginn, die Entsendung von Vertretern zu Sitzungen der Verhandlungsdelegationen und eine Informationspflicht über wesentliche Inhalte vor Unterzeichnung. Das EP macht davon in der Praxis rege Gebrauch, um beispielsweise auf der Einhaltung von Menschenrechten zu insistieren.<sup>68</sup>

Problematisch ist an dieser Lösung einerseits, dass sie weder Rat noch Kommission bindet, und andererseits, dass sie primärrechtliche Zuständigkeitsregelungen aufweicht. Auch kann so erreichte Transparenz die Verhandlungsposition der EU verschlechtern.<sup>69</sup> Jedoch werden die im AEUV festgelegten Entscheidungsbefugnisse dadurch nicht abgeändert. Weiter kann sie sich positiv auf das Stimmverhalten im EP bei einer Zustimmung zum Vertrag auswirken (siehe unten). Es gilt, den Vertragsschluss nicht noch auf diese Weise zu gefährden.<sup>70</sup> Die Lösung ist daher akzeptabel und dient der Demokratisierung des Prozesses.

### b) Vertragsabschluss

Die Verhandlungen enden mit dem Ratsbeschluss über die Unterzeichnung des Abkommens und gegebenenfalls dessen vorläufige Anwendung (Art. 25 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)) gemäß Art. 218 Abs. 5 AEUV. Das EP ist hierbei auf sein Informationsrecht beschränkt. Bei der anschließenden formellen Genehmigung durch den Rat hat es jedoch die Rechte aus Abs. 6: Es muss gemäß

65 Ibid., Rn. 26; EuGH, Rs. C-658/11, *Parlament/Rat*, ECLI:EU:C:2014:2025, Rn. 80.

66 Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 207 AEUV, Rn. 24; Bungenberg, Außenbeziehungen und Außenhandelspolitik, EuR 2009, S. 211 f.

67 Siehe die Rahmenvereinbarung über die Beziehungen zwischen dem Europäischen Parlament und der Europäischen Kommission, ABl. 2010 L 304 v. 20.11.2010, S. 47; Bings, Die Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 1. Aufl. 2014, S. 283. Siehe im Weiteren auch das informelle Selbstbefassungsrecht, Hill/Schorkopf, Das Europäische Parlament in den Außenbeziehungen der Europäischen Union, EuR 1999, S. 197 f.; Schroeder, (Fn. 16), S. 123.

68 Krajewski, Die neue handelspolitische Bedeutung des Europäischen Parlaments, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg.), Die Gemeinsame Handelspolitik der EU nach Lissabon, 1. Aufl. 2011, S. 65 ff.; Schroeder, (Fn. 16), S. 123.

69 Jaag, (Fn. 1), S. 319 m.w.N.; hinsichtlich der möglichen schwächeren Verhandlungsposition Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, (Fn. 66), Art. 218 AEUV, Rn. 9.

70 Streinz, (Fn. 9), Rn. 1245; Jaag, (Fn. 1), S. 319; Bungenberg, (Fn. 66), S. 212.

UAbs. 2 lit. a (gegebenenfalls innerhalb einer Frist) zustimmen oder gemäß lit. b angehört werden.

Für die GHP statuiert Art. 218 Abs. 6 UAbs. 2 lit. a v AEUV eine Zustimmungspflicht, da Art. 207 Abs. 2 AEUV das ordentliche Gesetzgebungsverfahren anordnet.<sup>71</sup> Art. 207 Abs. 4 AEUV ist dagegen lediglich als Festlegung der Mehrheitsverhältnisse im Rat anzusehen.<sup>72</sup> Das EP hat somit ein Vetorecht mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gemäß Art. 231 AEUV i.V.m. Art. 168 GOEP. Diese Erweiterung durch den Lissabon-Vertrag ist sinnvoll, da die alte Regelung des Art. 300 Abs. 3 i.V.m. Art. 133 Abs. 3 EGV (keine Beteiligung des EP) demokratisch bedenklich war.<sup>73</sup> So werden die Vertragsverhandlungen nun vom EP mitgestaltet, auch wenn es noch immer weniger Einfluss als der Rat hat; vor allem entscheidet dieser bisher allein über die vorläufige Anwendung.<sup>74</sup> Der Tendenz des Lissabon-Vertrags folgend ist daher Art. 218 Abs. 5 AEUV um eine Zustimmungspflicht in den Fällen des Abs. 6 UAbs. 2 lit. a zu ergänzen.<sup>75</sup>

## 2. Bundestag

Bei EU only-Abkommen richten sich die Rechte von Bundestag und -rat nach Art. 23 Abs. 2-7 GG und dem EUZBBG/EUZBLG. Es ist vor allem maßgeblich, inwiefern das Verhalten des deutschen Vertreters im Rat beeinflusst werden kann.

### a) Rechte nach GG und EUZBBG

Der Bundestag ist in Angelegenheiten der Europäischen Union gemäß Art. 23 Abs. 2 Satz 2 GG i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 3, § 5 Abs. 1 Nr. 5, 6 EUZBBG umfassend, frühzeitig und fortlaufend zu unterrichten. Die genaueren Modalitäten regeln §§ 3, 4 EUZBBG, die Pflichten zur Berichterstattung, Übersendung von Dokumenten und ergänzenden mündlichen Unterrichtungen vorsehen. Eine mögliche umfassende Delegation der Rechte des Bundestages auf den Unionsausschuss (Art. 45 GG; § 93b GOBT) ist bisher nicht erfolgt.<sup>76</sup> Nach Art. 23 Abs. 3 Satz 2 GG

71 Art. 218 Abs. 6 UAbs. 2 lit. a v AEUV bezieht sich nicht auf den Abkommensinhalt, sondern allgemein auf den Bereich im AEUV, Streinz, (Fn. 9), Rn. 1285.

72 Die Frage hinsichtlich der Notwendigkeit eines Einstimmigkeitserfordernisses ist umstritten: Für CETA dafür Schiffbauer, (Fn. 59), S. 254 ff.; A.A. Bäuml, Vom Vertragstext zum Inkrafttreten: Das Vertragsschlussverfahren im Mehrebenensystem am Beispiel CETA, EuR 2016, S. 610 ff. Ungeachtet dessen wird meist aus politischen Gründen einstimmig beschlossen, was der Debatte an Brisanz nimmt, siehe ibid., S. 613; Jaeger, (Fn. 3), S. 129.

73 Oesch, Die Politisierung und Demokratisierung der Gemeinsamen Handelspolitik, EuZ 2011, S. 109 f.; Jaag, (Fn. 1), S. 320.

74 Oesch, (Fn. 73); Mögele, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 218 AEUV, Rn. 11.; Bäuml, (Fn. 72), S. 625; Schroeder, (Fn. 16), S. 133.

75 Bungenberg, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Band 4, 7. Aufl. 2015, Art. 218 AEUV, Rn. 58. So die Praxis, vgl. auch Art. 109 GOEP.

76 Scholz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, Stand 81. Zusatzlieferung, September 2017, Art. 23 GG, Rn. 155.

i.V.m. § 8 Abs. 1, 2, 4, 5 EUZBBG ist der Bundestag zur Abgabe von Stellungnahmen bereits bei der Mandaterteilung durch den Rat (§ 5 Abs. 1 Nr. 5 EUZBBG) berechtigt.<sup>77</sup> Diese hat die Bundesregierung grundsätzlich zu befolgen und bei den Verhandlungen zugrunde zu legen, worüber fortlaufend informiert werden muss. Sie und der deutsche Ratsvertreter können aber nach § 8 Abs. 4 Satz 6 EUZBBG aus wichtigen außen- oder integrationspolitischen Gründen abweichen. Vorher ist zwar nach § 8 Abs. 4 Satz 4 EUZBBG das Einvernehmen mit dem Bundestag zu suchen und es besteht diesem gegenüber eine Rechenschaftspflicht. Er hat aber, außer nach § 3 Abs. 1 IntVG, kein Vetorecht.<sup>78</sup>

*b) Zustimmung gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 2, 3 GG analog*

Dies erscheint unbefriedigend, weshalb eine analoge Anwendung des Art. 23 Abs. 1 Sätze 2, 3 GG vorgeschlagen wird.<sup>79</sup> Eine Weiterübertragung von Hoheitsrechten auf Gremien oder Schiedsgerichte in Freihandelsabkommen sei vergleichbar mit deren Übertragung auf die EU oder einer Änderung der vertraglichen Grundlagen.<sup>80</sup> Wenn schon die Ausübung des Art. 352 AEUV laut BVerfG zusätzlicher Legitimation bedarf,<sup>81</sup> so sei *a maiore ad minus* auch im Rahmen des viel unbestimmteren Art. 218 Abs. 9 AEUV generell die Zustimmung mit 2/3-Mehrheit von Bundestag und -rat nötig, Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG.<sup>82</sup>

Die Konstellationen sind jedoch mitnichten vergleichbar, da schon keine Hoheitsrechtsübertragung vorliegt: Das BVerfG verlangt dafür, dass der originär und ausschließlich innerdeutsche Herrschaftsanspruch teilweise preisgegeben wird, zum Beispiel, wenn deutsche Individuen und Organe unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden können.<sup>83</sup> In den meisten Freihandelsabkommen ist die unmittelbare Anwendbarkeit aber ausgeschlossen und die Beschlüsse zum Großteil abhängig von der Billigung der Vertragsparteien. Zwar sind diese bei Nichtbefolgung zu Entschädigungen verpflichtet, eine direkte Umsetzung der Bestimmungen ist aber nicht vorge-

77 Vgl. Weiß, Informations- und Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestags bei gemischten Abkommen wie TTIP, DÖV 2016, S. 663.

