

EUR EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2019

Armin Hatje | Peter-Christian Müller-Graff [Hrsg.]

**XXVIII. FIDE-Kongress
vom 23. Mai bis 26. Mai 2018
in Estoril**

Die deutschen Landesberichte:
Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft
Steuern, staatliche Beihilfen und Wettbewerbsverzerrungen
Die externe Dimension der EU-Politiken



Nomos

EuR EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2019

Armin Hatje | Peter-Christian Müller-Graff [Hrsg.]

XXVIII. FIDE-Kongress vom 23. Mai bis 26. Mai 2018 in Estoril

Die deutschen Landesberichte:

Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft

Steuern, staatliche Beihilfen und Wettbewerbsverzerrungen

Die externe Dimension der EU-Politiken



Nomos

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5848-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-9981-5 (ePDF)

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Dieses Beiheft der Zeitschrift Europarecht vereint die deutschen Landesberichte und die dazu gehörigen Fragen der Generalberichterstatter zu den Themen des XXVIII. Kongresses der Internationalen Föderation für Europarecht (FIDE), der vom 23. Mai bis 26. Mai 2018 in Estoril stattfand. Die Berichte behandeln im Einklang mit der traditionellen FIDE-Methode innerhalb des vom jeweiligen Generalberichterstatter vorgegebenen unionsrechtlichen Fragenrahmens die drei Themengruppen „Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft“, „Steuern, staatliche Beihilfen und Wettbewerbsverzerrungen“ und „Die externe Dimension der EU-Politiken“.

Heidelberg/Hamburg, im Dezember 2018

Peter-Christian Müller-Graff

Armin Hatje

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
<i>Prof. Dr. Wolfgang Kilian</i>	
Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft	
Deutscher Landesbericht zu Themen 1, 3 und 4	7
<i>Prof. Dr. Benjamin Rau</i> e	
Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft	
Deutscher Landesbericht zu Thema 2	27
Fragebogen	
Generalthema 1: Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft	35
<i>Prof. Dr. Rainer Wernsmann/Paul Wagner</i>	
Steuern, staatliche Beihilfen und Wettbewerbsverzerrungen	
Deutscher Landesbericht	47
Fragebogen	
Generalthema 2: Steuern, staatliche Beihilfen und Wettbewerbsverzerrungen ..	75
<i>Dr. Till Müller-Ibold</i>	
Die externe Dimension der EU-Politiken	
Deutscher Landesbericht	79
Fragebogen	
Generalthema 3: Die externe Dimension der EU Politik.	
Eine Aktualisierung bzgl. der Rollen der EU-Organe und der	
Mitgliedstaaten. Eine Einschätzung der aktuellen Herausforderungen bzgl.	
des Handels, des Investitionsschutzes und des Raums der Freiheit, Sicherheit	
und des Rechts.	181

Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft

Deutscher Landesbericht zu Themen 1, 3 und 4

Wolfgang Kilian¹

1. Binnenmarkt und digitale Wirtschaft

In der Europäischen Union sind mit der kommerziellen Nutzung des Internets und der Bereitstellung von Funkfrequenzen elektronische Märkte entstanden. Ihre Vorteile liegen darin, dass Verträge über Waren und Dienstleistungen elektronisch grenzüberschreitend geschlossen und Dienstleistungen grenzüberschreitend elektronisch erbracht werden können. Im Monti-Bericht aus dem Jahre 2010², in dem die Bezeichnung „digitaler Binnenmarkt“ erstmals auftaucht, werden TK-Dienste, TK-Infrastrukturen, ein gesamteuropäisches Lizenzerierungssystem, der elektronische Handel sowie Online-Inhalte als Beispiele genannt.

Wegen der grenzüberschreitenden Effekte besitzt die Union die primäre Gesetzgebungskompetenz.³ Diese wird durch EU-Rahmenregelungen für die Marktstruktur sowie für das Marktverhalten der Kommunikationsbeteiligten wahrgenommen. Inhaltlich richten sich die Rahmenregelungen überwiegend nach dem Prinzip der „funktionalen Äquivalenz“ zu klassischen Marktregelungen, soweit nicht wegen der Besonderheiten der elektronischen Kommunikation neue Instrumente und Verfahren geschaffen werden müssen (etwa: elektronische Signaturen; Datenschutz; Datensicherheit; europäische Clouds).

Unverständlich ist, dass die Europäische Union die bisher einzige internationale Konvention, nämlich die UN-Konvention über den Abschluss elektronischer Verträge, nicht ratifiziert hat, obwohl die Union an der Ausarbeitung beteiligt war und diese Konvention eine Ergänzung zum Internationalen Kaufrecht (CISG) darstellt.⁴

1.1. E-Kommerz und Verantwortlichkeit der Vermittlungsdiensteanbieter

Die E-Commerce-Richtlinie⁵ hat in Deutschland zur Änderung von fast einem Dutzend Gesetzen geführt, darunter insbesondere des Bürgerlichen Gesetzbuchs,

1 Prof. em. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kilian, Gottfried Wilhelm Leibniz-Universität Hannover.

2 Monti, Eine neue Strategie für den Binnenmarkt, S. 54-57 (ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti-report_final_10_05_2010_de.pdf), aufgesucht am 6.9.2017.

3 Padoa-Schioppa, Efficiency, Stability and Equity. A Strategy for the Evolution of the Economic System of the European Community, Oxford 1987; Kilian/Wendl, Europäisches Wirtschaftsrecht, 6.A. 2017, S. 157 ff; 370 ff.

4 Boss/Kilian, The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. An In-Depth Guide and Sourcebook, Alphen aan den Rijn 2008.

5 Richtlinie 2000/31/EG vom 8.6.2000 ABI. L 178 vom 17.7.2000, S. 1.

des Telemediengesetzes und des Unterlassungsklagegesetzes. Das Verbraucherschutzrecht ist in Deutschland nicht (wie etwa in Österreich oder Polen) in einem Spezialgesetz geregelt. Das hat in der deutschen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis zu zahlreichen Problemen geführt.

Die meisten Vorschriften der E-Commerce-Richtlinie wurden aufgrund des „Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (EGG)“⁶ zunächst in das Teledienstegesetz (TDG) und in das Telekommunikationsgesetz (TKG), dann 2007 in das heutige Telemediengesetz (TMG) übernommen. Bei dem TKG steht die Transportleistung (Übertragung von Signalen), bei dem TMG der Inhalt der Informationen im Vordergrund.

Im TMG wurden die Verantwortlichkeiten der Diensteanbieter für eigene sowie für fremde gespeicherte, zwischengespeicherte („Caching“), durchgeleitete („Hosting“) Informationen präzisiert, Anbieterkennzeichnungen eingeführt und das Herkunftslandprinzip mit dem deutschen IPR in Einklang gebracht.

1.1.1.

In Deutschland war lange streitig, welche Dienstleister in den Genuss der Haftungsprivilegierungen der Art. 12-15 E-Commerce-Richtlinie kommen, auf die sich die §§ 7-10 TMG beziehen. Inzwischen besteht durch Hunderte von Gerichtsentscheidungen⁷ und durch ausdrückliche gesetzliche Regelungen mehr Klarheit.

Durch Einfügung eines neuen 3. Absatzes in § 10 TMG wurde im Juni 2016 klar gestellt, dass eine zivil-, straf- oder verwaltungsrechtliche Haftung von WLAN-Betreibern für Rechtsverletzungen ihrer Nutzer als sogenannte „Störer“ (also als mittelbar Verantwortliche) nicht in Betracht kommt, soweit diese bestimmte Sorgfaltspflichten erfüllen. Gleichzeitig wurde geregelt, dass sich Host-Provider, deren Geschäftsmodell im Wesentlichen auf der Verletzung von Urheberrechten aufbaut, nicht auf das Haftungsprivileg berufen können.⁸

In Deutschland dürfte sich nach der Neuregelung die Haftungsprivilegierung der Access-Provider nach § 8 TMG nunmehr auch auf Unterlassungsansprüche erstrecken.⁹ Dies hatte der Bundesgerichtshof bisher in ständiger Rechtsprechung verneint¹⁰. Der EuGH lässt Unterlassungsansprüche im Hinblick auf die Art. 12-15 der E-Commerce Richtlinie, die auf den §§ 8-10 TMG beruhen, dann zu, wenn gerichtliche Anordnungen vorliegen, die sich auf immaterialgüterrechtliche Ansprüche stützen.¹¹

6 BGBl. 2001, S. 3721.

7 Die Datenbank <https://dejure.org/gesetze/TMG> weist zu § 8 TMG 131 Gerichtsentscheidungen nach, zu § 10 TMG insgesamt 224.

8 BT-Drs. 18/6745 vom 1.6.2016.

9 BT-Drs. 18/8645 vom 1.6.2016.

10 BGH MMR 2007, 518; BGH MMR 2012, 124.

11 EuGH vom 12.7.2011, C-324/09, L'Oréal SA, ECLI:EU:C:2011:474; EuGH vom 15.9.2016, C-484/14, McFadden, ECLI:EU:C:2016:689.

Umstritten ist noch, ob sich Betreiber von Suchmaschinen, Internet-Plattformen Videoplattformen oder die Setzer von Hyperlinks auf die Privilegierung der §§ 8-10 TMG berufen können.¹² Als nicht ausdrücklich geregelt sieht der Deutsche Bundestag¹³ auch die Voraussetzungen für Schadenersatzansprüche aus Persönlichkeitsrechtsverletzungen an, obwohl Art. 82 DSGVO und § 83 BDSG 2017 generell eine modifizierte Gefährdungshaftung des „Verantwortlichen“ vorschreiben. Im Übrigen meint der Deutsche Bundestag: „Ein einheitliches Haftungsregime für Rechtsverletzungen im Internet zu kodifizieren ist vorrangig eine europäische Aufgabe“.¹⁴

1.1.2.

Die Untersuchung des EuGH im Fall L'Oréal SA¹⁵ zu Verantwortlichkeiten eines Internet-Plattformbetreibers sind gründlich und nachvollziehbar. Heute sollte man allerdings überlegen, ob nach dem Stand der Technik der Einsatz von Filter- und Erkennungssoftware als Obliegenheit zumutbar ist, um rechtswidrige Angebote zu reduzieren.

1.1.3.

Das System „notice-and-take-down“ eignet sich nicht, um allen Fällen von Beanstandungen gerecht zu werden, weil Beanstandungen auch unberechtigt sein können oder Abwägungsprozesse erfordern. In krassen Fällen ist ein sofortiges „Take-down“ allerdings angemessen. Sinnvoll wäre es, im Hinblick auf Beanstandungen einen Maßnahmenkatalog zu entwickeln und bei den beanstandeten gespeicherten Inhalten jeweils darauf zu verweisen.

In Deutschland ist ein „Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken“¹⁶ in Kraft getreten. Danach müssen große soziale Netzwerke – wie Facebook, Twitter oder YouTube – künftig Inhalte, die gegen 21 ausdrücklich aufgeführte Straftatbestände verstößen, innerhalb von 24 Stunden löschen sowie nicht offensichtliche Verstöße innerhalb von sieben Tagen klären (§ 1). Das Prüfungsverfahren muss transparent und wirksam sein (§ 3). Bei systematischer Ver nachlässigung dieser Verpflichtungen droht dem Netzwerkbetreiber ein Bußgeld von bis zu 5 Mio. Euro (§ 4 (2)).

Nach der gleichzeitig erfolgten Änderung des Telemediengesetzes darf der Diensteanbieter dem Verletzten nach gerichtlicher Anordnung Auskunft über vorhandene Bestandsdaten zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche geben (§ 14 Abs. 3 und 4 TMG).

12 Bejahend: OLG Köln, ZD 2017, 96; KG, MMR 2010, 495; ablehnend: Spindler/Schuster/Hoffmann, Recht der elektronischen Medien, 3.A. München 2015, § 8 TMG Rdnr. 24; LG Frankfurt, ZD 2017, 391.

13 BT-Drs. 18/8645 vom 1.6.2016, 6.

14 BT-Drs. 18/8645 vom 1.6.2016, S. 11.

15 Urteil vom 12.7.2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474.

16 Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) vom 1.9.2017, BGBl. I S. 3352.

Soweit es um den Missbrauch personenbezogener Daten geht, ist unionsweit künftig auch das Widerspruchsrecht nach Art. 21 (5) DSGVO zu beachten.

1.1.4.

Bisher ist die Verwendung von Filtersystemen durch Internet-Dienstleister zur Abwehr urheberrechtlicher Verstöße unionsrechtlich nicht vorgeschrieben. Filter-systeme werden aber vom EuGH nicht verboten und sind von der Kommission geplant.¹⁷

Während einige Untergerichte in Deutschland Filtersysteme generell ablehnen¹⁸, verlangt der Bundesgerichtshof „zumutbare Anstrengungen“¹⁹ des Dienstleisters sowie Nachforschungen des Rechteinhabers, die zu gerichtlich angeordneten Sperrmaßnahmen gegen bestimmte Kunden führen können. Bei allen Maßnahmen sind verschiedene Grundrechte (Telekommunikationsgeheimnis; Datenschutz; Eigentumsgarantie; Meinungsäußerungsfreiheit; Urheberrecht) gegeneinander abzuwägen. Die Beweislast dafür, dass zumutbare Maßnahmen getroffen wurden, trägt der Internet-Dienstleister.²⁰

1.2. Verbraucherschutz in Bezug auf das Internet und den E-Kommerz

Der Verbraucherschutz (B2C-Verträge) spielt bei elektronischen Verträgen deshalb eine große Rolle, weil bei elektronischen Verträgen auf der gleichen Stufe (B2B; C2C) grundsätzlich von gleichem Informationsstand und gleicher Verhandlungsmacht der Beteiligten ausgegangen werden kann. Eine Informationsassymmetrie²¹ wird hypothetisch nur bei B2C-Verträgen im Internet angenommen.

1.2.1.

Die zwingenden Vorschriften der Verbrauchsgüterrichtlinie mussten mit dem grundsätzlich dispositiven Zivilrecht innerhalb des BGB in Einklang gebracht werden. Das Grundmodell des Vertrages (Angebot und Annahme) ist weiterhin gültig, jedoch mussten viele Modalitäten des Vertragsabschlusses (Authentizität; Identifizierung; Liste der Informationspflichten; Webseite als Antrag oder invitation ad offerendum; E-Mail-Vertragsschluss; Internet-Versteigerungen; Widerrufs-voraussetzungen) geklärt und in das Rechtssystem integriert werden.

17 Art. 13 des Vorschlags für eine Richtlinie über das Urheberrecht im Binnenmarkt, COM (2016) 593 final.

18 OLG Hamburg, 21.11.2013, 5 U 68/10.

19 BGH GRUR 2008, 702.

20 BGH openJur 2016, 235.

21 Fleischer, *Informationsassymmetrie und Vertragsrecht*, München 2001.

1.2.2.

Hindernisse im Online-Handel sind durch die von der Kommission veranlassten empirische Untersuchungen der Kommission gut belegt.²² Erheblich vernachlässigt wird allerdings die Tatsache der Sprachbarrieren.

Für den Versuch, personenbezogene Daten als „Gegenleistung anders als Geld“ zu klassifizieren, fehlt die rechtsdogmatische Fundierung. Implizit wird der „Geldwert“ personenbezogener Daten als eigentumsähnliches Recht anerkannt.

Die Abgrenzung zwischen „aktiver“ und „passiver“ Zurverfügungstellung von personenbezogenen Daten ist undurchführbar, weil beispielsweise die Möglichkeit nachträglicher profitabler Sekundärauswertungen der „Gegenleistung“ nicht reflektiert wird. Wie hoch ist der Wert der „Gegenleistung“?

1.2.3.

Die Richtlinievorschläge 634 und 635 sollten zusammengefasst werden. Die Differenzierung zwischen Online- und Offline-Verkäufen ist bei Sachgütern nicht überzeugend. Beide Verfahren unterscheiden sich nur durch das Verfahren des Vertragsabschlusses, nicht aber durch die Vertragsabwicklung (physische Übergabe; Nachprüfungs möglichkeiten).

1.2.4.

Eine „Vollharmonisierung“ kann allenfalls langfristig durch die Auslegung des EuGH gelingen.

1.2.5.

Die bestehenden Richtlinien sind grundsätzlich ausreichend und bedürfen lediglich punktueller Ergänzungen.

1.2.6.

Es gibt zahlreiche Verfahren gegen Vertragsklauseln von Online-Diensteanbietern in Deutschland.²³ In jüngerer Zeit haben deutsche Verbraucherschutzverbände

²² COM (2015) 635 final, Fußnote 31.

²³ BGH K&R 2006, 460: Verlinkte AGB müssen einsehbar und ausdruckbar sein; LG Berlin, K&R 2014, 544: Messenger-Dienst „WhatsApp“ muss AGB in deutscher Sprache anbieten; BGH MDR 2010, 677: Klauseln über unterschiedliche Gebühren bei Flugbuchungen sind unzulässig; OLG Dresden K&R 2015, 262: Es muss mindestens eine gängige unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit angeboten werden; BGH K&R 2016, 505: Eine Kontaktaufnahme nur gegen Entgelt ist unzulässig; OLG Frankfurt CR 2006, 195: Eine Klausel, dass die Lieferung nur unter Vorbehalt erfolge, ist unzulässig; LG Berlin K&R 2012, 300: Kontaktaufnahme ohne vorherige Einwilligung ist unzulässig.

mehrere Verfahren gegen Vertragsklauseln von Facebook eingeleitet²⁴, weil deren AGB dem deutschen (und europäischen) Datenschutzrecht teilweise widersprechen. Facebook bietet neuerdings besondere AGB für Nutzer in Deutschland an, die sich von ihren AGB in anderen Staaten unterscheiden.

1.2.7.

Eine Ausweitung der geplanten Vorschriften für den Online-Handel zwischen Unternehmen (B2B) wäre systemwidrig. Zwischen Unternehmen wird der gleiche Informationsstand und die gleiche Verhandlungsmacht unterstellt, so dass keine Schutzbedürftigkeit angenommen werden kann.

1.3. Geoblocking

„Geoblocking“ wird in dem Vorschlag COM (2016) 289 verkürzt unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung gesehen. Unterschiedliche Geschäftsbedingungen sind aber aus Wettbewerbsgründen nach primärem Unionsrecht nur dann unzulässig, wenn der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) vorliegt. Wenn funktionsfähiger Wettbewerb herrscht, bestehen für einen Verbraucher Auswahlmöglichkeiten, solange Transparenz über die Angebote herrscht.

Das Wohnortprinzip als Anknüpfung für Klagen des Verbrauchers oder gegen den Verbraucher nach der Verordnung 1215/2012²⁵ wird in COM (2016) 289 beibehalten.²⁶ Der Hinweis in Erwägungsgrund 10 (2. Satz) der geplanten Verordnung ist überflüssig, scheint aber die Notwendigkeit der Anknüpfungsgesichtspunkte der geplanten Verordnung legitimieren zu sollen.

1.4. Fragen in Bezug auf die kollaborative Wirtschaft

Die Agenda COM (2016) 356 unterscheidet leider nicht konsequent zwischen der Organisation einer elektronischen Plattform, deren Betreiber sowie der Plattformnutzung durch Dritte.

²⁴ Anhängige Verfahren: Beim LG Berlin 16 O 341/15 (Irreführung durch Aussage „Facebook ist und bleibt kostenlos“); beim BGH I ZR 65/14 (unzulässige Anwendung des kalifornischen Rechts statt des deutschen (und europäischen) Datenschut兹rechts).

²⁵ Eine Verordnung 1215/2015 (Fragebogen S. 8, 1.Zeile) gibt es nicht.

²⁶ Erwägungsgrund 10.

1.4.1.

Der Bundesgerichtshof hat dem EuGH im Hinblick auf den Fahrdienst-Vermittler „Uber“ die Frage vorgelegt, ob Uber Mietwagen mit Fahrer per Smartphone-App direkt vermitteln darf, ohne auf feste Tarife wie bei Taxis verpflichtet zu sein.²⁷

Die Stadt Freiburg darf von einem Online-Buchungsportal, über das private Zimmer- und Wohnungen angemietet werden können, Auskünfte zum Zweck der Be-rechnung der örtlichen Übernachtungssteuer verlangen.²⁸

Ein Online-Lieferdienst haftet für Wettbewerbsverstöße als Täter.²⁹

1.4.2.

Wettbewerbsprobleme bestehen dann, wenn gewerblich über elektronische Platt-formen betriebene Peer-to-Peer Tätigkeiten nicht denselben Bedingungen (z.B. Versicherungspflichten; Haftung) wie traditionelle Dienstleister unterliegen. Dis-krepanzen könnten durch Anwendung der Richtlinie 2013/55/EU³⁰ gewerbliche Anbieter beseitigt werden.

1.4.3.

Genehmigungen sind nur im Bereich der regulierten Berufe erforderlich. Sie hän-gen von beruflichen Qualifikationsvoraussetzungen ab, die im öffentlichen Inter-esse erlassen worden sind.

1.4.4.

Für Verbraucher wurde die Möglichkeit eröffnet, Schiedsvereinbarungen elektro-nisch abzuschließen (§ 1031 Abs. 5 S. 2 ZPO).

1.4.5.

Die Klassifikation als „gewerblicher“ Diensteanbieter hängt von der Häufigkeit und dem Umfang der Transaktionen ab. Das wird durch Handels- und Steuerrecht geklärt.

27 Beschluss vom 18.5.2017, Az. I ZR 3/16.

28 Urteil vom 5.4.2017 (www.vgfreiburg.de/pb/Lde/4609571/?LISTPAGE=1215608), besucht am 11.9.2017).

29 KG vom 21.6.2017, % U 185/16 (www.online-und-recht.de), besucht am 11.9.2017).

30 ABl. L 345 vom 28.12.2013, S. 132.

1.4.6.

Gütezeichen einer anerkannten neutralen Organisation sind ein gutes Mittel zur Schaffung von Transparenz. Im Übrigen sind Verbandsklagen zur Kontrolle der AGB von Plattformbetreibern sinnvoll.

2. Digitale Media (s. Rau, S. 27 ff.)

3. Digitale Infrastrukturen

Die digitalen Infrastrukturen legen die technischen Voraussetzungen für die Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation fest. In einer Erklärung der EU-Kommission, die der Richtlinie 2009/40/EG³¹ beigefügt war, wurde die Wahrung der „Netzneutralität“ zum politischen Ziel erhoben. Die ursprüngliche Idee der Netzneutralität bestand darin, für alle Nutzer eine gleichberechtigte „end-to-end“ Verbindung im Internet zu garantieren.³² Dieses Konzept wurde jedoch nicht verwirklicht. Das Wort „Netzneutralität“ taucht in der Verordnung (EU) 2015/2120 auch nicht mehr auf. Stattdessen geht es um den diskriminierungsfreien Zugang zum Internet, um Wettbewerb, Technologieneutralität, Verbraucherschutz und Datenschutz. Unter den Stichwörtern „Qualität der Dienste“, „spezielle Verkehrsategorien“ und „Verkehrsmanagement“ verbirgt sich die Möglichkeit, auf der Grundlage von Breitbandnetzen und des neuen Internetprotokolls IPv 6 bestimmte Nutzer gegen Extrazahlungen (z.B. Übermittlung von Bankdaten) zu bevorzugen. Garantiert wird lediglich ein leistungsmäßig nicht näher definierter Internetzugang für alle.

3.1. Netzneutralität vor 2015 in Deutschland

In Deutschland wurde im Jahre 2012 ein § 41a in das TKG zur Netzneutralität in Form einer Verordnungsermächtigung für die Regierung und für Anordnungen der Bundesnetzagentur eingeführt. Eine Regierungsverordnung wurde nicht verabschiedet. Die Bundesnetzagentur ging gegen die Deutsche Telekom wegen Verletzung der Netzneutralität (Volumenbegrenzung; „managed services“) vor und hielt das „zero rating“ für eine Verletzung der Netzneutralität.³³ Inhaltliche Konkretisierungen der Netzneutralität blieben aber strittig.

Der 41a TKG wurde aufgrund der Verordnung 2015/2120 für überholt angesehen und deshalb im Jahre 2017 gestrichen.³⁴ Die EU-Verordnung lässt nun Geschäfts-

31 ABI. L 337 vom 18.12.2009, S. 37.

32 Van Schewick, *Internet Architecture and Innovation*, M.I.T Press 2010.

33 Bericht der Bundesnetzagentur vom 14.6.2013 zur Tarifänderung der Deutschen Telekom AG für Internetzugänge (www.bundesnetzagentur.de/netzneutralitaet, besucht am 10.9.2017).

34 3. TKG-Änderungsgesetz vom 27.6.2017, BGBl. I S. 1963.

modelle auf der Grundlage verschiedener Datenvolumina, Geschwindigkeiten und Qualitätsmerkmale unter bestimmten Bedingungen zu.

Die Bundesnetzagentur hat mehrere Verfahren wegen Zero-Rating Angebote durchgeführt und 2016/2017 zwei Angebote der Deutschen Telekom kritisch geprüft. Daraufhin hat die Deutsche Telekom eines der Angebote für Neukunden eingestellt. Ihr anderes Angebot „Stream On“ ist seit dem 19.4.2017 auf dem Markt und steht noch unter Beobachtung der Bundesnetzagentur.³⁵

3.2. Telekommunikative Netzwerkdienste

Ein europaweites Lizenziierungssystem erscheint überflüssig, wenn Wettbewerb in der Breitbandkommunikation herrscht. Dafür ist aber der Ausbau der Breitbandnetze Voraussetzung. Deutschland lag im 1. Quartal 2017 mit durchschnittlich 15,3 Mbit/s Internetzugangsgeschwindigkeit weltweit an 25. Stelle (Schweden 23,5 Mbit/s an 3. Stelle). Die Bundesregierung wollte ursprünglich mit einem Technologiemix bis 2018 für alle Haushalte 50 Mbit/s im Downstream erreichen, während die Bundesländer stets die vollständige Umstellung auf Glasfaser bevorzugten.³⁶ Inzwischen unterstützt die Bundesregierung marktgetrieben („Industrie 4.0“) und wohl auch aufgrund von Bedenken der EU-Kommission gegen einen Technologiemix die Umstellung auf Glasfaser. Sie will bis 2023 dafür 100 Mrd. Euro für Glasfasernetze zur Verfügung stellen.³⁷ Es wurden Förderrichtlinien und Veraltungsvorschriften erlassen und bereits erhebliche staatliche Zuwendungen auf dieser Grundlage gewährt.

3.3. Spectrummanagement

Es bestehen wettbewerbsrechtliche Probleme im Hinblick auf das Verfahren VDSL2-Vectoring, das die Deutsche Telekom als früherer Monopolist für ihre veralteten Kupferleitungen anwendet, um Datenübertragungsraten von bis zu 100 Mbit/s im Downstream zu erzielen. Konkurrenten möchten die Deutsche Telekom zur teuren Umstellung auf Glasfaser zwingen, um über die Anmietung dieser Leistungen Zugang zu Endkunden zu gewinnen (Kampf um „die letzte Meile“). In einigen deutschen Städten gibt es Glasfasernetze, die von kleineren Konkurrenten der Deutschen Telekom betrieben werden.

Bei der Bundesnetzagentur ist zahlreichen Beschwerden (Preisgestaltung; Volumenbeschränkungen; Zeitbegrenzungen) nachgegangen und hat große Internetdienstleister überprüft, Geschwindigkeitsparameter konkretisiert und einen Quali-

35 Netznutzung in Deutschland. Jahresbericht 2016/2017 der Bundesnetzagentur, S. 9 (<https://www.bundesnetzagentur.de>), besucht am 22.9.2017.

36 Beckert, Ausbaustrategien für Breitbandnetze für Europa, Gütersloh (Bertelsmann-Stiftung) 2017, S. 63 (https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files-Projekte/Smart_Country/Breitband_2017_final.pdf).

37 Handelsblatt vom 28.6.2017.

tätsüberwachungsmechanismus entwickelt.³⁸ In Deutschland ist am 1.6.2017 eine Verordnung zur Förderung der Transparenz auf dem Telekommunikationsmarkt³⁹ in Kraft getreten, die im Vergleich zur VO (EU) 2015/2110 zusätzliche Anforderungen enthält (etwa über: Inhalte von Produktinformationsblättern; minimale und maximale Übertragungsraten; effektive Kostenkontrolle).

3.4. Unabhängigkeit nationaler Regulierungsbehörden

Die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde (Bundesnetzagentur), die als selbständige Bundesoberbehörde organisiert ist,⁴⁰ wurde nie bestritten.

4. Daten in der digitalen Wirtschaft

Durch die digitale Erfassung von Sprache, Musik, Bildern, Verhaltensweisen, Zuständen, Abläufen oder Relationen entstehen Hierarchien von Daten, die unter den Bedingungen der elektronischen Datenverarbeitung grundsätzlich für viele Zwecke genutzt werden können. Wenn diese Daten durch Programme gespeichert, selektiert, kombiniert und zweckbezogen ausgewertet werden, können daraus wirtschaftlich verwertbare Informationen und neue Geschäftsmodelle entstehen. Da die Nutzungsmöglichkeiten für Daten nicht voraussehbar sind, ist in Deutschland eine heftige Auseinandersetzung darüber entbrannt, ob Daten grundsätzlich frei zugänglich sein sollten, um innovative Lösungen zu erleichtern, oder ob proprietäre Rechte daran bestehen oder ob solche Rechte neu geschaffen werden sollten.

Diese Diskussion wird in Deutschland sowohl unter Ökonomen⁴¹ als auch unter Juristen⁴² geführt. Dabei wird allerdings oft der informationstheoretische Unterschied zwischen "Daten" als bloße Nachrichten und "Informationen" als zweckbezogene Nachrichten vernachlässigt. Eine Differenzierung könnte aber interessante Ansatzpunkte für juristische Lösungen bieten. Deutsche Juristen neigen dazu, die Bezeichnungen "Daten" und "Informationen" synonym zu verwenden. Gleichermaßen gilt für den deutschen und den europäischen Gesetzgeber. Beim "Datenschutz" geht es beispielsweise in erster Linie um den Schutz personenbezogener Informationen.

38 Netznutralität in Deutschland. Jahresbericht 2016/2017 der Bundesnetzagentur (<https://bundesnetzagentur.de>), besucht am 28.8.2017.