78 Ibid., S. 664; vgl. Koch, in: v. Arnould/Hufeld (Hrsg.), Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 2. Aufl. 2017, § 10, Rn. 13 ff. Ausführlich zur Informations- und Beteiligungspraxis am Beispiel des CETA, Mayer, Die Mitwirkung deutscher Gesetzgebungsorgane an der EU-Handelspolitik: europarechtliche und verfassungsrechtliche Vorgaben, ZEuS 2016, S. 397.

79 Nettesheim, Umfassende Freihandelsabkommen und Grundgesetz – Verfassungsrechtliche Grundlagen der Zustimmung zu CETA, Gutachten vom 27.06.2017, S. 90 f.

80 Zum Beispiel Art. 15.1 FTA-Korea, Art. 26.1 CETA; siehe dazu Weiß, (Fn. 17), S. 290.

81 BVerfGE 123, 267 (395). Siehe dazu die Umsetzung in der Regelung des § 8 S. 1 IntVG.

82 Weiß, (Fn. 77), S. 665; Nettesheim, (Fn. 79), S. 90 f.

83 BVerfGE 37, 271 (279 f.); 58, 1 (28) zu den Anforderungen des Art. 24 Abs. 1 GG. Diese laufen parallel zu denen der Art. 23 Abs. 1 Satz 3 und Art. 79 Abs. 3 GG, vgl. Pautsch, Der Abschluss des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) als „gemischtes Abkommen“ – ein Anwendungsfall des Art. 23 I GG?, NVwZ Extra 2016, Nr. 18, S. 4.

sehen.<sup>84</sup> Zu denken wäre an den „*chilling effect*“ als faktische Übertragung und Gefährdung des parlamentarischen Budgetrechts.<sup>85</sup> Unter Berücksichtigung der hohen Anforderungen des BVerfG, der meist über den Standards liegenden deutschen Regelungen und der Beeinflussbarkeit eines Konflikts durch deutsche Entscheidungsträger ist dies jedoch abzulehnen.<sup>86</sup> Überdies übt die EU nur ihr bereits übertragene Kompetenzen aus, wofür eine Zustimmung im obigen Sinne nötig war. Die Öffnung nationalen Rechts ist gerade im Bewusstsein der Weitergabemöglichkeit erfolgt.<sup>87</sup> Die Erweiterung der Integration ist klar zu unterscheiden von ihrer bloßen Verwirklichung. Überlegungen bezüglich eines ultra-vires-Akts betreffen allein die Schaffung neuer Außenkompetenzen; eine Zustimmungspflicht begründen sie nicht.<sup>88</sup> Eine analoge Anwendung des Art. 23 Abs. 1 Sätze 2, 3 GG scheidet also aus.

### c) Integrationsverantwortung

Eine andere Möglichkeit bietet die Integrationsverantwortung, also die dauerhafte Übernahme von Verantwortung bei Übertragung von Hoheitsrechten, Gestaltung von Entscheidungsverfahren, dynamischer Vertragsentwicklung und Verwaltungsvollzug im Rahmen der europäischen Integration. Hierbei müssen die demokratischen Grundsätze des Art. 20 Abs. 1, 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG bezüglich der politischen Systeme Deutschlands und der EU gewahrt werden.<sup>89</sup> Daraus könnte ein ungeschriebenes Zustimmungserfordernis für Handlungen des Ratsvertreters resultieren.<sup>90</sup> Die Testfrage lautet: Ist die Entscheidung auf EU-Ebene so wichtig, dass sie selbst *nach* erfolgter Kompetenzübertragung im Rahmen der deutschen Entscheidung über das Stimmverhalten im Rat demokratisch an den Bundestag rückgekoppelt werden muss?<sup>91</sup> Die Beantwortung kann sich an Kriterien wie der Berührung grundlegender Fragen im Verhältnis zu Internationalen Organisationen oder Drittstaaten, der starken Verengung mitgliedstaatlicher Handlungsspielräume, intensivem Bezug zu Indi-

84 Beispielsweise Art. 30.6 CETA, Art. 17.15 EUSFTA; *Steinbach*, Investor-Staat-Schiedsverfahren und Verfassungsrecht, *RabelsZ* 2016, S. 11 f.; *Grzeszick*, CETA als Präzedenzfall für die demokratischen Anforderungen an völkerrechtliche Verträge, *NVwZ* 2016, S. 1761.

85 *Krajewski*, (Fn. 22); *Steinbach*, (Fn. 84), S. 10 ff.; Siehe dazu auch *Fisahn/Ciftci*, (Fn. 11), S. 259 f.

86 Zu den Anforderungen des BVerfG siehe z.B. BVerfGE 37, 271 (279 f.); 58, 1 (28); Zum Verhältnis deutscher Regelungen zu den Freihandelsstandards *Grzeszick*, (Fn. 84), S. 1758.

87 Vergleiche auch *Nettesheim*, (Fn. 79), S. 93.

88 BVerfGE 143, 65 ff. lässt dies offen; Dafür *Schiffbauer*, Über Hoheitsrechte und deren „Übertragbarkeit“, *AöR* 2016, S. 586 ff.; wie oben *Holterhus*, (Fn. 4), S. 253.

89 Entwickelt in BVerfGE 123, 267 (350 ff., 420); 135, 317 (399 ff.); Dazu *Vofßkuhle*, „Integration durch Recht“ – Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts, *JZ* 2016, S. 165 ff.

90 *Möllers/Bethge*, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 13.01.2016, S. 17; *Holterhus*, (Fn. 4), S. 254 ff.

91 *Holterhus*, (Fn. 4), S. 256. Vgl. auch *ders.*, Keine Ratifikation des CETA ohne den Deutschen Bundestag – so oder so..., veröffentlicht auf [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) am 30.06.2016 (10.09.2018).

viduen oder einer besonders kontroversen öffentlichen Diskussion orientieren.<sup>92</sup> Als Faustregel kann gelten: Je mehr Auswirkungen das Freihandelsabkommen in und auf Deutschland zeigt, desto eher bedarf es einer bindenden Zustimmung des Bundestags. Diese hat aber Ausnahmecharakter, um Blockaden zu verhindern.<sup>93</sup> Obige Kriterien sind bei umfassenden Freihandelsabkommen wegen deren Reichweite erfüllt (vergleiche dazu oben), was auch durch die Aussagen des BVerfG zur besonderen Legitimationsbedürftigkeit der Außenpolitik und zu Art. 352 AEUV bestätigt wird.<sup>94</sup> Ergo kann der Bundestag den Ratsvertreter kraft seiner Integrationsverantwortung binden. Der Effizienz halber muss das schon im Rahmen des Beschlusses nach Art. 218 Abs. 5 AEUV möglich und in einem Organstreitverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG einklagbar sein.<sup>95</sup> Wegen der meist politisch motivierten einstimmigen Ratsentscheidungen werden so die Bundestagsbeteiligung und damit die demokratische Legitimation gestärkt.<sup>96</sup>

### 3. Bundesrat

Die Beteiligung des Bundesrates richtet sich bei EU only-Abkommen nach Art. 23 Abs. 2-6 GG und dem EUZBLG. Er kann sie durch die Europakammer (Art. 52 Abs. 3a GG, §§ 45b ff. GOBRat) wahrnehmen. Neben der Unterrichtung nach Abs. 2<sup>97</sup> gilt nach Abs. 4 eine lückenlose, aber differenzierte Beteiligung, siehe auch die Teilnahme von Ländervertretern an vorbereitenden Beratungen der Bundesregierung nach § 4 Abs. 1 EUZBLG.<sup>98</sup> Weitere Rechte enthält Abs. 5: Nach dessen Satz 1 muss bei Berührung von Länderinteressen in den Fällen ausschließlicher Bundes- oder konkurrierender Gesetzgebungskompetenz bei Vorliegen des Art. 72 Abs. 2 GG die Stellungnahme des Bundesrates (schlicht) berücksichtigt werden, § 3, 5 Abs. 1 EUZBLG. Bei Dissens mit dem Bundestag sind beide Stellungnahmen gleichrangig.<sup>99</sup>

In den Fällen des Satzes 2 hingegen muss die Bundesregierung die Stellungnahme des Bundesrates „maßgeblich [...] berücksichtigen“, bei Uneinigkeit ist gemäß § 5 Abs. 2 Satz 4 EUZBLG Einvernehmen zu suchen. Sie ist insoweit Sachwalterin der Länder im Sinne der Art. 70 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 GG und des Grundsatzes bun-

92 V. Arnould, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 13.01.2016, S. 3.

93 Holterhus, (Fn. 4), S. 257 f.

94 Vgl. BVerfGE 123, 267 (406); 143, 65 (95).

95 Weiß, (Fn. 77), S. 667. Kötter, in: v. Arnould/Hufeld (Hrsg.), (Fn. 78), § 8, Rn. 38 unter Verweis auf Daiber, Die Umsetzung des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts durch Bundestag und Bundesrat, DÖV 2010, S. 299.

96 Vgl. Streinz, (Fn. 5), S. 282; Jaeger, (Fn. 3), S. 129; Bäuml, (Fn. 72), S. 613.

97 Dazu oben. Siehe auch Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 23, Rn. 55; Scholz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, (Fn. 76), Art. 23 GG, Rn. 164.

98 Streinz, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, (Fn. 33), Art. 23 GG, Rn. 117. Scholz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, (Fn. 76), Art. 23 GG, Rn. 164, 155 f.

99 Heintschel v. Heinegg, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Grundgesetz, (Fn. 29), Art. 23 GG, Rn. 44.1.

destreuen Verhaltens. Jedoch kann sie, ungeachtet eines möglichen Letztentscheidungsrechts des Bundesrates in Form eines Beharrungsbeschlusses zum Beispiel nach § 5 Abs. 2 Satz 5 EUZBLG<sup>100</sup> zur Wahrung gesamtstaatlicher Interessen abweichen.<sup>101</sup> Die Schwerpunktbestimmung richtet sich laut Ziffer II Satz 2 der ergänzenden „Vereinbarung zwischen Bundesregierung und den Regierungen der Länder über die Zusammenarbeit in Angelegenheiten der Europäischen Union in Ausführung von § 9 EUZBLG“ danach, ob eine Materie qualitativ im Mittelpunkt steht oder ganz überwiegend zumindest von einem Teil der Maßnahme behandelt wird.<sup>102</sup>

Besondere Rechte enthält Abs. 6: Dort nehmen nach Art. 52 Abs. 3 Satz 1 GG bestimmte Ländervertreter die Interessen der Bundesrepublik bezüglich der genannten Materien wahr, § 45l GOBRat, §§ 4, 6 Abs. 1 EUZBLG. Dabei haben sie sich mit den Regierungsvertretern abzustimmen und sind an Bundesratsbeschlüsse gebunden. Bei Berührung der Materien im Schwerpunkt übernehmen sie die Verhandlungsführung, § 6 Abs. 2 Satz 1 EUZBLG, was allerdings strikt einzelfallbezogen erfolgt. Eine Ausnahme davon sieht § 6 Abs. 3 EUZBLG für Rechte vor, die der Bundesrepublik als Ratsvorsitz zustehen. Die Ländervertreter müssen in Übereinstimmung mit Art. 16 Abs. 2 EUV den Rang eines Landesministers haben, vertreten aber im Verhältnis nach außen den Bund.<sup>103</sup>

Die Rechte des Bundesrates divergieren je nach Inhalt des Freihandelsabkommens: Eine Beteiligung nach Abs. 5 Satz 2 und Abs. 6 lösen mögliche Beeinträchtigungen im Bereich kultureller und audiovisueller Dienstleistungen aus, vgl. Art. 23 Abs. 6 Satz 1 GG. Umfassende Regelungen zu Marktzugang, Inländerbehandlung und Meistbegünstigung oder Subventionsverbote stehen lokaler und regionaler Kulturförderung, zum Beispiel in Form von Quoten, entgegen.<sup>104</sup> Teilweise sehen Freihandelsabkommen Ausnahmen für audiovisuelle Dienstleistungen vor, andere als solche bleiben jedoch erfasst.<sup>105</sup> Dort sind die Stellungnahmen des Bundesrates maßgeblich zu berücksichtigen, sowie gegebenenfalls ein Ländervertreter zu entsen-

100 Umstritten., vgl. dazu *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), (Fn. 97), Art. 23 GG, Rn. 59 mit weiteren Nachweisen.

101 BVerfGE 92, 203 (230 ff.); *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, (Fn. 76), Art. 23 GG, Rn. 174.

102 BAnz. Nr. 226 v. 02.12.1993, S. 10425; siehe auch BAnz. Nr. 123 v. 08.06.1998, S. 9433.

103 *Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, (Fn. 33), Art. 23 GG, Rn. 128 f.; *Sab-erzadeh*, in: v. Arnault/Hufeld (Hrsg.), (Fn. 78), § 13, Rn. 94; *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, (Fn. 76), Art. 23 GG, Rn. 176.

104 Ausführlich zu diesen Komplikationen *Wiater*, Föderalismus „hoch zwei“: Zur Rolle der deutschen Länder bei der Ausgestaltung der gemeinsamen Handelspolitik der EU, AöR 2014, S. 509 ff.; Zur Kulturhoheit der Länder BVerfGE 6, 309 ff.; *Garcia-Leiva*, The EU-Canada CETA and the diversity of cultural industries: hegemony or resistance, veröffentlicht auf e-archivo.uc3m.es am 12.07.2016 (10.09.2018).

105 Beispielsweise Art. 8.3 EUSFTA, Art. 7.7 CETA, Art. 7.10 FTA-Korea; dazu *Nettesheim*, Auswirkungen von CETA auf den politischen Gestaltungsspielraum von Ländern und Gemeinden, Gutachten im Auftrag des Staatsministeriums des Landes Baden-Württemberg, S. 27 ff.

den.<sup>106</sup> Bei weitergehenden Ausnahmen (zum Beispiel für kulturelle Dienstleistungen insgesamt) verbleiben dem Bundesrat die Rechte aus Art. 23 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 GG.

#### 4. Landtage

Die Länderbeteiligung läuft bei EU only-Abkommen über den Bundesrat im Rahmen des Art. 23 Abs. 2-6 GG, die den Lindauer Mechanismus (siehe unten) verdrängen.<sup>107</sup> Auf diese Weise werden die Länder weitgehend durch den Bundesrat mediatisiert, dem die hauptsächliche Repräsentation der Länderinteressen überantwortet ist.<sup>108</sup> Für die Landtage sind ergo die Einflussmöglichkeiten auf die Landesregierung bzw. auf die Vertreter im Bundesrat entscheidend. Diese richten sich nach den jeweiligen Ländervorschriften, die stark divergieren.<sup>109</sup>

Die Mehrheit der Landesverfassungen sieht immerhin (beschränkte) frühzeitige Unterrichtungspflichten der Landesregierung vor.<sup>110</sup> Bei den Mitwirkungsrechten herrscht dagegen größere Divergenz: So gewähren Art. 70 Abs. 4 BV und Art. 34a Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BaWüVerf Stellungnahmerechte, wenn Landeskompetenzen oder -interessen betroffen sind. Bei intensiverer Betroffenheit muss die Landesregierung diese Stellungnahmen der Landtage stärker berücksichtigen und ist bei einem Abweichen rechenschaftspflichtig. Bei Übertragung von Hoheitsrechten sind sogar Bindungsmöglichkeiten vorgesehen, Art. 34a Abs. 2 BaWüVerf, Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV, was aber ungeachtet möglicher Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz beim Abschluss von EU-Freihandelsabkommen nicht der Fall ist (siehe dazu

106 Wiater, (Fn. 104), S. 563: „Rotationsprinzip“. Für darüber hinaus mögliche Berührungen des Berufsrechts durch TTIP siehe die Antwort auf die Kleine Frage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 18/1118, S. 2.

107 Frenz, Die Verdrängung des Lindauer Abkommens durch Art. 23 GG, DVBl 1999, S. 945; Papier, Abschluss völkerrechtlicher Verträge und Föderalismus – Lindauer Abkommen, DÖV 2003, S. 270.

108 Sog. „Depossidierung“, vgl. z.B. Blanke, Föderalismus und Integrationsgewalt, 1. Aufl. 1991, S. 380; V. Arnould, in: v. Arnould/Hufeld (Hrsg.), (Fn. 78), § 2, Rn. 63; Isensee, Der Bundesstaat – Bestand und Entwicklung, in: FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band II, 2001, S. 763 ff.

109 Siehe dazu umfassend die Kategorisierung nach Art der Regelung und Intensität der Beteiligung bei Schorkopf, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 1. Aufl. 2017, § 4, Rn. 98.

110 Beispielsweise Art. 34a Abs. 1 BaWüVerf, Art. 39 Abs. 1 Satz 2 VerfM-V, Art. 70 Abs. 4 Satz 1 BV, Art. 62 VerfS-A; Oftmals finden sich Konkretisierungen in Spezialgesetzen, in Bayern zum Beispiel im BayPBG. Daneben bestehen in der Mehrheit der Länder Interorganvereinbarungen zwischen Landesregierung und Landtag, siehe die Nachweise bei v. Arnould, in: v. Arnould/Hufeld (Hrsg.), (Fn. 78), § 2, Rn. 64.

oben).<sup>111</sup> In den übrigen Ländern bleibt es maximal bei den Unterrichtsrechten.<sup>112</sup> Die Landtage werden somit insgesamt in nur geringem Maße beteiligt und können so nur wenig zur Legitimation der Abkommen beitragen.

## II. Gemischte Abkommen

### 1. Europäisches Parlament

Bei gemischten Abkommen ergeben sich für die Beteiligung des EP keine Unterschiede. Die gleichzeitige Beteiligung der Mitgliedstaaten an den Verhandlungen erschwert jedoch die Koordination. Art. 4 Abs. 3 EUV enthält aber nur das Verbot unnötiger Verzögerungen, keine Ratifikationspflicht.<sup>113</sup>

### 2. Bundestag

Für den Bundestag ist hingegen zu unterscheiden: Für den „EU-Teil“ gelten obige Aussagen. Zusätzlich richtet sich die Beteiligung für den mitgliedstaatlichen Teil nach den Vorgaben des GG für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge.<sup>114</sup> Welche das genau sind, ist unklar:

Einer Ansicht nach soll bei Abkommen mit „engem Unionsbezug“ Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG maßgeblich sein. Bei diesen bestehe eine hinreichende sachliche Nähe zum Unionsrecht. Die nationalen Zustimmungsakte stellten dann eine „implizite Hoheitsrechtsübertragung“ auf die EU dar, die besonderer Legitimation bedürfe. Folge wäre ein Zustimmungserfordernis von Bundestag und -rat, was sachgerecht sei, da die zusätzliche Ratifizierung durch die Mitgliedstaaten lediglich zur Füllung von Kompetenzlücken erfolge, danach werde das Abkommen wie ein EU only-Abkommen durchgeführt.<sup>115</sup>

Das überzeugt nicht: Eine implizite Hoheitsrechtsübertragung widerspricht schon im Ansatz dem Willen der Mitgliedstaaten. Diese haben bestimmte Materien gerade nicht in die völkerrechtlichen Vertragsschlusskompetenzen der EU gegeben, sonst hätte nichts gegen eine Verankerung im Primärrecht gesprochen. Vielmehr sollten

111 BayVerfGH, BayVBl. 2017, S. 407, 410 m.w.N.; Zur Frage der Verfassungswidrigkeit einer solchen Regelung siehe Möstl, in: Lindner/Möstl/Wolff (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 70 BV, Rn. 14 m.w.N., der sich für eine Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz ausspricht, sowie BVerfGE 8, 104 ff.; 106, 310 ff.