39 TKTransparenzV vom 19.12.2016 BGBl. I S. 2977.

40 Bundesnetzagenturgesetz (BNetzAG) vom 7.7.2005, BGBl. I S. 1970.

41 Kerber, Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection, GRUR Int. 2016, 639 (<https://papers.ssrn.com>).

42 Dorner, Big Data und "Dateneigentum". Grundfragen des modernen Daten- und Informationshandels, CR 2014, 617; Kilian, Vom Recht auf eigene Daten, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4.7.2014, S. 20; Strukturwandel der Privatheit, in: Garstka/Coy (Hrsg.), Steinmüller-Gedächtnisschrift, Berlin 2014, S. 195 (<https://edoc.hu-berlin.de/handle/18452/18547>).

Aus ökonomischer Sicht können Informationen/Daten entweder als öffentliche Güter (public goods) angesehen werden, die frei zugänglich sind, oder als private Güter, an denen eigentumsähnliche Rechte (property rights) bestehen. Als Abgrenzungskriterium dient der Aspekt, ob es möglich ist, Dritte von der Nutzung auszuschließen. Davon hängt die Vermarktbarkeit eines Gutes ab, denn niemand wäre bereit, ein Gut zu erwerben, das auch kostenlos genutzt werden kann.

Juristisch hängt die Ausschließungsmöglichkeit Dritter an der Nutzung eines Guts von der Zuerkennung von Eigentum oder eines eigentumsähnlichen Rechts an dem Gut ab. Die Möglichkeit, "Eigentum" an Daten erlangen zu können, wird zutreffend fast einhellig mit der Begründung abgelehnt, dass sich "Eigentum" in der Tradition des Römischen Rechts nur auf körperliche Gegenstände (tangible goods) beziehen kann.

In Frage kommt aber die Anerkennung einer eigentumsähnlichen Position an einem Immaterialgut. Juristen gehen allerdings überwiegend vom Bestehen eines numerus clausus der Immaterialgüter aus und erkennen nur die bereits gesetzlich geregelten Fälle (etwa: Werk/Urheberrecht; Erfundung/Patentrecht; Geheimnis/ Know How-Schutz; Geschäftsgeheimnis) als proprietäre Rechte an. Ein eigentumsähnliches Recht an "Daten" wird in Deutschland deshalb bisher nicht anerkannt. Das *sui generis* - Recht an Datenbanken bezieht sich auf die Organisationsleistung, nicht auf die in der Datenbank gespeicherten Daten.

Deshalb wird überwiegend für "big data"- Sammlungen ein freier Zugang und eine freie Nutzung gefordert, also ökonomisch gesehen die Anerkennung der Daten als öffentliche Güter. Dadurch werden die Umstände der Entstehung und der Zuordnung von Informationen ausgeklammert. Es wird auf den faktischen Besitz abgestellt und das Nutzungsrecht an Informationen auf das kartellrechtliche Problem des Zugangs reduziert.⁴³ Die Gegenmeinung, die eigentumsähnliche Rechte anerkennen möchte, beruft sich auf Funktionalitäten, Geschäftszwecke, Investitionen oder eingesetzte technische Mittel, für die es aber außerhalb des numerus clausus der Immaterialgüterrechte bisher keinen Schutz gibt. Allerdings wäre die Schaffung eines neuen eigentumsähnlichen Rechts an marktfähigen Informationen denkbar, etwa in Anlehnung an das Urheberrecht oder an den Know How -Schutz, und zwar einschließlich deren inhärenten Schranken.

Vernachlässigt wird bisher sowohl von Ökonomen als auch Juristen die Tatsache, dass für die Teilmenge der personenbezogenen Daten (richtig eigentlich: "personenbezogene Informationen") bereits ein rechtliches Sonderregime in der Europäischen Union besteht, das zwingendes öffentliches Recht darstellt: Nach der Datenschutzgrundverordnung⁴⁴ hat der Betroffene ein Bündel von unabdingbaren Rechten gegen den Verantwortlichen für die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten. Dieses Bündel an Rechten (Einwilligung; Auskunft; Änderung; Anonymisierung; Pseudonymisierung; Löschung; Portabilität) erzeugt eine Rechts-

43 Drexel, Neue Regeln für die Europäische Datenwirtschaft? NZKart 8/2017, 415.

44 Verordnung (EU) 2016/679 vom 27.4.2016 ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1.

stellung, die ein hohes Datenschutzniveau verwirklichen helfen soll, wie es Art. 7 und 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und Art. 8 EMRH garantieren.

Diese Rechtsstellung wirkt sich vor allem im Bereich der Wirtschaft aus, denn im öffentlichen Bereich haben die öffentlichen Interessen an Sicherheit und Ordnung Vorrang vor den Individualinteressen. Die öffentlichen Interessen sind in Deutschland umfassend gesetzlich geregelt. Das jüngste Beispiel ist das Videoüberwachungsverbesserungsgesetz⁴⁵, wonach hinsichtlich öffentlich zugänglicher Plätze oder Fahrzeuge die Videoüberwachung Vorrang vor Individualinteressen genießt.

Trotz solcher gesetzlichen Regelungen wird in der Politik und in der juristischen Fachöffentlichkeit oft über den Ausgleich staatlicher Interessen einerseits und individuellen Freiheiten andererseits lebhaft gestritten. Das zeigt sich etwa an dem Konflikt über die Zulässigkeit und die Grenzen der anlasslosen Vorratsdatenspeicherung.⁴⁶ Auch nachdem der Europäische Gerichtshof die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie 2006/24/EG⁴⁷ für ungültig erklärt hatte, wurde in Deutschland die anlasslose Vorratsdatenspeicherung beibehalten. Ein Gesetz zur Einführung einer Speicherfrist für Verkehrsdaten⁴⁸ verkürzt lediglich die Speicherfristen für Internet- und Telekommunikationsdaten auf zehn Wochen und für Mobilfunkdaten auf vier Wochen.

Die deutschen Telekommunikationsunternehmen haben seitdem 1. Juli 2017 die Pflicht, Verkehrsdaten zu speichern, ohne dass ein Verdacht auf schwere Straftaten zu Grunde liegen muss. Eilanträge vor dem Bundesverfassungsgericht gegen den Beginn der Speicherungen wurden abgelehnt und einer Entscheidung im schwebenden Hauptverfahren vorbehalten.⁴⁹ Das OVG Nordrhein-Westfalen hält die Verpflichtung zur Speicherung nicht für europarechtskonform.⁵⁰ Daraufhin hat die Bundesnetzagentur bekannt gegeben, dass sie bis zur endgültigen Klärung der Rechtsfrage keine Zwangsmaßnahmen gegen TK-Unternehmen ergreifen wird, die eine Speicherung verweigern.⁵¹ Die im Vorratsdatenspeicherungsgesetz eingeführte Überwachungsmöglichkeit hinsichtlich Personen, die einem Berufsgeheimnis unterliegen, wurde inzwischen durch § 29 Abs. 3 BDSG 2017 wieder rückgängig gemacht.

Die in der Praxis oft stattfindende Verknüpfung von personenbezogenen Daten mit anderen Daten („Industriedaten“) stellt kein triviales Problem dar. Deshalb wird in der Praxis das Datenschutzrecht oft nicht beachtet oder es wird rechtspoli-

⁴⁵ Videoüberwachungsverbesserungsgesetz vom 28.4.2017 BGBl. I S. 968.

⁴⁶ TK-Überwachungs- und Vorratsdatenspeicherungsgesetz vom....

⁴⁷ EuGH vom 8.4.2014, C-293/12 und C-594/12, Digital Rights Ireland und Seitlinger/Minister for Communications, ECLI:EU:C:2014:238.

⁴⁸ Vom 10.12.2015 BGBl. I S. 2218.

⁴⁹ BVerfG vom 26.3.2017, I BvR 141/16.

⁵⁰ Az. 13 B 238/17 vom 22.6.2017 (www.justiz.nrw.de), besucht am 30.8.2017.

⁵¹ DuD 2017, 596.

tisch gefordert⁵², die dem Datenschutzrecht zu Grunde liegenden Prinzipien umzukehren: Jede Form der Datenverarbeitung solle erlaubt werden, wenn sie nicht im Einzelfall ausdrücklich verboten sei. Dies ist bei den Verhandlungen zum TiSA-Abkommen⁵³ unter anderem die Verhandlungsposition der U.S.A. und Australiens und war überraschender Weise auch die Position der deutschen Bundesregierung bei den Beratungen zur Datenschutzgrundverordnung, mit der sie aber nicht durchgedrungen ist.⁵⁴ Dass es grundsätzlich technisch möglich ist, Personenbezogene Daten von anderen Daten zu trennen und jeweils unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen dafür zu entwickeln, zeigt das Beispiel des europäischen Notrufs (E-call).⁵⁵

4.1. Gesetzliche Anpassungen an die Datenschutzgrundverordnung in Deutschland

Die Datenschutzgrundverordnung⁵⁶ wurde durch ein Rahmengesetz, das Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz⁵⁷, legislativ in das deutsche System des Datenschutzrechts überführt. Das bisherige Bundesdatenschutzgesetz wurde neu gefasst. Zugleich setzte das Rahmengesetz die Strafverfolgungs-Datenschutzrichtlinie⁵⁸ in deutsches Recht um.

Bei der Umsetzung fiel auf, wie stark die Vorbehalte gegenüber den bewährten Prinzipien des Datenschutzes in der größten Regierungspartei CDU sind. Die Debatte im Deutschen Bundestag dauerte nur 40 Minuten. Während die Oppositionsparteien die europäischen Verschärfungen des Datenschutzrechtes einhellig begrüßten, ging die Regierung eher auf Distanz. Das zuständige Bundesinnenministerium hatte bereits bei den Beratungen im Rat der Europäischen Union auf eine Verwässerung des Datenschutzrechts gedrängt und lange Zeit die Beratungen zur Datenschutzgrundverordnung gebremst⁵⁹.

In der Bundestagsdebatte zum deutschen Anpassungsgesetz sagte Bundesinnenminister de Maizière: "Das Verständnis eines Datenschutzes im Sinne möglichst großer Datensparsamkeit hat sich auch durch die technische Entwicklung überholt"⁶⁰. Das widerspricht klar der Rechtslage, denn sowohl Art. 5 (1) (c) DSGVO als auch der Europäische Gerichtshof in seinem Gutachten zum EU-Fluggastab-

52 Härtig/Schneider, Ein Alternativentwurf für eine Datenschutz-Grundverordnung (An Alternative Draft for a General Data Protection Regulation), Computer Law Review International, January 2013, Supplement 1.

53 Trade in Services Agreement, vgl. Kilian, International Trade Agreements and European Data Protection Law, CRi 2016, 51.

54 Albrecht, Hände weg von unseren Daten, München 2014.

55 Durchführungsverordnung (EU) 2017/78 vom 15.7.2016 ABl. L 12 vom 17.1.2017, S. 26; a.a: Drexl, Neue Regeln für die Europäische Datenwirtschaft? NZKart 8/2017, S. 415 (416).

56 VO (EU) 2016/679 vom 27.4.2016 ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1.

57 DSAmpUG-EU vom 30.6.2017 BGBl. I S. 2097.

58 Richtlinie (EU) 2016/680 vom 27.4.2016 ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 89.

59 Albrecht, Hände weg von unseren Daten, München 2014 (Albrecht war Rapporteur des Europäischen Parlaments für Datenschutz).

60 Plenarprotokoll 18/221, 221. Sitzung vom 9.3.2017, TOP 11 zu BT-Drs. 11401, S. 22177.

kommen mit Kanada⁶¹ bekräftigen die Datenminimierung als einen wichtigen Grundsatz des Datenschutzrechts. In dieser Bundestagsdebatte sagte der Minister weiter: "Wenn nicht in Europa die Datenschätzte gehoben, analysiert, zu wertvollen Informationen veredelt und klug genutzt werden, dann werden es andere tun. Die anderen werden es aber nicht auf dem Niveau der Europäischen Union machen".⁶² Diese Feststellung erstaunt noch mehr, denn sie unterscheidet nicht zwischen personenbezogenen Daten und anderen Daten, erwähnt nicht das Marktortprinzip für die Anwendung des europäischen Datenschutzrechts, stellt implizit das Zweckbindungsprinzip in Frage und misst anscheinend dem neuen Sanktionensystem der Datenschutzgrundverordnung zur Beachtung des Datenschutzrechts geringe Bedeutung zu.

An mehreren Stellen schwächt das deutsche Anpassungs- und Umsetzungsgesetz Rechte des Betroffenen ab, was europarechtswidrig sein könnte: Während nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO jeder Verantwortliche für materielle oder immaterielle Schäden, die von ihm verursacht worden sind, unabhängig vom Verschulden auf Schadenersatz haftet - es sei denn, er kann beweisen, dass er in keinerlei Hinsicht eine Schadensursache gesetzt hat (Art. 82 Abs. 3 DSGVO) - muss nach § 83 Abs. 4 BDSG 2017 ein Mitverschulden der betroffenen Person bei der Entstehung des Schadens berücksichtigt werden. Dadurch wird die modifizierte EU-Gefährdungshaftung für eine generell bestehende Risikolage einer Verschuldenshaftung angenähert. Ferner kann nach den neuen deutschen Regelungen bei der Weiterverwendung personenbezogener Daten die Informationspflicht entfallen (§§ 32, 33 BDSG 2017). Bei hohem technischen Aufwand und geringem Interesse der betroffenen Person fällt auch das Recht auf Löschung (§ 35 BDSG 2017) weg. Im Rahmen einer Leistungserbringung nach einem Versicherungsvertrag sind automatische Profilbildungen zulässig (§ 37 BDSG 2017).

Im Gesetzgebungsverfahren hat der Bundesrat (Länderkammer) einige Verbesserungen gegenüber dem ursprünglichen Regierungsentwurf durchgesetzt. So enthält das neugefasste Bundesdatenschutzgesetz erstmals Grundsatzregelungen für Beschäftigte (§ 26 BDSG 2017). Bei der Umsetzung der Strafverfolgungsrichtlinie wurde die ursprünglich vorgesehene Kontrollmöglichkeit von Berufsgeheimnisträgern durch öffentliche Stellen wieder zurückgenommen.

4.2. Anpassungen in Unternehmen

Die deutschen Unternehmen passen bereits jetzt das interne Controlling an die Vorschriften der ab Mai 2018 geltenden Datenschutzgrundverordnung an. Das betrifft vor allem die Notwendigkeit der Einführung von Verfahren zur Datenschutz-Folgenabschätzung (§ 67 BDSG 2017), Dokumentationsverfahren über die Grundlagen, Zwecke, Empfänger personenbezogener Daten, die Verwendung von

61 Gutachten 1/15 vom 26.7.2017, Rdnr. 140.

62 Tagesordnungspunkt 11 zu BT-Drs. 18/11401 vom 9.3.2017, S. 22177.

Profilen sowie der Einführung technischer und organisatorischer Schutzmaßnahmen.

Auf dem privaten Fortbildungsmarkt werden zahlreiche neue Ausbildungslehrgänge für Datenschutz- und IT-Recht angeboten. Sie tragen Bezeichnungen wie "operativer Datenschutz", "IT-Compliance", "Datenschutz-Governance" und richten sich an verantwortliche Mitarbeiter von Unternehmen. Veranstaltet werden solche Kurse von großen Verlagen, Rechtsanwaltskanzleien, berufsbezogenen Organisationen sowie kommerziellen Anbietern. Soweit Hochschullehrer beteiligt sind, werden manchmal Hochschulzertifikate verliehen. Sie liegen unterhalb der Schwelle akademischer Grade und schwanken in ihrer Aussagekraft je nach Veranstalter und Qualität der Angebote.

Zuverlässiger einzuschätzen sind Fortbildungsnachweise, die nach § 15 der deutschen Fachanwältsordnung (FAO) für die Berufsbezeichnung "Fachanwalt Informationstechnologierecht" zu erbringen sind und die von den Rechtsanwaltskammern anerkannt werden müssen. Am 1.1.2017 gab es 556 Fachanwälte (-innen) für Informationstechnologierecht in Deutschland.⁶³ Alle größeren Anwaltskanzleien unterhalten inzwischen spezielle Gruppen für IT- und Datenschutzrecht und sehen darin einen wachsenden Geschäftsbereich, wie schon eine flüchtige Durchsicht der aktuellen Stellenangebote zeigt.

Die Tätigkeit von betrieblichen Datenschutzbeauftragten hat in Deutschland Tradition und trifft deshalb auf allgemeine Akzeptanz. Ein spezielles Qualifikationsprofil für die Datenschutzbeauftragten besteht bisher allerdings nicht. Die Aufgabe wird meist von Juristen, Informatikern oder leitenden Angestellten wahrgenommen. Diese sind überwiegend Mitglieder in großen privaten Fachorganisationen.⁶⁴

4.3. Probleme des „Internet of Things“ (IoT) aus juristischer Sicht

Die technische Möglichkeit, körperliche Dinge durch Zuordnung von Identifikationsnummern über ein eigenes "Internet der Dinge" zu verknüpfen, wird in Deutschland schon länger praktiziert. Seit mehreren Jahren kann man auf der weltgrößten Computermesse CEBIT in Hannover Anwendungsbeispiele sehen. Es geht hier um integrierte sensorenbasierte Produktionsverfahren, bei denen Messwerte bestimmte Reaktionen bei kommunizierenden Geräteteilen auslösen. Die steuernde Software beruht bei den einfacheren Systemen auf Konditionalprogrammen. Je mehr Variablen aber in die Algorithmen eingebaut werden, umso mehr Freiheitsgrade für potenzielle Reaktionen bestehen. Lernfähigen Algorithmen werden meist mit „Künstlicher Intelligenz“ (artificial intelligence, AI) ausgestattet angesehen.

63 Statistik der Bundesrechtsanwaltskammer (www.brak.de).

64 Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherung e.V. (GDD)-<https://www.gdd.de>; Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e.V (DGRI)- <https://www.dgri.de>; <https://www.dgri.eu>.

Dieses aus der Industrieperspektive "Industrie 4.0" bezeichnete Modell einer digitalisierten Produktion wächst mit dem künftigen Internet der Dinge (IoT) zusammen.⁶⁵ Beim Internet der Dinge geht es nicht nur um die industriegetriebene Produktion, sondern auch um Möglichkeiten der informationstechnischen Vernetzung von Instrumenten im privaten Bereich, wie etwa die WLAN-Verknüpfung technischer Geräte in einem Haus ("smart home") oder die Messungen des Energieverbrauchs einzelner Haushaltsgeräte ("smart metering"). Das Zusammenwachsen der digitalisierten Produktion mit der privaten Nutzung vernetzter Geräte lässt sich gut am Beispiel eines (semi-) autonomen Fahrzeugs studieren.

In politischer Hinsicht steht in Deutschland die Förderung von "Industrie 4.0" im Vordergrund. Ziel ist es, eine starke Individualisierung der Produkte unter den Bedingungen einer hoch flexibilisierten (Großserien-) Produktion zu ermöglichen. "Mit intelligenten Monitoring- und Entscheidungsprozessen sollen Unternehmen und ganze Wertschöpfungsnetzwerke in nahezu Echtzeit gesteuert und optimiert werden können".⁶⁶ Ein Fördererat des Bundesministeriums für Bildung in Höhe von 470 Mio. Euro steht bis Ende 2017 zur Verfügung. Eine zusätzliche Förderinitiative des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie unterstützt kleine und mittlere Unternehmen (KMU) dadurch, dass autorisierte Beratungsunternehmen, die den kleineren Unternehmen bei der digitalen Markterschließung helfen, einen Teil der Kosten erstattet werden.⁶⁷ Der Umsatz mit "Industrie 4.0" in Deutschland wird von 5,8 Mrd. Euro im Jahre 2017 auf 7,2 Mrd. Euro im Jahre 2018 steigen.⁶⁸ Im Juni 2017 wurde zwischen Deutschland, Frankreich und Italien eine trilaterale Kooperation zur digitalen Produktion vereinbart, bei der es um die Standardisierung der Referenzarchitektur und Erfahrungsaustausch geht.⁶⁹

In rechtlicher Hinsicht geht aufgrund empirischer Untersuchungen die Vermutung von Industrieunternehmen dahin, dass Datenschutz und Datensicherung die Hauptprobleme bei "Industrie 4.0" bilden.

Der Datenschutz war bisher - soweit ersichtlich - weder in den Bereichen "Industrie 4.0" noch bei "IoT" Gegenstand eines Rechtsstreits in Deutschland.

Die Datensicherung im Bereich "Industrie 4.0" liegt im Eigeninteresse der Unternehmen, um den Abfluss von Know How und Geschäftsgeheimnissen zu verhindern. Der Grad an Datensicherung ist kostenabhängig und kann zwar beliebig gesteigert, das Risiko für Angriffe aber dennoch nicht völlig ausgeschlossen werden. Verbindliche Modelle für die Intensität der Datensicherung bestehen in Deutschland für den öffentlichen Bereich, verbindliche allgemeine (technisch noch nicht spezifizierte) Rechtsvorschriften für alle Bereiche, soweit es sich um personenbezogene Daten handelt (Art. 5 (1) (f) DSGVO). Zusätzlich können versicherungsrechtliche Obliegenheitspflichten bestehen.

65 <https://www.bmft.de/de/zukunftsprojekt-industrie-4-0-848.html>.

66 <https://www.bmft.de/de/zukunftsprojekt-industrie-4-0-848.html>.

67 www.bmwi-go-digital.de.

68 www.bitkom.org.

69 www.plattform-i40.de.

Vereinbarungentechnische Standards für Produktionsverfahren fallen in der Regel unter die EU-Gruppenfreistellungsverordnung für Forschung und Entwicklung⁷⁰ und sind kartellrechtlich unbedenklich.

4.3.1. Smart Homes

Die meisten deutschen Haushalte verfügen über etliche elektronische Geräte (Smartphones; Computer; Smart TV; Spielkonsolen), die über WLAN verknüpft sind. Die Deutsche Telekom (wie auch sechs weitere EU-Staaten, nämlich: Niederlande; Griechenland; Kroatien; Österreich; Polen und Slowenien) führen dafür seit 2017 die Funktechnik "Narrow-IoT" im 800 oder 900 Mhz-Band kommerziell ein. Das ist die Grundlage für die Erfassung, Visualisierung und Verwendung von Gerätedaten. Hierfür sind vor allem die datenschutz- und verbraucherrechtlichen Vorschriften zu beachten.

4.3.2. Smart Metering

Rechtliche Probleme werden in Deutschland im Bereich "IoT" werden vor allem im Hinblick auf "smart metering" diskutiert.

Mit dem Ausstieg aus der Atomenergie und der Hinwendung zu erneuerbaren Energien steigt der Bedarf an Kontrollsystmen zur Steuerung einer zuverlässigen Energieversorgung. Stattet man Verbrauchsgeräte (etwa Kühlschränke; Waschmaschinen, Fernsehgeräte, Computer) mit einem Chip aus, der das Gerät kennzeichnet, den Verbrauch misst und die Messdaten weitermeldet, ist es möglich, den Stromverbrauch pro Person, Gerät, Zeitintervall und Wohneinheit zu ermitteln. Das kann für den Verbraucher den Anreiz bieten, stromsparendere Geräte einzusetzen. Wenn die Energieversorgungsunternehmen für die Abrechnung des Stromverbrauchs die Angaben des Verbrauchs der einzelnen Geräte erhalten, können sie durch Sekundärauswertungen Werbung betreiben oder Dienstleistungen anbieten, da die Daten personenbeziehbar sind. Die Daten über die Dauer und Einschaltzeit eines "Smart TV"-Gerätes lässt beispielsweise intensive Rückschlüsse über die Fernsehpräferenzen und das Konsumverhalten des Kunden zu.

Deshalb werden in Deutschland "smart metering" - Verfahren intensiv unter Datenschutzaspekten diskutiert. Da pseudonyme oder anonyme Verbrauchsabrechnungen nicht möglich sind, sollten Regelungen de lege ferenda sicherstellen, dass nur der Gesamtstromverbrauch an das Energieversorgungsunternehmen weitergemeldet werden darf, es sei denn, der Verbraucher willigt in die Weitergabe der Verbrauchsdaten seiner Einzelgeräte ein („Optin“-Verfahren).

70 Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 vom 14.12.2010 ABl. L 335 vom 18.12.2010, S. 36.

4.3.3. (*Semi-)autonome Fahrzeuge*

Ein weiterer Bereich in der juristischen Diskussion in Deutschland bieten die (semi-) autonomen Fahrzeuge, wie sie bei allen deutschen Autoproduzenten in der Planung sind⁷¹. Nach der Tötung von drei Personen durch ein mit Assistenzsystemen ausgestattetes Fahrzeug in Süddeutschland im Jahre 2015, dessen Fahrer einen Herzinfarkt erlitten hatte, wurde die Diskussion in alle Richtungen vertieft.⁷² Im Vordergrund stand bisher die Spezifizierung der Produkt- und Produzentenhaftung auf der Grundlage der Programmierung der Fahrzeuge.⁷³

Aus technischer Sicht ist eine autonome Überwachung der Fahrzeugfunktionen durch Sensoren im Fahrzeug geplant, was die Erhebung und Auswertung vieler Daten erforderlich macht. Die Hersteller sollen gewährleisten, dass die Programme aufgrund der Protokolldaten selbst einen sicheren Zustand wieder herbeiführen oder dem Fahrer genügend Zeit für ein Eingreifen lassen. Bei selbstlernender Software sollendeshalb hohe Qualitätsanforderungen an die Programmierung gestellt werden. Gefordert wird auch, einen "Crash-Optimierungs-Algorithmus" für Dilemma-Situationen vorzusehen, was ethische Probleme aufwirft, wenn etwa zwischen der Tötung von einer Person auf der einen oder zwei Personen auf der anderen Straßenseite zu entscheiden ist. Die Möglichkeit einer Risiko-Nutzen-Abwägung ist zweifelhaft.

Stets wird ein GPS-System für die Lokalisierung eines (semi-) autonomen Fahrzeugs eingesetzt, was regelmäßig dazu führt, dass die anfallenden Daten einen Personenbezug aufweisen. Wie die EU-Durchführungsverordnung 2017 zum E-Call System⁷⁴ zeigt, ist es dennoch grundsätzlich möglich, die Fahrzeugdaten vom Personenbezug zu entkoppeln und dem Fahrzeugführer alternative Handlungsmöglichkeiten zu belassen.

Eine vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzte interdisziplinäre Ethikkommission zum automatisierten Fahren hat im Juni 2017 ihren Bericht in 20 Thesen zusammengefasst. Die fünf Kerpunkte lauten wörtlich:

- Das automatisierte und vernetzte Fahren ist ethisch geboten, wenn die Systeme weniger Unfälle verursachen als menschliche Fahrer (positive Risikobilanz).
- Sachschaden geht vor Personenschaden: In Gefahrensituationen hat der Schutz menschlichen Lebens immer höchste Priorität.
- Bei unausweichlichen Unfallsituationen ist jede Qualifizierung von Menschen nach persönlichen Merkmalen (Alter, Geschlecht, körperliche oder geistige Konstitution) unzulässig.

71 Oppermann/Stender-Vorwachs (Hrsg.), *Autonomes Fahren. Rechtsfolgen, Rechtsprobleme, technische Grundlagen*, München 2017.

72 Hilgendorf, *Forschung und Lehre*, 6/16, S. 480.

73 Ebers, *Autonomes Fahren. Produkt- und Produzentenhaftung*, in: Oppermann/Stender-Vorwachs (Hrsg.), München 2017, S. 93.

74 Delegierte Verordnung (EU) 2017/79 vom 12.9.2016 ABIEU L 12 vom 17.1.2017, S. 44.

- In jeder Fahrsituation muss klar geregelt und erkennbar sein, wer für die Fahr-aufgabe zuständig ist: Der Mensch oder der Computer. Wer fährt, muss dokumentiert und gespeichert werden (u.a. zur Klärung möglicher Haftungsfragen).
- Der Fahrer muss grundsätzlich selbst über Weitergabe und Verwendung seiner Fahrzeugdaten entscheiden können (Datensouveränität).⁷⁵

Der deutsche Gesetzgeber hat im Juni 2017 einige Problempunkte durch Änderungen des Straßenverkehrsgesetzesgeregelt.⁷⁶ Kraftfahrzeuge mit hoch- und vollautomatischen Fahrfunktionen sind zulässig, wenn sie den Verkehrsvorschriften entsprechen und wenn sie jederzeit durch den Fahrzeugführer manuell übersteuerbar oder deaktivierbar sind (§ 1a Abs. 3 StVG). Ein Fahrzeugführer darf sich abwenden, wenn das Fahrzeug automatisch fährt. Er muss aber die Steuerung übernehmen, wenn das System ihm das optisch, akustisch oder sonst wahrnehmbar anzeigt (§ 1b StVG).

Bei einem Wechsel der Fahrzeugsteuerung zwischen dem hoch- oder vollautomatisierten System und dem Fahrzeugführer oder wenn eine technische Störung eintritt speichert das Satellitennavigationssystem die ermittelten Positions- und Zeitangaben (§ 63a Abs. 1 StVG). Die gespeicherten Daten dürfen zur Ahndung von Verkehrsverstößen den zuständigen Behörden (§ 63a Abs. 2 StVG) und in anonymisierter Form auch zum Zwecke der Unfallforschung (§ 63a Abs. 5 StVG) übermittelt werden. Die GPS-Daten dürfen durch den Fahrzeughalter an Dritte zur Geltendmachung, Befriedigung oder Abwehr von Rechtsansprüchen weitergegeben werden. Bemerkenswert ist, dass im Gesetz keine Weitergabe der Daten an den Fahrzeughersteller vorsieht.

4.4. Recht auf Vergessenwerden

Das Ergebnis des Urteils des Europäischen Gerichtshofs im Fall Google/ Spanien⁷⁷ ist in Art. 17 (2) der EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) verankert und somit ab 25. Mai 2018 einheitlich geltendes Unionsrecht. Das Bundesdatenschutzgesetz 2017 (BDSG 2017) hat in § 35 ergänzende Klarstellungen vorgenommen. So entfällt eine Löschung, wenn satzungsgemäße oder gesetzliche Aufbewahrungsvorschriften bestehen (§ 35 Abs. 3 BDSG 2017). An Stelle einer Löschung tritt eine eingeschränkte Verarbeitung nach Art. 18 DSGVO, wenn der Verantwortliche Grund zur Annahme hat, dass schutzwürdige Interessen der betroffenen Person verletzt würden (§ 35 Abs. 2 BDSG 2017).