112 Beispielsweise Art. 67 Abs. 4 ThürVerf oder Art. 25 NdsVerf. In Hessen und Nordrhein-Westfalen findet sich dagegen auf Verfassungsebene keinerlei Regelung, vgl. dazu v. Arnould, in: v. Arnould/Hufeld (Hrsg.), (Fn. 78), § 2, Rn. 64.

113 Jaag, (Fn. 1), S. 321.; Grzeszick, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 13.01.2016, S. 12; Streinz, (Fn. 5), S. 287.

114 Tietje, Ganz, aber doch nur teilweise – die Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen der EU, veröffentlicht auf [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) am 09.02.2016 (10.09.2018); Mayer, (Fn. 78), S. 392 ff.

115 Pautsch, (Fn. 83), S. 3 ff.

diese Materien überhaupt nicht mit dem Europaverfassungsrecht verbunden werden.<sup>116</sup> Zudem schließt die EU gemischte Abkommen gerade mit den Mitgliedstaaten gemeinsam, für diese bleibt der Abkommens-Teil in ihrer Zuständigkeit ein genuin völkerrechtlicher Vertrag. Es ist daher richtigerweise auf Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG und gegebenenfalls Art. 24 GG zurückzugreifen.<sup>117</sup>

#### a) Beteiligung gemäß Art. 59 GG

Für eine Beteiligung des Bundestages ist also erforderlich, dass gemischte Freihandelsabkommen entweder die politischen Beziehungen des Bundes oder Gegenstände seiner Gesetzgebung betreffen. Dabei sind die Abkommen im Ganzen zugrunde zu legen. Dies ergibt sich aus der Gesamtschuldnerschaft von EU und Mitgliedstaaten im Außen- und der dynamischen Betrachtung der Kompetenzverteilung im Innenverhältnis.<sup>118</sup>

##### (1) Politische Beziehungen des Bundes (Alt. 1)

Laut BVerfG müsse ein Vertrag im Sinne der 1. Alternative „hochpolitisch“ sein, also die Existenz des Staates, seine territoriale Integrität, Unabhängigkeit, Stellung oder sein maßgebliches Gewicht in der Staatengemeinschaft berühren. Für Handelsverträge sei dies nur etwa bei beabsichtigter Stärkung der wirtschaftlichen Stellung im Wettbewerb der Staaten möglich. Dabei spiele auch der Kontext ihres Abschlusses eine Rolle.<sup>119</sup> Ungeachtet möglichen Aktualisierungsbedarfs dieser Definition<sup>120</sup> erfüllen Freihandelsabkommen die Voraussetzungen wegen oben gezeigter handelsstrategischer Bedeutung, was auch wegen eines Gleichlaufs demokratischer Legitimation mit der Rolle des EP sinnvoll ist.<sup>121</sup>

##### (2) Gegenstände der Bundesgesetzgebung (Alt. 2)

Für Alt. 2 muss ein Vertrag ein „gesetzesinhaltlicher Vertrag“ sein, sein Inhalt also generell in die Sphäre der Legislative fallen, wobei auf die Prinzipien des Vorbehalts

116 *Nettesheim*, (Fn. 79), S. 87; *Grzeszick*, (Fn. 84), S. 1759 ff.

117 *Holterhus*, (Fn. 4), S. 240; *Weiß*, (Fn. 77), S. 661.; *Streinz*, *Europarecht: Erforderlichkeit eines gemischten Abkommens – Tragweite und Grenzen der ausschließlichen Kompetenz der EU für die GHP*, JuS 2018, S. 186.

118 *V. Arnould*, (Fn. 92), S. 3; *Möllers/Bethge*, (Fn. 90), S. 7 f.; a.A. Brief des Bundesministers für Justiz und Verbraucherschutz an den Präsidenten des Deutschen Bundestags vom 11.09.2015, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Bundestages, Ausschuss-Drs. 18(6)144.

119 BVerfGE 1, 372 (380 f., 382 f.).

120 *V. Arnould*, Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, AöR 2016, S. 274 ff.; *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, Stand 81. Zusatzlieferung, September 2017, Art. 59 GG, Rn. 9, 101 ff. mit weiteren Nachweisen.; vorsichtiger *Grzeszick/Hettche*, Zur Beteiligung des Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen – Internationale Freihandelsabkommen als Herausforderung des deutschen Europa- und Außenverfassungsrechts, AöR 2016, S. 253.

121 *Tietje*, (Fn. 114); *v. Arnould*, (Fn. 120), S. 270; *Schroeder*, (Fn. 16), S. 130.

des Gesetzes und der Wesentlichkeitstheorie zurückzugreifen ist.<sup>122</sup> Freihandelsabkommen bieten hier verschiedene Anknüpfungspunkte: Die Investitionsschutzregelungen machen es zum Teil erforderlich, alte (zustimmungspflichtige) Freundschaftsverträge aufzuheben. Auch eine Berührung der Haushaltsgesetzgebung ist möglich, da das ISDS gegebenenfalls zusätzliche Gelder erforderlich macht.<sup>123</sup> Es schafft auch ein mögliches grundrechtliches Problem: Da die Regelungen vom nationalen Gesetzgeber erlassen werden, kann bei gleicher Tätigkeit von in- und ausländischem Investor die Einräumung der Klagemöglichkeit nur für Letzteren eine Ungleichbehandlung im Sinne der Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG darstellen, was nach der Wesentlichkeitstheorie die Beteiligung des Gesetzgebers nahelegt.<sup>124</sup> Freihandelsabkommen erfüllen ergo auch Art. 59 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 GG.

### (3) Rechte aus Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG

Nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG muss der Bundestag dem völkerrechtlichen Vertrag in Gesetzesform zustimmen. Dabei gelten Art. 76 ff. GG, es ergeben sich jedoch Besonderheiten: Nach § 78 Abs. 1 GOBT werden grundsätzlich nur zwei Lesungen gehalten und Änderungsvorschläge des Bundestages sind gemäß § 82 Abs. 2 GOBT unzulässig, sog. Ratifikationslage. Er kann jedoch die Zustimmung von einer Vorbehaltserklärung (Art. 19 ff. WVK) abhängig machen.<sup>125</sup> Erst dann darf der Bundespräsident gemäß Art. 59 Abs. 1 Satz 2 GG ratifizieren. Für das Völkerrecht spielt nur dies eine Rolle, doch kann innerstaatlich eine Bindung nicht gegen den Bundestag entstehen; er hat insofern ein Vetorecht.<sup>126</sup> Abgestimmt wird allein über die Vertragsteile in mitgliedstaatlicher Kompetenz, da sonst entgegen Art. 2 Abs. 1 AEUV Kompetenzen „zurückgeholt“ würden.<sup>127</sup> Einer Zustimmung bedarf wegen der Akzessorietät zum Hauptvertrag richtigerweise auch die vorläufige Anwendung.<sup>128</sup>

Allerdings stellt sich die Frage, welche weiteren Rechte dem Bundestag im Vorfeld zukommen, weist doch die Ratifikationslage auf ein erhöhtes Informationsbedürfnis

122 *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, (Fn. 76), Art. 59 GG, Rn. 106 f.

123 *Krajewski*, (Fn. 22), S. 400; *Grzeszick/Hettche*, (Fn. 120), S. 254 f.

124 *Grzeszick/Hettche*, (Fn. 120), S. 256; Zur Lage nach Unionsrecht *Schiffbauer*, (Fn. 59), S. 256.

125 *Papier/Krönke*, Grundkurs Öffentliches Recht 1: Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 307. Diskutiert wird ein Initiativmonopol der Bundesregierung, vgl. *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, (Fn. 76), Art. 59 GG, Rn. 147.

126 BVerfGE 1, 396 (410 f.); *Morlok/Michael*, (Fn. 28), § 10, Rn. 11; *Herdegen*, Völkerrecht, 16. Aufl. 2017, § 15, Rn. 11.

127 *Holterhus*, (Fn. 4), S. 249; *Tietje*, (Fn. 114); *Schorkopf*, (Fn. 109), § 3, Rn. 194 mit Verweis auf die Praxis zum WTO-Übereinkommen (BT-Drucks. 12/7986); a.A. v. *Arnould*, (Fn. 92), S. 3.