Das nach Art. 6 und 12 (b) der Richtlinie 95/46/EG und das nach § 35 des bisherigen BDSG geltende Recht auf Löschung wird in Deutschland sehr stark genutzt. Nach dem jüngsten Transparenzbericht von Google wurden bisher weltweit 588

⁷⁵ www.bmvi.de/bericht-ethikkommission; https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/Presse/084-dobrindt-bericht-der-ethik-kommission.html?nn=12830 (aufgesucht am 30.8.2017).

⁷⁶ 8. Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes (8. StVGÄndG) vom 16.6.2017 BGBI. I S. 1648.

⁷⁷ EuGH, 13.5.2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

769 Ersuchen auf Entfernung von URLs (hauptsächlich von Facebook und Youtube) gestellt, davon kamen 66 198 aus Deutschland. Von den deutschen Er-suchen wurden 48,2 % stattgegeben.⁷⁸

Über anhängige oder entschiedene Klagen vor deutschen Gerichten gibt es noch keine Statistik. Jedoch sind mehrere Klagen vor Landgerichten sowie eine vor einem Oberlandesgericht bekannt geworden.⁷⁹ Das LG Hamburg hat ein Löschungsbegehren gegen die Google Deutschland GmbH abgelehnt, weil diese Gesellschaft nicht selbst speichere. Es wurde keine datenschutzrechtliche Prüfung, sondern eine zivilrechtliche Interessenabwägung nach Deliktsrecht durchgeführt.⁸⁰ Das LG Frankfurt hat im Jahre 2016 eine Klage auf Löschung von sieben URLs aus der Google-Trefferliste an die Google Inc. in den U.S.A. zugestellt, und zwar ohne eine vorhergehende englische Übersetzung der Klageschrift zu fordern.⁸¹ Ebenso hat das LG Frankfurt im Jahre 2017 die Google Germany GmbH als Störerin zur Unterlassung der angegriffenen Verlinkungen verpflichtet.⁸²

Der Hamburgische Datenschutzbeauftragte hat 2017 durchgesetzt, dass Google Inc. personenbezogene Daten aus Verbraucher-Insolvenzverfahren grundsätzlich nicht mehr verlinkt. Solche Informationen sind zwar auf dem Behördenportal elektronisch öffentlich zugänglich, werden aber durch robots.txt-Dateien vor dem systematischen Zugriff durch Suchmaschinen geschützt.⁸³ Damit soll erreicht werden, dass privatinvolente Personen nicht dauerhaft Schaden erleiden oder gezielt Marketingmaßnahmen ausgesetzt werden.

Der deutsche Dachverband für Verbraucherinteressen (Verbraucherzentrale) regt Internetnutzer dazu an, sich auf „die Suche nach sich selbst“ zu begeben („Ego-surfing“; „Self-Googeling“) und bei veralteten Informationen bei Suchmaschinenanbietern die Löschung zu verlangen. Es wird ein Musterbrief für den Löschungsantrag in Suchmaschinen angeboten.⁸⁴

Datenschutz und Verbraucherschutz sind damit in Deutschlandeng verzahnt, was wegen der Marktfähigkeit vieler personenbezogener Daten schon länger zu erwarten war.⁸⁵ Das hohe europäische Schutzniveau in beiden Bereichen und die Einführung des Markttortprinzips durch Art. 3 DSGVO erzwingt inzwischen Anpassungsprozesse bei den global marktbeherrschenden US-Internet-Dienstleistungsunternehmen.⁸⁶

78 www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy (besucht am 4.9.2017).

79 LG Wiesbaden, 10.3.2015, 4 O 7/15 (Berufung ist beim OLG Frankfurt anhängig); LG Hamburg, 11.2.2017 www.rechtsprechung-hamburg.de (mit einem Streitwert von 15 000 Euro).

80 LG Hamburg, 28.8.2015.

81 <https://ggr-law.com> (besucht am 5.9.2017).

82 LG Frankfurt ZD 2017, 391.

83 <https://www.datenschutz-hamburg.de> (aufgesucht am 6.9.2017).

84 <https://www.verbraucherzentrale.de/recht-auf-vergessen> (besucht am 5.9.2017).

85 Kilian, Consumer Protection in the information and telecommunications sector. Current state and potential developments, in: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2011, 9-31 (spanische Übersetzung in: Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, No. 32, pp. 205-223, Montevideo 2012).

86 „Recent legal developments in Europe...resulted in some uncertainty, and compliance obligations could cause us to incur costs or require us to change our business practices in a manner adverse to our business“ (https://abcxyz/investor/pdf/2016_google_annual_report.pdf, p.8), besucht am 30.8.2017.

Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft

Deutscher Landesbericht zu Thema 2

Benjamin Raue¹

2. Digitale Media

Frage 2.1: In seinem Urteil vom 21. Oktober 2015 im Fall *New Media Online GmbH* gegen *Bundeskommunikationssenat* (C-347/14) hat der EuGH festgestellt, dass der Begriff „Sendung“ im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b) der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste dahin auszulegen ist, dass er die Bereitstellung kurzer Videos, die kurzen Sequenzen aus lokalen Nachrichten, Sport und Unterhaltung entsprechen, in einer Subdomain der Website einer Zeitung erfasst. Er hat gleichzeitig festgestellt, dass Online-Zeitungen nicht *per se* von dem Anwendungsbereich der AVMD ausgeschlossen sind. Wenn Betreiber audiovisuelle Inhalte zur Verfügung stellen, so können diese im Fall der Erfüllung der Testkriterien bzgl. der Hauptziele unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.

Handeln Ihre nationalen Behörden diesem Urteil gemäß? Wenn nicht: in welchen Bereichen weichen sie hiervon ab?

Dem Berichterstatter liegen keine konkreten Erkenntnisse dazu vor. Es ist allerdings anzumerken, dass deutsche Behörden aufgrund des Legalitätsprinzips verpflichtet sind, stets nach dem geltenden Recht zu handeln, wozu auch die Vorgaben des Unionsrechts gehören, wobei ihnen allerdings in gewissen Grenzen ein Aufgreifermessen zusteht.

Hat das Urteil des EuGH in Ihrem Land zu einer neuen Annäherung an das Problem geführt?

Das EuGH-Urteil hat der Konvergenzdiskussion neuen Auftrieb gegeben. In Anmerkungen zu dem Verfahren wird daraus die Notwendigkeit abgeleitet, die analog geprägte Begriffswelt der AVMD-Richtlinie an die Besonderheiten der modernen Kommunikationsinstrumente anzupassen.² Es sei zudem ein grundsätzliches Dilemma, dass der Übergang schleichend sei zwischen den klassischen Massenmedien mit entsprechender Bedeutung für die Meinungsbildung, hybriden Inhalten, wie sie die Informationsportale darstellen, und rein privaten Inhalten, wie etwa auf Youtube oder Facebook, weil auch letztere potenziell ungeahnte Massen

1 Professor Dr. Benjamin Raue, Universität Trier.

2 *Nikolaus Peifer*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immateriagüter- und Wettbewerbsrecht (GRUR-Prax) 2015, S. 327 (zu den Schlussanträgen des Generalanwalts).

erreichen könnten.³ Darüber hinaus wurde betont, dass die inhaltliche Medienregulierung nicht der Union obliege, sondern den Mitgliedstaaten.⁴

Frage 2.2: Der Gesetzesvorschlag zur Änderung der AVMD Richtlinie bindet Video-Plattformen (wie z.B. YouTube) in den Anwendungsbereich der AVMD-Regelungen ein.

Sind Sie der Meinung, dass dies ein Schritt in die richtige Richtung ist?

Der Frage zur Einbindung von Video-Plattformen in den Anwendungsbereich der AVMD-Richtlinie liegt ein so komplexes Interessengeflecht zugrunde, dass sich einfache Antworten verbieten. Zunächst muss zur Kenntnis genommen werden, dass sich der Medienkonsum in Deutschland stark von den linearen hin zu den nicht-linearen Medien entwickelt.⁵ 65,1 % der deutschen Bevölkerung, also 45,1 Millionen Personen, nutzen täglich das Internet. Im Jahr 2016 nutzten 72% der Bevölkerung ab 14 Jahren zumindest gelegentlich das Internet für den Konsum von Videos. Dieser Wert lag im Jahr 2011 noch bei 50%. Betrachtet man die Altersstruktur der Nutzer, fällt auf, dass besonders viele Menschen im Alter von 14 bis 29 Jahren die Videonutzung im Internet in Anspruch nehmen: 43% im Alter von 14 bis 29 Jahren nutzten Videostreamingdienste.

Auf der einen Seite ist daher die Notwendigkeit hervorzuheben, ein *level playing field* für Anbieter zu schaffen, die um dieselben Zielgruppen konkurrieren und von denen dieselben regulationswürdigen Risiken ausgehen. Schon die existierende Richtlinie betont die Grundsätze des freien Wettbewerbs und der Gleichbehandlung sowie die Notwendigkeit, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden (Erwägungsgründe 10 und 11 RL 2010/13/EU). Zudem ist es Aufgabe der Union, neben der kulturellen Vielfalt ein hohes Schutzniveau beim Jugend- und Verbraucherschutz zu gewährleisten (Erwägungsgründe 12 RL 2010/13/EU).

Auf der anderen Seite darf der Pluralismus der Medienformate nicht durch eine übermäßige Regulierung verhindert werden. Gerade im Internet bieten viele kleine, neu gegründete Unternehmen Dienste an, so dass eine mehr als die „absolut erforderliche Regulierung“ (Erwägungsgrund 14 RL 2010/13/EU) abschreckende Wirkung und eine Senkung der Pluralität zur Folge haben kann. Zudem muss bedacht werden, dass ein zentraler, behördlicher Regulierungsansatz bei einigen wenigen großen Anbietern erfolgsversprechend ist, ein solcher Ansatz aber bei der Regulierung einer fast unüberschaubar großen Anzahl kleiner Anbieter schnell an seine systemimmanen Grenzen stoßen kann. Darüber hinaus können die Regulierungskonzepte eines linearen Mediums nicht ohne Weiteres auf nicht-lineare Angebote übertragen werden. Ferner muss auch auf die Akzeptanz der Regulie-

3 Gerald Spindler, Juristenzeitung 2016, S. 147, 149.

4 Niklaus Peifer, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (GRUR-Prax) 2015, S. 327 (zu den Schlussanträgen des Generalanwalts).

5 Zu den folgenden Zahlen ARD/ZDF-Onlinestudie 2016, Wolfgang Koch/Beate Freies, Media Perspektiven 2016, S. 418-437 und Thomas Kupferschmitt, Media Perspektiven 2016, S. 448-459.

rung auf der Nutzerseite geachtet werden. So ist etwa durch Gewöhnung weitgehend akzeptiert, dass aus Gründen des Jugendschutzes gewisse Arten von Sendungen erst ab einer bestimmten Uhrzeit ausgestrahlt werden dürfen. Dieselbe Regulierung von Internetdiensten stößt dagegen auf wenig Verständnis und wirkt gekünstelt, wenn etwa bestimmte Krimisendungen wie solche der Tatort-Reihe in der Mediathek des Senders erst ab einer bestimmten Uhrzeit zum Abruf bereitstehen dürfen, aber gleichzeitig viel intensivere Gewaltszenen nur wenige Klicks entfernt rund um die Uhr zugänglich sind. Es steht daher zu befürchten, dass Nutzer auf vollständig unregulierte Angebote ausweichen, was den Zielen der Regulierung abträglich wäre.

Dementsprechend ist der grundsätzliche Ansatz zu begrüßen, auch Video-Plattformen in den Anwendungsbereich der Richtlinie aufzunehmen. Es sollte allerdings ein medienspezifischer Regulierungsansatz verfolgt werden, der den Besonderheiten der verwendeten Medien und der unterschiedlichen Anbieter- sowie Nutzerstruktur Rechnung trägt.

Wie weit sollte das Ausmaß der Einbeziehung solcher Plattformen gehen: nur insofern, als der Schutz Minderjähriger oder der Kampf gegen Hassreden in Frage stehen, oder auch, wenn es um die Regeln über die gewerbliche Kommunikation geht (wie Produktplatzierung, Sponsoring, Werbung...)?

Moderne Werbeformen sind ein wichtiges Finanzierungsmittel audiovisueller Mediendienste. Dennoch ist es für die Meinungsbildung unerlässlich, dass Konsumenten zwischen werblicher Kommunikation und redaktionellen Inhalten unterscheiden können. Für sie sollte daher mediенübergreifend unmittelbar erkennbar sein, ob sie sich in einem kommerziellen oder redaktionellen Umfeld befinden. Die konkrete Ausgestaltung der Kennzeichnung sollte wiederum medienspezifisch angepasst und den Besonderheiten des Mediums und der jeweiligen Zielgruppe Rechnung tragen.

Darüber hinaus muss auch hier ein *level playing field* zu den traditionellen Anbietern audio-visueller Dienste sichergestellt werden. Es sollte daher mediенübergreifend ein Gleichgewicht zwischen dem Verbraucherschutz und der Wettbewerbsfähigkeit hergestellt werden. Welche Regulierungsinstrumente hierfür eingesetzt und wie diese mit anderen Instrumenten, etwa dem Lauterkeitsrecht, abgestimmt werden, bedarf aber der vertieften Diskussion.

Beinhaltet Ihre nationale Rechtsordnung bereits spezifische Regelungen in diesem Sektor bzgl. audiovisueller Plattformen?

In Deutschland unterliegen solche audiovisuellen Plattformen den für Telemedien geltenden Bestimmungen des TMG⁶, dessen Regelungen die AVDM-RL nicht 1:1 umsetzen, an dessen Zielrichtung sie aber orientiert sind.⁷ Die audiovisuellen Me-

6 Telemediengesetz vom 26. Februar 2007 (BGBl. I S. 179), zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 21. Juli 2016 (BGBl. I 1766).

7 Vgl. Bundestagsdrucksache 17/718, S. 8.

diendienste sind in § 2 S. 1 Nr. 6 TMG legaldefiniert. Danach sind „audiovisuelle Mediendienste auf Abruf“ Telemedien mit Inhalten, die nach Form und Inhalt fernsehähnlich sind und die von einem Diensteanbieter zum individuellen Abruf zu einem vom Nutzer gewählten Zeitpunkt und aus einem vom Diensteanbieter festgelegten Inhaltekatalog bereitgestellt werden. Das TMG trifft in §§ 2 S. 1 Nr. 1 Hs. 2, § 2 a II-IV TMG Sonderregelungen für „audiovisuelle Mediendienste auf Abruf“ und enthält in § 1 Abs. 6 TMG eine Bereichsausnahme für solche Dienste, die ausschließlich zum Empfang in Drittländern bestimmt sind und nicht unmittelbar oder mittelbar von der Allgemeinheit mit handelsüblichen Verbraucherendgeräten empfangen werden können.

Frage 2.3: Eines der wichtigsten Streitgebiete in Bezug auf die Überarbeitung der AVMD Richtlinie bezieht sich auf das Prinzip des Ursprungslandes und das Kriterium der Gerichtsbarkeit.

Gab es in Ihrem Land Streitigkeiten bzgl. der Anwendung des Prinzips des Ursprungslandes (in welchen die einschlägige Regulierungsbehörde versucht hat, audiovisuellen Dienstanbietern aus anderen Mitgliedsstaaten gewisse Regelungen aufzuzwingen)?