128 Ausführlich dazu *Kempen/Schiffbauer*, Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge im internationalen Mehrebenensystem, ZaöRV 2017, S. 117 ff.; Anders allerdings die bisherige Praxis.

hin.<sup>129</sup> Vorgeschlagen wird eine Übertragung der Rechte aus Art. 23 Abs. 2-7 GG.<sup>130</sup> Die Beteiligung der EU mache den Vertragsabschluss zu einer Angelegenheit der Europäischen Union, denn es bestehe ein Nähe- und Ergänzungsverhältnis zum Unionsrecht im Sinne der Forderungen des BVerfG im Urteil zum *Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) und Euro-Plus-Pakt*,<sup>131</sup> was sich vor allem durch das wechselseitige Zusammenspiel nationaler Kompetenzen mit der GHP ausdrücke. Bereits die ursprüngliche Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU spräche zumindest in Angelegenheiten von gemeinsamem Interesse dafür.<sup>132</sup>

Diese Ansicht verkennt jedoch, dass Völkervertragsrecht strikt von Supranationalität im Sinne der europäischen Integration zu trennen ist. Ein gemischtes Abkommen ist zumindest im mitgliedstaatlichen Teil ein völkerrechtlicher Vertrag.<sup>133</sup> Auch fragt sich, ob wirklich eine Angelegenheit der Europäischen Union vorliegt. Zwar haben EU und Mitgliedstaaten oft gemeinsame Ziele und Verantwortungen (vergleiche beispielsweise die Parteiformulierungen in Art. 64 Abs. 1 und Art. 99 WPA Westafrika). Jedoch verwirklichen sie im Einklang mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur eigene Kompetenzen, eine Einheit ist allein nach außen nötig. Die Anforderungen sind demnach strenger als nach der Gegenansicht und bei Freihandelsabkommen meist nicht erfüllt.<sup>134</sup> Anders als bei ESM und Euro-Plus-Pakt besteht kein so intensiver Bezug zum EU-Integrationsprogramm. Mit ersterem gingen eine AEUV-Änderung und Zuständigkeitsregelungen für EU-Organe einher, letzterer enthält Bezüge auf EU-Sekundärrecht, das ihn zum Teil umsetzt.<sup>135</sup> Der Verlust parlamentarischer Mitwirkung im Rahmen der europäischen Integration ist aber der Grund für die Schaffung des Art. 23 Abs. 2 GG.<sup>136</sup> Bei Freihandelsabkommen fällt er viel geringer aus. Auch ist die Ausgangssituation eine andere: Art. 23 Abs. 2 GG setzt den Verlust voraus, bei Art. 59 GG steht er erst bevor.<sup>137</sup>

Vielmehr genügen die Beteiligungsrechte aus Art. 59 Abs. 2 GG. Zwar kann die Ratifikationslage nicht mit der Ablehnungsbefugnis des Bundestages wegdiskutiert werden, da diese meist durch die Regierungsmehrheit konterkariert wird. Allerdings

129 V. Arnould, (Fn. 120), S. 273; Rojahn, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 6. Aufl. 2012, Art. 59 GG, Rn. 21. Siehe auch die Forderung nach einer stärkeren „Parlamentarisierung“ der auswärtigen Gewalt beispielsweise bei Kokott, Kontrolle der Auswärtigen Gewalt, DVBl. 1996, S. 937 ff.

130 Frenz, (Fn. 107), S. 951 ff.; v. Arnould, (Fn. 120), S. 272; Schorkopf, (Fn. 109), § 3, Rn. 195.

131 BVerfGE 131, 152, Leitsatz 1. Siehe auch die Besprechung bei Kielmansegg, Parlamentarische Informationsrechte in der Euro-Rettung – Anmerkung zum ersten ESM-Urteil des BVerfG vom 19.06.2012, EuR 2012, S. 654 ff.

132 Frenz, (Fn. 107), S. 952 f.; v. Arnould, (Fn. 120), S. 272; Wollenschläger, Völkerrechtliche Flankierung des EU-Integrationsprogramms als Herausforderung für den Europa-Artikel des Grundgesetzes (Art. 23 GG), NVwZ 2012, S. 714 f.

133 Grzeszick/Hettche, (Fn. 120), S. 243; Mayer/Ermes, (Fn. 49), S. 240; Bungenberg, (Fn. 66), S. 204 f. Im Ergebnis auch Schroeder, (Fn. 16), S. 130. Siehe dazu bereits oben.

134 Ausführliche Darlegung bei Grzeszick/Hettche, (Fn. 120), S. 244, 246.

135 BVerfGE 131, 152 (218 f., 224 f.).

136 Grzeszick/Hettche, (Fn. 120), S. 248; vgl. auch Hillgruber, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 14. Aufl. 2018, Art. 23 GG, Rn. 60.

137 Grzeszick/Hettche, (Fn. 120), S. 249.

ergeben sich Beteiligungsansprüche aus den Grundsätzen der Organtreue und des Interorganrespekts.<sup>138</sup> Entgegen der im Hinblick auf Globalisierung veralteten Rechtsprechung des BVerfG<sup>139</sup> sind dem Bundestag im Vorfeld der Ratifikation verschiedenste politische Instrumentarien zuzubilligen. Der Bundesregierung erwachsen daraus Informations- und Rechenschaftspflichten.<sup>140</sup> Sie müssen sich insbesondere auf die Vertragsverhandlungen beziehungsweise die Abstimmung im Rat beziehen, insofern sei auf die Integrationsverantwortung verwiesen. Zwar mögen sie schwächer sein als die des Art. 23 Abs. 2 GG, das ist aber durch den völkerrechtlichen Charakter gemischter Abkommen gerechtfertigt.<sup>141</sup> Das Vetorecht des Bundestages wird ergo durch Rechte aus Organtreue und Interorganrespekt flankiert.

### *b) Beteiligung gemäß Art. 24 GG*

Eine weitere Beteiligung gemäß Art. 24 GG entfällt dagegen: Ungeachtet der Frage, welche Anforderungen an die Dauerhaftigkeit von Schiedsgerichten gestellt werden müssen, um in ihnen zwischenstaatliche Einrichtungen zu sehen,<sup>142</sup> fehlt es bereits an der Übertragung von Hoheitsrechten (siehe oben).

## **3. Bundesrat**

Für den Bundesrat bestimmen sich die Mitwirkungs- und Entscheidungsrechte im Rahmen des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG nach den Art. 76 ff. GG. Entscheidend ist insbesondere bei Alt. 2, ob ein Einspruchs- oder ein Zustimmungsgesetz vorliegt.<sup>143</sup> Maßstab ist auch hier das gesamte Abkommen. In diesem Kontext sind zunächst Art. 84 Abs. 1 Sätze 5, 6 GG relevant: Freihandelsabkommen enthalten diverse Regelungen bezüglich Struktur, Transparenz und Effizienz von Verwaltungsverfahren. Sie wirken sich zum Beispiel bei Zulassungen zur Niederlassung auch auf die Länder aus und bewirken so ein Zustimmungserfordernis aus Art. 84 Abs. 1 Satz 6 GG.<sup>144</sup> Im Weiteren könnten die Bestimmungen über das ISDS die konkurrierende Gesetzge-

138 *Rojahn*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, (Fn. 129), Art. 59 GG, Rn. 22, der die Intensität der Beteiligung von den möglichen Auswirkungen auf die innerstaatlichen Rechtsstellungen des Einzelnen abhängig machen will und dabei auf den Parlaments- und Gesetzesvorbehalt rekurriert.

139 BVerfGE 68, 1 ff.

140 *Röben*, Außenverfassungsrecht, 1. Aufl. 2007, S. 100 f.; *Tietje/Nowrot*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, 1. Aufl. 2015, § 45, Rn. 37.

141 *Holterhus*, (Fn. 4), S. 240. Im Grundsatz auch *Schorkopf*, (Fn. 109), § 3, Rn. 191 ff.

142 *Heintschel v. Heinegg*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Grundgesetz, (Fn. 29), Art. 24 GG, Rn. 46 ff.; *Nettesheim*, (Fn. 79), S. 105 mit jeweils weiteren Nachweisen.

143 *Streinz*, (Fn. 5), S. 291; *Papier/Krönke*, (Fn. 125), Rn. 302 ff.

144 Beispielsweise Art. 3.5, 6.2 CETA. *Nettesheim*, (Fn. 79), S. 110 ff. m.w.N.; *Bungenberg*, The Common Commercial Policy, Parliamentary Participation and the Singapore Opinion of the CJEU, ZEuS 2017, S. 388 spricht zudem noch Art. 84 Abs. 2 GG an.

bungskompetenz für Staatshaftung aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG berühren, für die Art. 74 Abs. 2 GG ein explizites Zustimmungsbedürfnis vorsieht.<sup>145</sup>

Dagegen wird angeführt, dass es sich bei den Vereinbarungen lediglich um Ausgestaltungen völkerrechtlichen Eigentumsschutzes handele, nicht aber um eine Kodifikation von Staatshaftung.<sup>146</sup> Jedoch ermöglicht die Vereinbarung eine Vielzahl neuartiger Fälle. Dabei weicht die Bemessung zum Teil deutlich von bisher angewandten Maßstäben ab. Diese Veränderungen sprechen sehr wohl für die Berührung der Kompetenz für Staatshaftung mit der Folge des Art. 74 Abs. 2 GG.<sup>147</sup> Der Bundesrat muss also ebenfalls dem Abschluss und der vorläufigen Anwendung von gemischten Abkommen zustimmen und hat damit auch die Rechte im Vorfeld.