Dem Berichterstatter sind solche Streitigkeiten nicht bekannt und es wird über solche Streitigkeiten auch nicht in der einschlägigen Literatur berichtet. Vielmehr wird konstatiert, dass der kontroversen rechtspolitischen Diskussion keine entsprechende (veröffentlichte) Behörden- und Gerichtspraxis nachfolgte, wobei nicht auszuschließen ist, dass sich dies ändern kann.

Gab es Probleme mit aus außerhalb der EU stammenden Anbietern, die Ihr nationales Publikum als Ziel hatten?

Dem Berichterstatter sind solche Streitigkeiten nicht bekannt und es wird über solche Streitigkeiten auch nicht in der einschlägigen Literatur berichtet.

Frage 2.4.: In ihrer heutigen Form verlangt die AVMD keinerlei Unabhängigkeit und stellt auch keine anderen Anforderungen an die Medien-Regulierungsbehörden – ganz im Gegensatz zum Telekommunikationssektor, dem Energiesektor oder im Falle der Datenschutzbehörden.

Sind Sie der Meinung, dass die Einführung einer solchen Unabhängigkeitsanforderung für audiovisuelle Mediendienste auf EU-Ebene ein Schritt in die richtige Richtung wäre?

Es ist ein grundsätzlich sehr unterstützungswürdiges Anliegen, Unabhängigkeitsanforderungen für die Medien-Regulierungsbehörden zu formulieren. Allerdings erscheint es sinnvoll, in erster Linie qualitative Anforderungen an die Zusammensetzung und Unabhängigkeit der Gremien zu stellen und die Organisationsform weiter den Mitgliedstaaten zu überlassen.

Würde dies die Schaffung eines Binnenmarktes für audiovisuelle Mediendienste erleichtern?

Der Effekt unabhängiger Medien-Regulierungsbehörden auf den freien Binnenmarkt erscheint nur sehr schwer quantifizierbar.

Existieren nationale, gesetzlich verankerte Hürden für derartige Anforderungen an Medien-Regulierungsbehörden? Existieren Fälle von unlauterem politischen oder wirtschaftlichen Druck auf Medien-Regulierungsbehörden in Ihrem Land?

In Deutschland ist das Gebot der Staatsferne des Rundfunks verfassungsrechtlich verankert. Die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit der Landesmedienanstalten, den Aufsichtsbehörden des privaten Rundfunks, wird von den einzelnen Landesmediengesetzen gewährleistet. Die Aufsichtsgremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben ihre Rechtsgrundlage in Rundfunkgesetzen und in den durch Gesetze umgesetzten Staatsverträgen der Länder. Versuche der Politik, zu starken Einfluss in den Aufsichtsgremien zu erhalten, können vor dem Bundesverfassungsgericht angegriffen und überprüft werden, wie zuletzt mit dem Normenkontrollantrag des ZDF-Staatsvertrag vom 25. März 2014 (Az. I BvF 1/11 und 4/11). Danach ist der Einfluss der staatlichen und staatsnahen Mitglieder in den Aufsichtsgremien konsequent zu begrenzen. Der Anteil der staatlichen und staatsnahen Mitglieder darf insgesamt ein Drittel der gesetzlichen Mitglieder des jeweiligen Gremiums nicht übersteigen. Zudem dürfen Vertreter der Exekutive keinen bestimmenden Einfluss auf die Auswahl der staatsfernen Mitglieder haben.

Frage 2.5: Was waren die umstrittensten Fälle in Ihrem Land in Bezug auf die Anwendung von Sendungsrechten? (d.h.: Regelungen bzgl. gewerblicher Kommunikation wie z.B. Produktplatzierung oder Sponsoring? Für Minderjährige ungeeignete Inhalte im Fernsehen? Verbreitung von Hassreden? Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Fernsehens/Radios? Die wachsende Mediakonzentration?)

Es kann von zwei Fällen berichtet werden, die sowohl die Öffentlichkeit als auch Gerichte beschäftigt haben: Der Dschungelcamp-Fall stand aufgrund der Bekanntheit der Sendung besonders im Fokus der Öffentlichkeit.⁸ Elf mehr oder weniger bekannte Kandidaten mussten für die Sendung in einem Camp im australischen Urwald leben und wurden dort auf eine karge Diät gesetzt. Sie konnten sich durch Mutproben u.a. eine Schatzkiste erspielen, in der die Produktionsfirma eine Packung Kekse der Marke „Leibniz Pick Up“ platziert hatte. Nach Öffnung der Kiste folgten zwei Minuten Sendezeit, in denen auf verschiedenste Weise für das Produkt geworben wurde. Unter anderem wurden die Vorzüge des Produkts durch technische Nachbearbeitung sowie die Lobpreisungen der Teilnehmer in den Interviews, aber auch durch das genüssliche Stöhnen beim Verzehr des Produkts verstärkt. Ferner wurde häufig die Verpackung des Produkts durch Slow-Motion Elemente und anderweitige Effekte in Szene gesetzt.

⁸ Verwaltungsgericht Hannover, Urteil vom 18. Februar 2016 – 7 A 13293/14 = AfP 2016, 378.

Im anschließenden medien-aufsichtsrechtlichen Verfahren wurde über die Frage gestritten, ob die Darstellung des Produkts „zu stark“ im Sinne des § 7 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 RStV⁹ war. Das angerufene Verwaltungsgericht Hannover ging aufgrund der vorgehend beschriebenen Darstellungen des Produkts davon aus, dass der Werbezweck das Geschehen in der Sendung dominiert hatte.

In einem anderen Fall beanstandete die Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) eine Beeinträchtigung der Jugend durch die Ausstrahlung einer Folge der Serie „Sex and the City“ („Heimlicher Sex“).¹⁰ Nach Ansicht der KJM verstieß die Ausstrahlung der Folge im Tagesprogramm gegen § 5 Abs. 4 Satz 3 i. V. m. Abs. 1, 2 JMSv¹¹. Es sei eine „sexualethische Desorientierung von Kindern unter 12 Jahren zu befürchten“, da Kinder teilweise die ironisch gemeinten Darstellungen der Serienrollen missverstehen könnten. § 5 Abs. 1 JMSv erfasst Sendungen, „die geeignet sind, die Entwicklungen von Kindern oder Jugendlichen zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu beeinträchtigen“. Das vom Sender angerufene Verwaltungsgericht Berlin folgte der Auffassung der KJM, dass die sprachliche Gestaltung der Sendung der gesellschaftlichen Wertvorstellung der Bundesrepublik hinsichtlich der Entwicklung und der sittlichen Erziehung widerspreche. Das Gericht war der Ansicht, dass der Kläger seiner Pflicht aus § 5 Abs. 1 JMSv durch die Anpassung der Sendezeit nachkommen könne.

Glauben Sie, dass einige Gebiete mehr Harmonisierung durch die AVMD Richtlinie brauchen?

Der Reformvorschlag der EU-Kommission berücksichtigt eine große Bandbreite an Themen, deren Implementierung abgewartet und ihre Auswirkungen evaluiert werden sollten, bevor ein weiterer Reformbedarf angegangen werden sollte.

Frage 2.6: *Gab es in Ihrem Land Initiativen, die auf das Angebot zielgerichteter (oder adressierbarer) Werbung im Fernsehen oder auf personalisierte Inhalte gerichtet war?*

Das Thema *adressable TV*, also personalisierte Fernsehwerbung, wird von den privaten Fernsehanstalten als Trend-Thema hervorgehoben.¹² Besitzt der Zuschauer ein Smart TV mit Internetanschluss, wird beim Umschalten auf ein neues Programm eine Art digitaler Banner auf das laufende Programm gelegt. Auf diese Weise bietet etwa die TV-Gruppe ProSiebenSat.1 ihren Werbekunden die Möglichkeit an, die Werbung nach Kategorien wie Regionen oder Wetterverhältnissen zu differenzieren, so dass ein anderes Werbemittel in Regionen mit Sonnenschein wird als in Regionen, in denen das Wetter gerade schlechter ist. Darüber hinaus

9 Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien, in der Fassung vom 09. September 2015.

10 Verwaltungsgericht Berlin, Urteil vom 09. November 2011 – 27 A 64.07 = ZUM 2012, 417.

11 Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien, vom 13. September 2002.

12 Vgl. hierzu und zum Folgenden <http://meedia.de/2017/06/06/personalisierte-tv-werbung-bei-prosiebensat-1-wir-haben-gar-nicht-vor-klassische-werbeblöckegegen-adressable-tv-zu-tauschen/>

bietet sie die Möglichkeit, nach AGF-Daten zu selektieren, also etwa Haushalte mit Kindern, Einzelhaushalte, etc.

Voraussetzung für die Werbeform ist aber, dass die Zuschauer ein Smart TV verwenden, das mit dem Internet verbunden ist. Diese Voraussetzung erfüllen derzeit rund zehn Millionen Geräte in Deutschland. Das Werbefformat spielt jedoch bislang nur eine Nebenrolle. So hat ProSiebenSat.1 im Jahr 2016 nach eigenen Angaben rund 100 *adressable TV* Kampagnen ausgespielt und dabei einen kleinen einstelligen Millionenbetrag umgesetzt.

Wenn ja, wie geschah das im Licht der Sendungs/Datenschutzrechtsnormen? Gab es eine Art von Kooperation zwischen der Medien-Regulierungsbehörde und der Datenschutzbehörde?

Dazu sind keine Informationen verfügbar.

Glauben Sie, dass eine europaweit harmonisierte Annäherung hier angebracht wäre?

Europaweit harmonisierte Regeln wären sinnvoll, insbesondere um die Regeln mit dem Datenschutzrecht in Einklang zu bringen, das in der Datenschutz-Grundverordnung 2016/679 harmonisiert ist.

Frage 2.7: *Sind die spezifischen Regelungen für Urheberrechtslizenzen für Fernsehen und Radiosendungen durch Satellit und Kabel (gemäß der Richtlinie 93/83 EWG) nach wie vor in Ihrem Land gültig?*

Die Richtlinie 93/83 EWG wurde in Deutschland in den §§ 20a und 20b UrhG¹³ umgesetzt. Diese sind weiter in Kraft.

Wurden ähnliche Regelungen auf die von Sendeunternehmen ausgestrahlten Online-Übertragungen angewandt?

Das Recht der europäischen Satellitensendung (§ 20a UrhG) findet aufgrund seiner technischen Definition keine Anwendung auf die digitale Distribution urheberrechtlich geschützter Werke über das Internet und andere netzvermittelte Ab-rufdienste.¹⁴ Darüber hinaus ist es in Deutschland umstritten, inwieweit Online-Übertragungen von Sendungen dem Senderecht (§ 20 UrhG) oder dem Recht auf öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) unterfallen sollen. Es zeichnet sich aber eine Differenzierung ab, wonach Streams, die das gesendete Programm begleitend und zu festen Zeiten abbilden (Live-Streaming/Webcasting/Simulcasting/Near-onDemand), als Sendung nach § 20 UrhG qualifiziert werden, und zeitversetzte On-Demand-Streams, die an keine feste Abfolge gebunden sind, als öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) eingeordnet werden.¹⁵

13 Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3346).

14 Dustmann, in: Fromm/Nordemann, UrhG, 11. Auflage 2014, § 20a Rn. 7 mwN.

15 Ehrhardt, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage 2014, § 20 Rn. 4; Dustmann, in: Fromm/Nordemann, UrhG, 11. Auflage 2014, § 19a Rn. 25 mwN.

Frage 2.8: Was sind die hauptsächlichen Hürden in Ihrem Land bzgl. der grenzüberschreitenden Portabilität digitaler Inhalte?

(Lizenz-)Vertragliche Restriktionen waren die hauptsächliche Hürde für die Portabilität digitaler Inhalte. Nach In-Kraft-Treten der VO (EU) 2017/1128 vom 14. Juni 2017 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltsdiensten im Binnenmarkt sind diese Hürden im Anwendungsbereich der Richtlinie abgebaut worden.

Sind Sie der Meinung, dass das Ursprungsland des Verbrauchers von dem Dienstanbieter regelmäßig überprüft werden sollte? Wenn ja, wie könnte eine solche Anforderung mit den Datenschutzgesetzen gemäß der DSGVO in Einklang gebracht werden?

Die Vorgaben in Art. 5 VO (EU) 2017/1128, wonach der Anbieter den Wohnsitzmitgliedstaat des Abonenten nur bei Abschluss und Verlängerung eines Vertrags sowie bei begründeten Zweifeln am Wohnsitzmitgliedstaat überprüft, scheint ein angemessener Kompromiss zwischen den Interessen der Anbieter und der Nutzer darzustellen.

Fragebogen

Generalthema 1: Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft

Peggy Valcke¹

Thema 1: Binnenmarkt und digitale Wirtschaft

Es ist allgemein bekannt, dass einer der wichtigsten Pfeiler der EU, der Binnenmarkt, auf tiefgreifende Weise von den aufgrund der technologischen Entwicklung hervorgerufenen Veränderungen betroffen ist. Auf EU-Ebene wurden in verschiedenen Gebieten bereits existierende Gesetze vor Kurzem überarbeitet und neue wurden (oder werden in naher Zukunft) hinzugefügt. Sie alle sind darauf ausgerichtet, den neuen, aus der schnellen technologischen Entwicklung und der Globalisierung stammenden Herausforderungen eine Antwort bieten zu können. Die Europäische Kommission nahm im Mai 2015 die „*Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa*“ an, die eine Aufstellung der größten Herausforderungen und wichtigsten Maßnahmen enthält. Ein Teil dieser Maßnahmen wurde in sukzessiven „Paketen“ ab Dezember 2015 angekündigt. Sie können gemäß der in der „*Strategie für einen digitalen Binnenmarkt*“ identifizierten Pfeiler in drei Gruppen unterteilt werden:

1. *Besserer Online-Zugang für Verbraucher und Unternehmen zu Waren und Dienstleistungen in ganz Europa – Hierzu müssen rasch die größten Unterschiede zwischen Online- und Offline – Umgebung beseitigt werden, damit grenzüberschreitende Online-Aktivitäten nicht länger behindert werden.*
2. *Schaffung der richtigen Bedingungen für florierende digitale Netze und Dienste – Dies erfordert hochleistungsfähige, sichere, vertrauenswürdige Infrastrukturen sowie Inhaltsdienste, die durch geeignete ordnungspolitische Rahmenbedingungen für Innovationen, Investitionen, fairen Wettbewerb und Chancengleichheit gestützt werden.*
3. *Bestmögliche Ausschöpfung des Wachstumspotentials unserer europäischen digitalen Wirtschaft – Hierzu sind Investitionen in die IKT-Infrastruktur und in Technologien wie Cloud-Computing und Big Data sowie in Forschung und Innovation nötig, um die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft zu stärken, aber auch um die öffentlichen Dienste, Inklusion und Kompetenzen zu verbessern.*

Die Wahl der Unterpunkte des Themas 1 gründet nicht nur auf der Tatsache, dass die Gerichte sich heutzutage mehr und mehr mit diesen Themen beschäftigen müssen, sondern vor allem darauf, dass diese Gebiete das Bedürfnis nach einer

¹ Professorin, Katholische Universität Löwen.

Neuformulierung der juristischen Konzepte und der Anpassung der gesetzlichen Rahmenregelungen an neue Realitäten und Herausforderungen aufzeigen.