#### 4. Landtage

Im mitgliedstaatlichen Bereich gemischter Abkommen sind Art. 59 und für die Länder Art. 32 GG einschlägig.<sup>148</sup> Demnach sind die auswärtigen Beziehungen grundsätzlich Sache des Bundes, Art. 32 Abs. 1 GG, jedoch haben die Länder eigene Rechte aus Abs. 2 und Abs. 3. Zur Lösung daraus resultierender Kompetenz-Konflikte zwischen Bund und Ländern wurde 1957 das Lindauer Abkommen als faktisch angewandter „*modus vivendi*“ geschlossen.<sup>149</sup> Es enthält in Ziff. 2 Zugeständnisse an die Bundeskompetenz unter anderem für Handelsverträge, wenn darin enthaltene Bestimmungen typisch/üblicherweise enthalten sind, oder nur untergeordnete Rolle spielen. Da die Vereinbarungen aber meist die Länderkompetenzen darüber hinaus betreffen (dazu oben), sieht Ziff. 3 ein vorheriges Ersuchen um Einverständnis der Länder im Sinne eines Vetorechts<sup>150</sup> bei Weiterleitung des Vertrages an den Bundesrat sowie eine frühzeitige Beteiligung vor. Letzteres gilt auch nach Ziff. 4, sofern wesentliche Länderinteressen betroffen sind.<sup>151</sup> Unklar ist, wer genau sein Einverständnis erteilen muss. Während dies praktisch die Regierungen übernehmen, fordert der Vorbehalt des Gesetzes eine Zustimmung des Landtags.<sup>152</sup> Darüber hinaus wurde 1958 ungeachtet der Anhörungspflicht des Art. 32 Abs. 2 GG die Ständige Vertragskommission der Länder als Forum im Geiste von Bundestreue und Föderalismus eingerichtet. Die Länder (und richtigerweise die Landtage) erhalten ergo unmittelbare Beteiligungsrechte, die

145 Ibid. zur Staatshaftungs-Kompetenz allgemein siehe *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, (Fn. 136), Art. 74 GG, Rn. 324 ff.

146 *Ruffert*, Das CETA-Ratifikationsgesetz bedarf nicht der Zustimmung des Bundesrates!, veröffentlicht auf [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) am 31.10.2016 (10.09.2018).

147 *Streinz*, (Fn. 5), S. 291; *Krajewski*, (Fn. 22), S. 400. Ergo ist die Frage nach einem generellen Vetorecht im Rahmen der Alt. 1 hier irrelevant; vgl. *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, (Fn. 76), Art. 59 GG, Rn. 150.

148 Siehe dazu oben. So zum Teil *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, (Fn. 76), Art. 23 GG, Rn. 183.

149 *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, (Fn. 76), Art. 32 GG, Rn. 72; ausführlich *Papier*, (Rn. 107), S. 267 f.

150 Als Soll-Vorschrift mit Abweichungsmöglichkeit im Notfall, *Papier*, (Fn. 107), S. 269.

151 *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, S. 121 f.

152 *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Grundgesetz, (Fn. 29), Art. 20 GG, Rn. 38.

sie im Wege des Bund-Länder-Streits gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG einklagen können.<sup>153</sup>

### III. Zwischenfazit

Die Beteiligungsrechte variieren nach Art des Abkommens stark: Während bei *EU only-Abkommen* das EP für die wesentliche demokratische Legitimation verantwortlich ist, bestehen die Rechte der Bundesorgane vor allem in der Einflussnahme auf den deutschen Ratsvertreter, deren Wirksamkeit von den Mehrheitserfordernissen im Rat abhängt. Die Landtage haben maximal unverbindliche Stellungnahmerechte. Bei *gemischten Abkommen* behält das EP seine Rechte, Bundestag und -rat sowie Landtage gewinnen aber Veto-Positionen und stärken die demokratische Legitimation. Gemischte Abkommen präferieren somit die demokratische Legitimation, EU only-Abkommen dagegen die Handlungsfähigkeit der EU. Vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Berührung der jeweiligen Interessen wird dennoch in beiden Fällen die von Art. 4 Abs. 3 und Art. 10 Abs. 2 UAbs. 2 EUV geforderte Balance gewahrt und der dualen Legitimation Rechnung getragen.<sup>154</sup>

### G. Einordnung der Abkommen

Für die Legitimation der Freihandelsabkommen ist also ihre Einordnung als gemischt oder EU only entscheidend.<sup>155</sup> Diese hängt ab von der kontrovers diskutierten Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten (siehe dazu bereits oben): Der EuGH äußerte sich zu den verschiedenen damit einhergehenden Fragen weitgehend für alle Freihandelsabkommen neuerer Generation verallgemeinerbar in seinem Gutachten 2/15 bezüglich *EUSFTAs* nach Art. 218 Abs. 11 AEUV.<sup>156</sup>

### I. Ausgangslage

Hinsichtlich der Einordnung waren die Vereinbarungen über Investitionsschutz, institutionellen Rahmen (ISDS, Vermittlungsmechanismen), Verkehrsdienstleistungen, Schutz geistigen Eigentums sowie über nachhaltige Entwicklung (insbesondere arbeits-, sozial- und umweltrechtliche Regelungen) problematisch.

*Kommission und EP* meinten, alle Materien außer Portfolioinvestitionen und Verkehrsdienstleistungen (von Art. 207 Abs. 5 AEUV erfasst) fielen als Teil der GHP

153 Bückner/Köster, Die Ständige Vertragskommission der Länder, JuS 2005, S. 976 ff.; Herrmann, Examens-Repetitorium Europarecht. Staatsrecht III, 6. Aufl. 2017, Rn. 303; Paulus, Staatsrecht III, 1. Aufl. 2010, S. 1.

154 Vgl. Holterhus, (Fn. 4), S. 258; a.A. wohl Streinz, (Fn. 5), S. 290.

155 Vgl. Streinz, (Fn. 5), S. 282; Schorkopf, (Fn. 109), § 3, Rn. 195.

156 EuGH, Gutachten 2/15, *EUSFTA*, (Fn. 61). Vergleiche Zornow, Globalisierung durch Marginalisierung mitgliedstaatlicher Entscheidungsstrukturen? Das EuGH-Gutachten zum Freihandelsabkommen mit Singapur, veröffentlicht auf [www.juwiss.de](http://www.juwiss.de) am 16.06.2017 (10.09.2018).

bereits in die ausschließliche explizite Kompetenz des Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV, während die beiden Ausnahmen unter Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 216 Abs. 1 AEUV fielen.<sup>157</sup> *EUSFTA* sei deshalb ein EU only-Abkommen.

*Rat und Mitgliedstaaten* hielten es dagegen für gemischt: Die Vereinbarungen über Verkehrsdienstleistungen, Schutz geistigen Eigentums und nachhaltige Entwicklung fielen in die geteilte, einige Materien, wie Portfolioinvestitionen und die Aufhebung alter sog. BITs (Bilateral Investment Treaty) der Mitgliedstaaten, in die ausschließliche Zuständigkeit derselben.<sup>158</sup>

## II. Gutachten des EuGH

Der EuGH wich von beiden Argumentationen ab:

(1) In einem *1. Schritt* prüfte er Art. 3 Abs. 1 lit. e und Art. 207 Abs. 1 AEUV. Damit ein Rechtsakt der GHP unterfällt, müsse er gerade den Handelsverkehr betreffen, „weil er ihn im Wesentlichen fördern, erleichtern oder regeln soll und sich direkt und sofort auf ihn auswirkt.“<sup>159</sup> Dies sei bei Marktzugang und Wettbewerb der Fall. Direktinvestitionen würden zur Gänze von Art. 207 Abs. 1 AEUV erfasst, eine Unterscheidung zwischen pre- und post-establishment-Phase sei nicht angezeigt.<sup>160</sup> Aber auch die Regelungen zu geistigem Eigentum und nachhaltiger Entwicklung dienten der Liberalisierung, insbesondere Letztere seien wichtige Bedingungen für ein Gelingen der Marktöffnung. Im Lichte des Art. 21 Abs. 2 lit. f EUV, der das Außenhandeln der EU an bestimmte Werte bindet, müssten sie der GHP unterfallen, da sie gerade dazu dienten, diese Werte durchzusetzen.<sup>161</sup>

(2) Im *2. Schritt* widmete sich der EuGH Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 216 Abs. 1 AEUV. Die Verkehrsdienstleistungen, für die er im ersten Schritt keine explizite ausschließliche Kompetenz angenommen hatte, erfüllten die Voraussetzungen, da sich die Vereinbarungen in *EUSFTA* teilweise mit Sekundärrechtsakten überschneiden, die sie so beeinträchtigen/verändern könnten. Vorschriften mit „äußerst begrenzter Tragweite“ seien vernachlässigbar.<sup>162</sup> Hinsichtlich der Portfolioinvestitionen bestehe eine geteilte Zuständigkeit, da die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV wegen des Vorrangs des Primärrechts (Art. 218 Abs. 11 Satz 2 AEUV) keine gemeinsame Regel im Sinne des Art. 3 Abs. 2 AEUV sei. Denn eine Norm könne nur dann als solche qualifiziert werden, wenn sie durch das Abkommen geändert oder beeinträchtigt werden könnte, was für Primärrecht von vornherein ausscheide.<sup>163</sup> Daran orientiere sich auch die Einordnung der Aufhebung von BITs.<sup>164</sup>

157 EuGH, Gutachten 2/15, *EUSFTA*, (Fn. 61), Rn. 12 ff.

158 Ibid., Rn. 19 ff.

159 Ibid., Rn. 36 mit Verweis auf EuGH, *Daichi Sankyo und Sanofi-Aventis Deutschland*, (Fn. 55), Rn. 51.

160 Ibid., Rn. 40 ff., 131 ff.; Rn. 78 ff.

161 Ibid., Rn. 111 ff., 139 ff., insbesondere 166.

162 Aufzählung ibid., Rn. 15; Rn. 168 ff.; 217.

163 Ibid., Rn. 225 ff. insbesondere Rn. 235.

164 Ibid., Rn. 256.

(3) *In einem letzten Schritt* bezeichnete der EuGH die Vereinbarungen über den institutionellen Rahmen als akzessorische Hilfsnormen zu den materiellen Pendants, weshalb sich die Zuordnung danach richte. Eine Ausnahme bildete jedoch das ISDS: Es entzöge Streitigkeiten den Gerichten der Mitgliedstaaten und könne ergo nicht ohne Einverständnis Letzterer vereinbart werden.<sup>165</sup>

Somit bestehe geteilte Zuständigkeit für Portfolioinvestitionen, die diesbezüglichen institutionellen Vereinbarungen und das ISDS. *EUSFTA* könne also als gemischtes Abkommen nicht ohne die Mitgliedstaaten geschlossen werden.<sup>166</sup>

### III. Stellungnahme

Das Gutachten 2/15 des EuGH sollte Klarheit schaffen, was wegen einiger Widersprüchlichkeiten nur zum Teil gelungen ist:<sup>167</sup>

(1) Im 1. *Schritt* bezeichnet er sein erst 2013 ergangenes Urteil als gefestigte Rechtsprechung und zieht daraus das Erfordernis des spezifischen Handelsbezuges. Diesen fasst er „in bester Tradition“ weit und attestiert ihn auch handelsfremden Materien.<sup>168</sup> Gerade die Argumentation zur Nachhaltigkeit überzeugt nicht: So ließe sich viel als Liberalisierungs-Bedingung im Sinne der GHP formulieren. Auch die Wertbindung des Art. 21 EUV liest sich auf den ersten Blick eingängig, kann allerdings bei einem solch weiten Gebrauch zu einer „Allzweckwaffe“ oder einem generellen „Totschlag-Argument“ werden. Aufgrund der bereits bestehenden Probleme im Hinblick auf Reichweite und normative Bindungskraft<sup>169</sup> des Art. 21 EUV sollte sich der EuGH eher um Präzisierung, Konkretisierung und auch Eindämmung denn um Pauschalisierung im Namen effizienter Handlungsfähigkeit bemühen.

(2) Im 2. *Schritt* bleibt er weiter effizienzorientiert, indem er die Anforderungen des Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 216 Abs. 1 AEUV unter Zuwendung zur Schwerpunktlösung stark aufweicht und die Außen- über die Innenkompetenzen hinauswachsen lässt.<sup>170</sup> Dies erinnert an *Nettesheims* Vorwurf, dass die EU sich vom politisch Guten leiten lasse und erst dann über Kompetenzen nachdenke.<sup>171</sup> Teilweise wird im Gutachten

165 Ibid., Rn. 257 ff., insbesondere 276; Rn. 285 ff., insbesondere 292.

166 Vgl. *ibid.*, Rn. 243 f. Im Ergebnis übereinstimmend GA *Sharpston*, (Fn. 61), Rn. 570.

167 Vergleiche *Kleimann/Kübeck*, The Singapore Opinion or the End of Mixity as We Know It, veröffentlicht auf [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) am 23.05.2017 (10.09.2018).

168 Zornow, Kупierte Freihandelsabkommen: Verfassungsrechtliche Herausforderungen einer neuen Unionsstrategie, veröffentlicht auf [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) am 15.09.2017 (10.09.2018); *Castellarin*, L'avis 2/15 de la CJUE : Quelles conséquences pour le CETA et le Brexit?, Compte rendu de la conférence-débat de l'Université Panthéon-Assas du 19 juin 2017, veröffentlicht auf [www.blogdroiteuropeen.fr](http://www.blogdroiteuropeen.fr) am 19.07.2017 (10.09.2018).

169 Siehe hierzu ausführlich *Krajewski*, Normative Grundlagen der EU-Außenwirtschaftsbeziehungen: Verbindlich, umsetzbar und angewandt?, EuR 2016, S. 235 ff.

170 Vergleiche dazu Zornow, (Fn. 156); *Castellarin*, (Fn. 168).

171 *Nettesheim*, Kompetenzdenken als Legitimationsdenken. Zur Ultra-vires-Kontrolle im rechtspluralistischen Umfeld, JZ 2014, S. 587.

sogar schon ein neues *AETR-Urteil* gesehen.<sup>172</sup> Daher ist dem EuGH zu folgen, wenn er Art. 63 AEUV nicht als gemeinsame Regel anerkennt. Zwar kann die EU die geteilten Kompetenzen in Zukunft durch Erlass einschlägiger Rechtsakte an sich ziehen.<sup>173</sup> Die Hürden der jeweiligen Gesetzgebungsverfahren begrenzen dies jedoch maßvoll; eine Anerkennung von Primärrecht ginge zu weit. Dass die Mitgliedstaaten aber nicht mehr über eigene BITs verfügen können, schränkt sie stark ein und ist im Lichte des Art. 351 AEUV problematisch.<sup>174</sup> Unklar wird es auch, wenn der EuGH feststellt, dass die EU das *EUSFTA* nicht allein abschließen könne. Nach bisherigem Verständnis hätten die Feststellungen zu den Kompetenzen nämlich zumindest die Möglichkeit für die EU offen gelassen, die geteilten Zuständigkeiten an sich zu ziehen und *EUSFTA* dennoch alleine abzuschließen. Indem der EuGH dies übergeht, scheint er „*facultative mixity*“ abzuschaffen. Damit stärkt er gleichzeitig die Mitgliedstaaten. Jedoch besteht mangels weiterer Erklärungen oder Klarstellungen vonseiten der Richter Unsicherheit.<sup>175</sup>

(3) Im 3. Schritt begründet er den Hilfscharakter des institutionellen Rahmens kaum. Die Aussagen zum ISDS verwirren: Zwar ist die Rücksicht auf nationale Gerichte zu begrüßen, der EuGH nennt aber keine Rechtsgrundlage.<sup>176</sup> Der Verdacht liegt nahe, dass er sich so der für ihn lästigen Schiedsgerichte diplomatisch entledigen wollte.<sup>177</sup> Indem er den Mitgliedstaaten für diesen Bereich stärkere Mitspracherechte zukommen lässt, eröffnet er nämlich auch die Möglichkeit für nationale Bewegungen und/oder regionale Untergliederungen, sich kritisch zum ISDS zu äußern und gegebenenfalls eine Blockadehaltung einzunehmen. An deren Potenzial kann spätestens seit dem „CETA-Drama“ nicht mehr ernsthaft gezweifelt werden.

Im Ergebnis ist dem EuGH gleichwohl zuzustimmen, die Einordnung *EUSFTAs* und damit de facto der meisten Freihandelsabkommen als gemischt stärkt deren demokratische Legitimation. Jedoch weitet er *en passant* im Interesse effizienter Handelspolitik die EU-Kompetenzen kritisch und gerade bei der nachhaltigen Entwicklung zu weit aus, was insofern besonders schwer wiegt, als es letztlich weniger um das (in dieser Form durchaus zu erwartende) Ergebnis ging, sondern vielmehr um den

172 *Dubout*, L'avis 2/15 de la CJUE : Quelles conséquences pour le CETA et le Brexit?, Compte rendu de la conférence-débat de l'Université Panthéon-Assas du 19 juin 2017, veröffentlicht auf [www.blogdroiteuropeen.fr](http://www.blogdroiteuropeen.fr) am 19.07.2017 (10.09.2018).

173 *Zornow*, (Fn. 168). Dies ist letztlich die Konsequenz des Konzepts der Parallelität von Innen- und Außenkompetenzen, *Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Band 1, 7. Aufl. 2015, Art. 3 AEUV, Rn. 41.

174 Ausführlich *GA Sharpston*, (Fn. 61), Rn. 387.

175 *Castellarin*, (Fn. 168); *Thym*, *Mixity after Opinion 2/15: Judicial Confusion over Shared Competences*, veröffentlicht auf [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) am 31.05.2017 (10.09.2018).

176 *Dubout*, (Fn. 172). *Castellarin*, (Fn. 168) erwägt Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 216 Abs. 1 AEUV.

177 *Roberts*, *A Turning of the Tide against ISDS?*, veröffentlicht auf [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org) am 19.05.2017 (10.09.2018). Siehe dazu auch die Besprechung bei *Sarmiento*, *The Singapore Silver Bullet*, veröffentlicht auf [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) am 17.05.2017 (10.09.2018), der einige Schlussfolgerungen in Richtung der Folgen für den Brexit und das entsprechende Abkommen anstellt.

argumentativen Weg dorthin. Der EuGH muss sich so den Vorwurf gefallen lassen, anstelle der alten Fragen Neue aufzuwerfen.<sup>178</sup>

## H. Fazit

Die demokratische Legitimation von EU-Freihandelsabkommen variiert: Bei EU only-Abkommen legitimiert zuvorderst das EP durch sein Vetorecht aus Art. 218 Abs. 6 UAbs. 2 lit. a v AEUV, das hinsichtlich Art. 218 Abs. 5 AEUV erweitert werden sollte. Bundestag und -rat sind auf ihre Einflussmöglichkeiten auf den deutschen Ratsvertreter beschränkt. Ersterer wird durch seine Integrationsverantwortung ermächtigt, den Ratsvertreter in Ausnahmefällen durch Beschluss schon im Rahmen der vorläufigen Anwendung zu binden. Eine Kodifikation im EUZBBG oder IntVG wäre wünschenswert.<sup>179</sup> Der Bundesrat kann zum Teil direkt bei Ratsverhandlungen mitwirken, die Landtage haben je nach landesrechtlicher Ausgestaltung maximal Stellungnahmerechte. Bei gemischten Abkommen erwachsen den nationalen Organen dagegen zusätzliche Vetorechte. Sie weisen damit höhere demokratische Legitimation auf Kosten flexibler Verhandlungsführung auf. Dennoch wahren beide Fälle die Grenzen der Art. 4 Abs. 3 und Art. 10 Abs. 2 UAbs. 2 EUV.