1.1. E-Kommerz und Verantwortlichkeit der Vermittlungsdienstanbieter

Die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr hat Ausnahmen hinsichtlich der Verantwortlichkeit für diejenigen Anbieter festgelegt, deren Dienste auf den rein technischen Vorgang beschränkt sind, eine „reine Durchleitung“, ein „Caching“ darstellen; allerdings gilt hier die „notice-and-take-down“ Regelung, die Mittler müssen unverzüglich nach Kenntnisnahme wirksame Maßnahmen zur Entfernung rechtsverletzender Inhalte ergreifen. Diese Regelungen sind nicht nur auf das geistige Eigentum beschränkt, sondern beziehen sich auf alle Arten von Verantwortlichkeiten, das Strafrecht eingeschlossen. Verantwortlichkeitsprobleme und Gerichtsanordnungen haben zu einer Reihe von Entscheidungen des EuGH geführt². Daher könnte der erste Unterpunkt die Frage nach der systematischen Relevanz des in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr enthaltenen Konzepts des Vermittlungsdienstanbieters und der Freistellung von der Verantwortlichkeit aufwerfen.

Frage 1.1.1: Mit welchen Schwierigkeiten (z.B. Definition, Abgrenzung) waren/sind Mitgliedstaaten und nationale Gerichte konfrontiert, wenn sie Gesetze verabschieden oder mit Fällen konfrontiert waren/werden, in denen das Konzept des Vermittlungsdienstanbieters in Frage steht?

Frage 1.1.2: Hat der EuGH Ihrer Meinung nach im Fall L’Oréal gegen eBay, C-324/09, eine gute Untersuchung des Problems der Verantwortlichkeit vorgelegt?

Frage 1.1.3: Ist das System von „notice-and-take-down“ angebracht in allen Arten von Situationen (z.B. in Fällen von Verletzung der Rechte Dritter, wie z.B. Urhe-

2 C-360/10 SABAM gegen Natlog NV, C-70/10 Scarlet Extended gegen SABAM, C-324/09 L’Oréal u.a. gegen eBay International A.G. u.a., C-236/08, C-237/08 und C-238/08 Google France und Google. McFadden, C-484/14, 15.9.2016. C-160/15, Schlussantrag des Generalanwalts, Paragraph 86: Zwar bezweckt nämlich Art. 14 der Richtlinie 2000/31 die Beschränkung oder die Befreiung der Fälle, in denen die Haftung von Vermittlungsdienstanbietern für Dienstleistungen der Informationsgesellschaft nach nationalem Recht ausgelöst werden kann, doch unterliegen die betroffenen Befreiungen strengen Beschränkungen. In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof in Rn. 119 des Urteils L’Oréal u.a. (C-364/09 EU: C: 2011: 474) festgestellt, dass ein Anbieter von Hostingsdiensten (55) in einem Fall, in dem er sich auf rein technische und automatische Verarbeitung der Daten beschränkt hat, nach Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 von jeder Verantwortlichkeit für die von ihm gespeicherten rechtswidrigen Daten „nur dann freigestellt werden kann, wenn er keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information hatte und, in Bezug auf Schadensersatzansprüche, sich auch keiner Tatsache oder Umstände bewusst war, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wurde, oder wenn er, nachdem er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt hatte, unverzüglich tätig wurde, um die fraglichen Daten zu löschen oder den Zugang zu ihnen zu sperren“.

berrechte, durch ISS-Nutzer; Hassreden)? Wenn nicht, wie könnten adäquate Lösungen aussehen?

Frage 1.1.4: Mit welchen Schwierigkeiten waren/sind Mitgliedstaaten und nationale Gerichte konfrontiert, wenn sie bzgl. eventueller Anordnungen entscheiden müssen? (Scarlet gegen SABAM, C-70/10, und SABAM gegen Netlog NV, C-360/10: Eine gerichtliche Anordnung bzgl. Filtersysteme im Gebiet der Urheberrechte würde mit anderen Rechtsprinzipien in Konflikt geraten können. Der EuGH hat jedoch eine Check-Liste für Anträge auf spezifische Sperrungen aufgestellt.)

1.2. Verbraucherschutz in Bezug auf das Internet und den E-Kommerz, Internet-Käufe und Vertragsrecht; Verbraucherschutz und Streitbeilegung³

Frage 1.2.1: Mit welchen Schwierigkeiten war/wird Ihr Mitgliedstaat konfrontiert, wenn Lösungen gemäß der Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Gebrauchsgüter gesucht werden?

Frage 1.2.2: Bietet die vorgeschlagene Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung *digitaler Inhalte* (COM (2015) 634) angemessene und ausreichende Regelungen zur Erreichung eines echten digitalen Binnenmarktes?

3 Auszug aus SWD (2016) 163 Leitlinie zu UCPD

Die UGP kann nur in B2C Situationen angewandt werden. Der erste Schritt zur Prüfung der Anwendbarkeit dieser Richtlinie auf jedwelche Online-Plattformanbieter muss also die Frage sein, ob er ein „Gewerbetreibende“ i.S. von Artikel 2, Buchstabe b) UGP ist. Gemäß einer von Fall zu Fall Prüfung kann ein Plattformanbieter aus mit seinen Geschäftsangelegenheiten in Zusammenhang stehenden Gründen handeln, etwa wenn er eine Provision für den Geschäftsvorgang zwischen dem Anbieter und dem Benutzer verlangt oder zusätzliche, zu vergütende Dienste anbietet oder Einkommen aus gezielter Werbung erzielt.

Darüber hinaus darf kein Plattformanbieter, der „Gewerbetreibende“ i.S. von der UGP ist, gemäß Artikel 5 Absatz 2 UGP in seinen Geschäftspraktiken mit dem Verbraucher gegen die „berufliche Sorgfalt“ verstößen. Gemäß Artikel 2, Buchstabe h) UGP ist unter „berufliche Sorgfalt“ der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt zu verstehen, bei denen billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass der Gewerbetreibende sie gegenüber dem Verbraucher gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten und/oder dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben in seinem Tätigkeitsbereich anwendet.

Die in UGP niedergelegte „berufliche Sorgfalt“ dieser Gewerbetreibende den Verbrauchern gegenüber ist, wenn auch komplementär, so doch zu unterscheiden von der Regelung der Freistellung von der Verantwortlichkeit gemäß Artikel 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr im Falle rechtswidriger Informationen, die auf Auftrag eines Dritten von einem Dienstanbieter gespeichert werden.

Besonders Artikel 14 Absatz 1 wird häufig von Dienstanbietern eingewandt mit dem Argument, sie hätten lediglich als Anbieter von Informationsdiensten i.S. von Artikel 14 der Richtlinie über elektronischen Geschäftsverkehr gehandelt und seien aus diesem Grund nicht für die von ihnen gespeicherten Informationen verantwortlich.

Darüber hinaus wird den Mitgliedstaaten gemäß Artikel 15 Absatz 1 keine allgemeine Verpflichtung dazu auferlegt, die von Anbietern von Diensten im Sinne von Artikel 12, 13 und 14 der gleichen Richtlinie übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktive Recherchen diesbezüglich zu führen.

Frage 1.2.3: Bietet die vorgeschlagene Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des *Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren* (COM (2015) 635) und die vorgesehene vollständige Harmonisierung der vertraglichen Schlüsselrechte angemessene und ausreichende Regelungen zur Erreichung eines echten digitalen Binnenmarktes?

Frage 1.2.4: Wie schätzen Sie die Auswirkungen der harmonisierten Regelungen bzgl. der Anwendung der oben genannten europäischen Verbraucherschutzregelungen ein?⁴

Frage 1.2.5: Sind Sie der Meinung, dass das zur Zeit bestehende EU-Verbraucherschutzrecht (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG; Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherträgen 1993/13/EG und Richtlinie über die Rechte der Verbraucher 2011/83/EG) ausreichend und angebracht für den Schutz der Verbraucher im Bereich ihrer Tätigkeiten mit Online-Plattformen ist?

Frage 1.2.6: Gab es vor Ihren nationalen Gerichten eingereichte Klagen, die sich, gestützt auf das Verbraucherrecht, gegen von Online-Dienstanbietern angewandte Klauseln und Bedingungen richteten?

Frage 1.2.7: Glauben Sie, dass es sinnvoll/nötig ist, die Reichweite der Regelungen in Bezug auf den Handel mit Verbrauchern (B2C) auf den Handel mit Unternehmen (B2B) auszuweiten?

4 COM (2015) 635, p.7: Das Konzept der vollständigen Harmonisierung hat sich bereits im Bereich der EU-Verbraucherschutzvorschriften bewährt, zum Beispiel durch die in Richtlinie 2011/83/EU vorgesehenen Bestimmungen, die eine Reihe einheitlicher Verbraucherrechte für alle Verbraucher innerhalb der EU gewährleisten, welche in allen Mitgliedstaaten einheitlich ausgelegt und durchgesetzt werden. Eine Initiative auf EU-Ebene gewährleistet eine kohärente Entwicklung der Verbraucherrecht und stellt gleichzeitig sicher, dass alle Verbraucher in der EU das gleich hohe Verbraucherschutzniveau genießen. Sie schafft Rechtssicherheit für Unternehmen, die ihre Waren in anderen Mitgliedstaaten verkaufen möchten. Ein solches Ergebnis kann nur durch ein Vorgehen auf Ebene der EU erreicht werden.

Zudem gewährleistet eine Initiative auf EU-Ebene, dass die Verbraucherrechte kohärent angewandt werden und dass gleichzeitig alle Verbraucher in der EU das gleich hohe Verbraucherschutzniveau genießen. Sie schafft Rechtssicherheit für Unternehmen, die ihre Waren in anderen Mitgliedstaaten verkaufen möchten. Eine solche Initiative bildet eine schlüssige Rechtsgrundlage für koordinierte Durchsetzungsmassnahmen, da die vorgeschlagene Richtlinie in den Anhang der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden aufgenommen wird. Zudem würden die vorgeschlagenen, vollständig harmonisierten Vorschriften die Rechtsdurchsetzung erheblich erleichtern und den Verbraucherschutz in der EU stärken. Ein solches Ergebnis kann nur durch ein Vorgehen auf Ebene der EU erreicht werden.

1.3. Geoblocking

Die Europäische Kommission hat einen Vorschlag über die Verhinderung von ungerechtfertigtem Geoblocking vorgelegt (COM (2016) 289). Der Vorschlag definiert spezifische, nicht zu rechtfertigende Situationen von Geoblocking oder anderer, auf der Staatsangehörigkeit, dem Wohnsitz oder dem Ort der Niederlassung basierenden Diskriminierungen:

- Wenn ein Verbraucher Güter, wie z.B. elektronische Waren, Kleidung, Sportkleidung oder Bücher kauft, die der Anbieter nicht grenzüberschreitend zu stellt;
- Wenn ein Verbraucher eine elektronische Dienstleistung erwirbt, wie z.B. Cloud-Dienste, eine Data-Warehousing oder Webhosting;
- Wenn ein Anbieter Dienste bereitstellt und diese Dienste vom Kunden in den Räumlichkeiten des Anbieters oder in einem vom Anbieter gewählten Standort entgegengenommen werden, wie z.B. im Falle von Hotelunterbringung oder der Autovermietung.

Darüber hinaus untersagt der Vorschlag die Sperrung des Zugangs zu Websites und die automatische Weiterleitung von Kunden ohne deren *ausdrückliche* Zustimmung.

Der Vorschlag sieht gleichfalls eine Regelung für den Bereich der Zahlungen vor. Auch wenn der Anbieter in seiner Wahl des Zahlungsmittels weiterhin frei ist, enthält der Vorschlag eine spezifische Regelung der Nicht-Diskriminierung innerhalb dieses gewählten Zahlungsmittels (Mehr Informationen diesbezüglich: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/geo-blocking-digital-single-market>)

Frage 1.3.1: Der Vorschlag (COM (2016) 289) hat die Verhinderung ungerechtfertigter, auf der Staatsangehörigkeit, dem Wohnsitz oder des Ortes der Niederlassung basierender Diskriminierung in grenzüberschreitenden Situationen zum Ziel. Wie verstehen Sie die Verknüpfung zwischen der oben genannten Verordnung und der Verordnung 1215/2015 bzgl. des Falles eines Anbieters, der seine Aktivitäten in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, in welchem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat?

1.4. Fragen in Bezug auf die kollaborative Wirtschaft (COM(2016)356)

Frage 1.4.1: Was sind die umstrittensten Gerichtsstreitigkeiten in Ihrem Land, die von der kollaborativen Wirtschaft ausgelöst wurden?

Frage 1.4.2: *Wettbewerbsprobleme*: Führt die Tatsache, dass solche Geschäftstätigkeiten in Märkte vordringen, die bis dato von traditionellen Dienstanbietern bedient wurden, zu Wettbewerbsproblemen?

Frage 1.4.3: *Marktzugangsanforderungen:* Welche Art von Dienstanbieter, die in der kollaborativen Wirtschaft tätig sind, müssen gemäß der in Ihrem Staat herrschenden Regelungen eine Genehmigung hierzu haben? Was sind die Bedingungen zum Erhalt einer solchen Genehmigung? Sind die hierzu erforderlichen behördlichen Verfahrensweisen und Formalitäten klar und transparent?

Frage 1.4.4: *Verbraucherschutz⁵:* Gibt es Probleme auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes, die Gegenstand von Rechtsbehelfen in Ihrem Staat sind?

Frage 1.4.5: Unter welchen Umständen gilt ein Anbieter in einer „Peer-to-Peer“-Dienstleistung gemäß Ihrem nationalen Recht als ein gewerblicher Dienstanbieter?

Frage 1.4.6: Wie können gesetzliche Regelungen dazu beitragen, dass das Vertrauen der Verbraucher in „Peer-to-Peer“-Dienste gestärkt wird? Glauben Sie dass vertrauensstärkende Mechanismen wie das „online-rating“ und andere Begutachtungssysteme und Gütezeichen die angebrachten Instrumente zum Überwinden des Informationsmangels im Bereich der individuellen Dienstanbieter sind? Welche anderen Instrumente würden Sie für angebracht erachten?

Thema 2: Digitale Media

Der Mediensektor ist zur Zeit einer wesentlichen Veränderung unterworfen. Dies ist auf die Digitalisierung, rasante Entwicklung des Internet, Konvergenz sowohl zwischen gedruckter und audiovisueller Medien⁶ als auch zwischen traditioneller und sozialer Medien, zurückzuführen. Heutzutage können wir unsere beliebtesten Fernsehprogramme aus ganz Europa nicht nur im Fernsehen sondern auch auf unseren mobilen Geräten sehen. So wie andere Waren und Dienste sind die audiovisuellen Medien den Regelungen des europäischen Binnenmarktes unterworfen. Die EU „Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste“ regelt die europaweite Koordination der nationalen Rechtsordnungen bzgl. aller audiovisueller Medien-

⁵ EU Verbraucherrecht ist auf jedwelche kollaborative Plattform anwendbar, die als „Dienstanbieter“ Geschäftstätigkeiten mit seinen Verbrauchern ausübt. Demgegenüber ist EU Verbraucherrecht und Marketing-Gesetzgebung nicht auf „Peer-to-Peer“-Dienste anwendbar.