Entscheidend ist somit die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten sowie die darauf beruhende Einordnung des Abkommens. Das EuGH-Gutachten 2/15 hat trotz einiger Kritikpunkte dringend benötigte Klarheit geschaffen. Es geht von gemischten Abkommen aus, was wegen der weiten Regelungsgehalte und der damit einhergehenden Legitimationsbedürftigkeit Sinn hat, wenngleich mehr Akteure involviert werden. Dies muss aber, anders als eingangs befürchtet, nicht zwangsläufig zu Blockaden, sondern kann auch zu konstruktivem Dialog und zu materiellen Verbesserungen führen.<sup>180</sup> Als Beispiel hierfür lassen sich die Pläne der Kommission für einen ständigen CETA-Schiedshof anführen, die als Reaktion auf die anhaltende Kritik am ISDS entworfen wurden und für mehr Transparenz sorgen sollen. Sie haben Eingang in das Abkommen gefunden.<sup>181</sup>

## I. Ausblick

Es fragt sich, wie nun den dargestellten Anliegen genügt werden kann. Von den unterbreiteten Vorschlägen erscheint am sinnvollsten, neben Verbesserungen am ISDS künftig ein EU only-Handels- und ein gemischtes Investitionsschutzabkommen zu

178 So auch die Einschätzung bei *Kleimann/Kübeck*, (Rn. 167).

179 Mögliche Kompetenzgrundlagen wären Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1 bzw. 23 Abs. 3 Satz 3 GG, so der Vorschlag von *Holterhus*, (Fn. 4), S. 259.

180 *Mayer*, (Fn. 4); *Schroeder*, (Fn. 16), S. 138 m.w.N.

181 Siehe z.B. Art. 8.27 ff. CETA; dazu v. *Arnauld*, (Fn. 18), Rn. 1005. Es bleiben allerdings einige Fragen, wie z.B. die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, offen, vgl. *Wuschka*, Ein Investitionsschiedsgerichtshof – Der große Wurf der EU-Kommission?, ZEuS 2016, S. 153 ff.

schließen.<sup>182</sup> Dies verschafft der EU Handlungsspielräume, den Mitgliedstaaten in sensiblen Bereichen mehr Mitspracherechte und ermöglicht ein abgestuftes Vorgehen statt einer „Alles-oder-nichts“-Entscheidung. Die praktischen Folgen bleiben aber abzuwarten.

Erste neue Erkenntnisse hat mittlerweile das Urteil des EuGH in der *Rs. Achmea* mit sich gebracht: Auf ein Vorabentscheidungsersuchen des BGH nach Art. 267 AEUV entschied der Gerichtshof, dass ISDS-Klauseln in Intra-EU-BITs, also Investitionsschutzverträgen zwischen den EU-Mitgliedsstaaten, die gemäß Art. 351 AEUV noch fortbestehen können,<sup>183</sup> gegen Unionsrecht verstoßen.<sup>184</sup> Die Autonomie des Unionsrechts würde durch die Möglichkeit der Schiedsgerichte, neben nationalem auch Unionsrecht zu berücksichtigen, in einem inakzeptablen Maße beeinträchtigt.<sup>185</sup> Die Reichweite dieser Entscheidung ist aber bisher noch nicht geklärt: Während Parteien von Intra-EU-BITs nicht mehr auf ISDS zurückgreifen können, stellt sich die Rechtslage für Freihandelsabkommen wie EUSFTA oder CETA noch nicht eindeutig dar. Die Stimmen in der Literatur sind sich uneins: Einige plädieren für eine Übertragbarkeit der Kernaussagen der Entscheidung und berufen sich dabei auf die Vergleichbarkeit der Interessenlagen.<sup>186</sup> Andere hingegen möchten den Ausführungen des EuGH keine derartig weitreichenden Folgen beimessen.<sup>187</sup>

Eine Klärung dieser Fragen wird von europäischer Seite aller Voraussicht nach im Gutachten 1/17 zu erwarten sein. Dabei handelt es sich um ein von Belgien angestregtes Verfahren nach Art. 218 Abs. 11 AEUV, das der Region Wallonien im Zuge des „CETA-Dramas“ versprochen wurde. Im Gegenzug billigte das Regionalparla-

182 GA Sharpston, (Fn. 61), Rn. 567; Bungenberg, (Fn. 144), S. 393 ff.; so nun auch *Europäische Kommission*, (Fn. 6); kritisch dagegen Zornow, (Fn. 168). Eine gute Übersicht über verschiedene mögliche Konzepte als Reaktion auf das Gutachten bietet *Castellarin*, (Fn. 168).

183 Siehe dazu *Keller/Schmitt*, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg.), EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, 10. EL Oktober 2017; aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-205/06, *Kommission/Österreich*, ECLI:EU:C:2009:118; EuGH, Rs. C-249/06, *Kommission/Schweden*, ECLI:EU:C:2009:119; EuGH, Rs. C-118/07, *Kommission/Finnland*, ECLI:EU:C:2009:715.

184 EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158. Ein interessanter und bemerkenswerter Nebenaspekt dieser Entscheidung ist, dass sie, gemessen an der Vehemenz, mit der noch zuvor gegen die Einsetzung von ISDS protestiert wurde, verhältnismäßig wenig Beachtung in Öffentlichkeit und Medien erfuhr.

185 *Ibid.*, Rn. 50 ff., insb. Rn. 58 und 59.

186 *Thym*, Todesstoß für autonome Investitionsschutzgerichte, veröffentlicht auf [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) am 08.03.2018 (10.09.2018); *Eckes*, Don't lead with your chin! If Member States continue with the ratification of CETA, they violate European Union law, veröffentlicht auf [www.europeanlawblog.eu](http://www.europeanlawblog.eu) am 13.03.2018 (10.09.2018). So wohl auch *Niemelä*, *Achmea – A Perspective from International (Investment) Law*, veröffentlicht auf [www.europeanlawblog.eu](http://www.europeanlawblog.eu) am 15.03.2018 (10.09.2018).

187 *Hindelang*, The Limited Immediate Effects of CJEU's Achmea Judgment, veröffentlicht auf [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) am 09.03.2018 (10.09.2018). Vorsichtiger die Einschätzung bei *Klages*, Autonomie sticht Schiedsklausel, *EuZW* 2018, S. 218.

ment eine weitere Beteiligung Belgiens am Abschluss des Abkommens.<sup>188</sup> Die zentrale Fragestellung wird dann über diejenige des Gutachtens 2/15 hinausgehen und sich mit der materiellen Vereinbarkeit umfassender Freihandelsabkommen mit dem Unionsrecht befassen.<sup>189</sup> Die dort getroffenen Aussagen könnten auch für das UK von Bedeutung sein, streben sie doch gerade Handelsabkommen mit der EU an, die ausschließlich von Schiedsgerichten beurteilt werden sollen.<sup>190</sup>

Damit ist allerdings zumindest aus deutscher Perspektive nicht das letzte Wort gesprochen: Die Verfahren vor dem BVerfG im einstweiligen Rechtsschutz mögen zwar gescheitert sein, in der Begründung finden sich aber dennoch Passagen, die aufzeigen, dass das BVerfG durchaus Bauchschmerzen mit manchen Aspekten des Abkommens hat. Zu nennen ist insbesondere die Kompetenzverteilung, welche der EuGH im Gutachten 2/15 deutlich weiter verstand, als es das BVerfG vorläufig eingeschätzt hatte.<sup>191</sup> Deswegen darf mit Spannung erwartet werden, wie die Karlsruher Richter in der CETA-Hauptsacheentscheidung auf die Aussagen aus Luxemburg reagieren werden.<sup>192</sup>

188 Vergleiche die Meldung des Föderalen Öffentlichen Dienstes für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs Belgien auf [www.diplomatie.belgium.be](http://www.diplomatie.belgium.be) vom 06.09.2017 (10.09.2018) mit Verweis auf den Gutachtenantrag, ABL 2017 L 11 v. 14.01.2017, S. 9. Im Weiteren auch *Streinz*, (Fn. 117), S. 186.

189 Siehe dazu auch die Betonung des Prüfungsgegenstands in EuGH, Gutachten 2/15, *EUSFTA*, (Fn. 61), Rn. 30.

190 Dazu schon oben, siehe auch *Sarmiento*, (Fn. 177) und das britische Positionspapier „Ongoing Union judicial and administrative proceedings“ vom 13.07.2017.

191 EuGH, Gutachten 2/15, *EUSFTA*, (Fn. 61), Rn. 243 f. im Vergleich zu den vorläufigen Einschätzungen bei BVerfGE 143, 65 (93 ff.).

192 CETA wird seit dem 21.09.2017 vorläufig angewandt, siehe dazu *Europäische Kommission*, Im Blickpunkt: Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA), veröffentlicht auf [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu) am 20.09.2017 (10.09.2018).