⁶ Verleger von Online-Zeitungen und Online-Zeitschriften sind mehr und mehr dazu übergegangen, Spots u.Ä. als eine Art von Zusatz zu den journalistischen Artikeln auf ihrer Website anzubieten. Häufig sind diese Spots in verschiedenen Orten der Website aufbewahrt und besitzen Navigationshilfen für den Gebräucher (wie z.B. die jüngsten Videos, die am meisten gesehenen Videos); sie können die gesamte Bandbreite der Reportagen umfassen. Die Unterscheidung zwischen Presseprodukten und den audiovisuellen Mediendiensten ist äußerst wichtig, da unterschiedliche gesetzliche Anforderungen und Regulierungssysteme zur Anwendung kommen. Herausgeber von Zeitungen, sei es in gedruckter Form oder Online, sind weniger strengen Regelungen unterworfen als die audiovisuellen Mediendienste, die ihrerseits den Regelungen der EU Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD) unterworfen sind. Aufgrund der Konvergenz der Medien sind die früher klaren Grenzen zwischen diesen beiden Bereichen allerdings verwischt worden. Der EUGH musste vor kurzem klarstellen, wie die Klassifizierung von Diensten durchzuführen sein könnte (New Media Online GmbH gegen Bundeskommunikationsrat; C-347/14).

dienste, sowohl diejenigen der traditionellen Fernsehsendungen als auch diejenigen der auf individuelle Nachfrage erbrachten audiovisuellen Dienstleistungen. Zurzeit wird die Richtlinie AVMD überarbeitet. Ein neuer Gesetzesvorschlag zur Änderung der AVMD-Richtlinie wurde von der Europäischen Kommission am 25 Mai 2016 angenommen.

Gleichzeitig und ebenfalls im Kontext der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt arbeitet die Kommission an einer ehrgeizigen Modernisierung des EU-Urheberrechtsrahmens. Ziel ist es, die EU-Regelungen bzgl. der Urheberschaft auf das digitale Zeitalter vorzubereiten. Die Kommission veröffentlichte am 9 Dezember 2015 eine Mitteilung über einen moderneren und gemeinschaftlicheren Urheberrechtsrahmen, zusammen mit einem *Verordnungsentwurf* zur Sicherstellung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltsdiensten im Binnenmarkt. Ziel dieser gesetzgeberischen Initiative ist es, sicherzustellen, dass Verbraucher, die Filme, Sportübertragungen, Musik, E-Bücher und Spiele kaufen oder abonnieren, auch dann Zugang zu diesen Produkten haben, wenn sie sich in anderen Mitgliedsstaaten aufhalten.

Eine zweite Reihe von gesetzgeberischen Vorschlägen, die im September 2016 angenommen wurde, zielt auf die Modernisierung des Urheberrechtsrahmens: der Hauptpunkt liegt auf einem weitreichenderen, verbesserten Zugang zu digitalen Inhalten in allen Mitgliedstaaten, auf der Annahme von Regelungen über Ausnahmen und Grenzen in der digitalen Welt und auf der Erreichung eines gut funktionierenden Urheberrechtsmarktes. Das Paket beinhaltet einen Verordnungsentwurf, der die Anwendung des Ursprungslandes der Sendung auf einige Online-Übertragungen und des Kabelverbreitungsrechts einführt (und so das spezifische Regime für Urheberlizenzen für Fernseh- und Radiosendungen über Satellit oder Kabel gemäß der *Richtlinie 93/83/EEC* mit dem Ziel ausweitet, den Zugang zu mehr Online-Fernseh- und Radioprogrammen von anderen Mitgliedstaaten zu erleichtern (Mehr Informationen unter: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/copyright>).

Frage 2.1: In seinem Urteil vom 21. Oktober 2015 im Fall *New Media Online GmbH gegen Bundeskommunikationsrat* (C-347/14) hat der EuGH festgestellt, dass der Begriff „Sendung“ im Sinne von Artikel 1 Absatz 1, Buchstabe b) der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste dahin auszulegen ist, dass er die Bereitstellung kurzer Videos, die kurzen Sequenzen aus lokalen Nachrichten, Sport und Unterhaltung entsprechen, in einer Subdomain der Website einer Zeitung erfasst. Er hat gleichzeitig festgestellt, dass Online-Zeitungen nicht *per se* von dem Anwendungsbereich der AVMD ausgeschlossen sind. Wenn Betreiber audiovisuelle Inhalte zur Verfügung stellen, so können diese im Falle der Erfüllung der Testkriterien bzgl. der Hauptziele unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Handeln Ihre nationalen Behörden diesem Urteil gemäß? Wenn nicht: in welchen Bereichen weichen sie hiervon ab? Hat das Urteil des EuGH in Ihrem Land zu einer neuen Annäherung an das Problem geführt?

Frage 2.2: Der Gesetzesvorschlag zur Änderung der AVMD-Richtlinie bindet Video-Plattformen (wie z. B YouTube) in den Anwendungsbereich der AVMD-Regelungen ein. Sind Sie der Meinung, dass dies ein Schritt in die richtige Richtung ist? Wie weit sollte das Ausmaß der Einbeziehung solcher Plattformen gehen: nur insofern, als der Schutz Minderjähriger oder der Kampf gegen Hassreden in Frage stehen, oder auch, wenn es um die Regeln über die gewerbliche Kommunikation geht (wie Produktplazierung, Sponsoring, Werbung...)? Beinhaltet Ihre nationale Rechtsordnung bereits spezifische Regelungen in diesem Sektor bzgl. audiovisueller Plattformen?

Frage 2.3: Eines der wichtigsten Streitgebiete in Bezug auf die Überarbeitung der AVMD-Richtlinie bezieht sich auf das Prinzip des Ursprungslandes und das Kriterium der Gerichtsbarkeit. Gab es in Ihrem Land Streitigkeiten bzgl. der Anwendung des Prinzips des Ursprungslandes (in welchen die einschlägige Regulierungsbehörde versucht hat, audiovisuellen Dienstanbietern aus anderen Mitgliedstaaten gewisse Regelungen aufzuzwingen)? Gab es Probleme mit aus außerhalb der EU stammenden Anbietern, die Ihr nationales Publikum zur Zielgruppe hatten?

Frage 2.4: In ihrer heutigen Form verlangt die AVMD keinerlei Unabhängigkeit und stellt auch keine anderen Anforderungen an die Medien-Regulierungsbehörden – ganz im Gegensatz zum Telekommunikationssektor, dem Energiesektor oder im Falle der Datenschutzbehörden. Sind Sie der Meinung, dass die Einführung einer solchen Unabhängigkeitsanforderung für audiovisuelle Mediendienste auf EU-Ebene ein Schritt in die richtige Richtung wäre? Würde dies die Schaffung eines Binnenmarktes für audiovisuelle Mediendienste erleichtern? Existieren nationale, gesetzlich verankerte Hürden für derartige Anforderungen an Medien-Regulierungsbehörden? Existieren Fälle von unlauterem politischem oder wirtschaftlichem Druck auf Medien-Regulierungsbehörden in Ihrem Land?

Frage 2.5: Welches waren die umstrittensten Fälle in Ihrem Land in Bezug auf die Anwendung von Sendungsrechten (d.h.: Regelungen bzgl. gewerblicher Kommunikation wie z.B. Produktplazierung oder Sponsoring? Für Minderjährige ungeeignete Inhalte im Fernsehen? Verbreitung von Hassreden? Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Fernsehens/Radios? Die wachsende Media-Konzentration?)? Glauben Sie dass einige Gebiete mehr Harmonisierung durch die AVMD-Richtlinie brauchen?

Frage 2.6: Gab es in ihrem Land Initiativen, die auf das Angebot zielgerichteter (oder adressierbarer) Werbung im Fernsehen oder auf personalisierte Inhalte gerichtet waren? Wenn ja, wie geschah das im Licht der Sendungs/Datenschutzrechtsnormen? Gab es eine Art von Kooperation zwischen der Medien-Regulie-

rungsbehörde und der Datenschutzbehörde? Glauben Sie, dass eine europaweit harmonisierte Annäherung hier angebracht wäre?

Frage 2.7: Sind die spezifischen Regelungen für Urheberrechtslizenzen für Fernsehen und Radiosendungen durch Satellit und Kabel (gemäß der Richtlinie 93/83 EWG) nach wie vor in Ihrem Land gültig? Wurden ähnliche Regelungen auf die von Sendeunternehmen ausgestrahlten Online-Übertragungen angewandt?

Frage 2.8: Welches sind die hauptsächlichen Hürden in Ihrem Land bzgl. der grenzüberschreitenden Portabilität digitaler Inhalte? Sind Sie der Meinung, dass das Ursprungsland des Verbrauchers von dem Dienstanbieter regelmäßig überprüft werden sollte? Wenn ja, wie könnte eine solche Anforderung mit den Datenschutzgesetzen gemäß der DSGVO in Einklang gebracht werden?

Thema 3: Digitale Infrastrukturen

Telekommunikationsnetze und Dienstleistungen bilden das Rückgrat unserer Informationsgesellschaft. In den letzten Jahrzehnten hat die EU einen harmonisierten Regelungsrahmen für elektronische Kommunikation adoptiert, um so innerhalb des europäischen Binnenmarktes den Wettbewerb zu verbessern, Innovationen zu fördern und die Verbraucherrechte zu stärken. 2015 nahm sie Regelungen zur *Neutralität im Internet* (offenes Internet) an, die sie als eine „wesentliche Errungenschaft für den digitalen Binnenmarkt“ bezeichnete. Die in der *Verordnung EU 2015/2120* enthaltenen Regelungen bestimmen, dass im Prinzip jeder Verkehr gleichbehandelt werden und es jedem Bürger der EU möglich sein muss, Zugang zum offenen Internet zu haben und es dem Zugangsanbieter ermöglicht werden muss, seine Dienstleistungen in einem hochwertigen, offenen Internet anzubieten. Gemäß dieser Regelungen ist das Blockieren, Unterdrücken und Diskriminieren durch Internetzugangsanbieter in der EU verboten - mit drei Ausnahmen: zur Entsprechung von Gesetzgebungsakten der EU oder mit Unionsrecht in Einklang stehenden nationalen Rechtsvorschriften; zur Bewahrung der Integrität und Sicherheit des Netzes; zur Verhinderung einer drohenden Netzüberlastung. Außerdem sind die Nutzer frei, ihre bevorzugten Apps und Dienste zu benutzen, unabhängig von der Wahl des Angebots, das sie abonniert haben.

Desgleichen hat die EU mehrere Initiativen zur Förderung von Investitionen in die das *high speed* Internet unterstützende Breitbandnetzwerke ergriffen. Im Rahmen der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt nahm die Kommission im September 2016 eine Reihe von Maßnahmen (zusammen mit einem Vorschlag für einen neuen *European Electronic Communications Code*) an – das sogenannte „Vernetzungspaket (connectivity package)“ - mit dem Ziel, die EU an die vorderste Front der Internet-Vernetzung zu bringen und eine europäische Gigabit-Gesellschaft zu schaffen. Das Paket stimuliert zudem den Wettbewerb, stärkt den Binnenmarkt sowie die Verbraucherrechte und zielt auf vereinfachte, auf die Zukunft

gerichtete Regelungen, die die Investitionsfreudigkeit von Unternehmen in neue hochwertige Infrastrukturen innerhalb der EU fördern.

Frage 3.1: Gab es in Ihrem Land bereits Regelungen in Bezug auf die Neutralität im Internet vor der Annahme der *Verordnung 2015/2120*? Wenn ja, waren sie strenger oder weniger streng als die der Verordnung? Was ist die nationale Annäherung gegenüber Praktiken des Nullsatzes („zero-rating“), die nicht ausdrücklich von der Verordnung verboten werden?

Frage 3.2: Sollte die EU noch weiter gehen und einen Binnenmarkt für telekomunikative Netzwerke oder Dienste schaffen und z.B. ein europaweites Lizenzsystem einführen? Haben Ihre nationalen Behörden spezielle Breitband-Regelungen angenommen? Wurden diese aufgrund einer EU-Intervention oder auf eigene Initiative hin eingeführt?

Frage 3.3: Gibt es in Ihrem Land Rechtsprobleme bzgl. des *spectrum management*? Wenn ja, wie wurden sie gelöst?

Frage 3.4: Wurden in Ihrem Land Fragen in Bezug auf die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden aufgeworfen? Wenn ja, führten sie zu Gerichtsstreitigkeiten? Wie wurden sie entschieden?

Thema 4: Daten in der digitalen Wirtschaft

Frage 4.1: Wie bereitet sich Ihr Land auf das Inkrafttreten der Verordnung zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Mai 2018 vor? Werden bereits spezifische gesetzgeberische Vorschläge oder Exekutivmaßnahmen vorbereitet?

Frage 4.2: Wie passen sich die Unternehmen in Ihrem Land an die neuen, von der Verordnung gestellten Anforderungen bzgl. der Zustimmung, Folgenabschätzung, eingebauter Datenschutz und Datenschutzfreundlichkeit an?

Frage 4.3: Welches sind die umstrittensten Probleme in Ihrem Land (vom juristischen Standpunkt aus gesehen) in Bezug auf das IoT (Internet der Dinge / Allesnetz / *smart cities*/ Verarbeitung von Daten von Maschine zu Maschine), automatische Autos (Eigentumsprobleme, Zugang und Gebrauch, Verantwortlichkeit im Schadensfall?)? Existieren spezifische gesetzgeberische Maßnahmen oder regulatorische Ansichten/Entscheidungen auf diesem Gebiet? Was ist der Stand der politischen Debatte diesbezüglich in Ihrem Land?

Frage 4.4: Seit dem umstrittenen Urteil des EuGH vom Mai 2014 im Fall *Google Spanien (oder Costeja)*, erhielt das „Recht, vergessen zu werden“ (oder das

Recht, von der Liste abgesetzt zu werden) viel Aufmerksamkeit, sowohl innerhalb der EU als auch weltweit. Was ist die Rechtslage diesbezüglich in Ihrem Land? Wurden Beschwerden oder Klagen vor Ihrer nationalen Datenschutzbehörde/nationalen Gerichten eingereicht? Gab es eine größere Anzahl von Klagen auf diesem Gebiet? Wie wird zwischen dem Recht des Einzelnen auf Datenschutz und den anderen Interessen, die in Frage stehen (insbesondere das der unternehmerischen Freiheit der Suchmaschine, das Recht der Allgemeinheit auf Information und das Recht des Autors auf freie Meinungsäußerung?) abgewogen?

Steuern, staatliche Beihilfen und Wettbewerbsverzerrungen

Deutscher Landesbericht

Rainer Wernsmann¹ und Paul Wagner^{2 3}

Teil I - Nr. 1

Frage: Viele Staaten erlauben es ihren Steuersubjekten mit den nationalen Steuerbehörden in Kontakt zu treten um eine gewisse Art von rechtlicher Sicherheit bzgl. ihrer Steuerangelegenheiten zu erhalten. Das kann in verschiedenen Formen geschehen, etwa in einer formelleren Form von vorab beschlossenen Steuerentscheiden oder vorab entschiedenen Preisvereinbarungen oder, weniger formell, schriftlichen oder mündlichen „Gentlemen's agreements“ oder sogar einfachen Klarstellungen, die eindeutig als unverbindlich angesehen werden. Einige Staaten erlauben es jedwelchem Unternehmen vorab einen Steuerbescheid zu beantragen, andere haben eine ausdrückliche oder implizite Politik mit dem Ziel, den Zugang großer Unternehmen oder solcher Unternehmen, die substantielle neue Investitionen planen, zu den Steuerbehörden zu begrenzen.

Erlaubt Ihr Land irgendeine Art von durch die Steuerbehörden im Voraus gegebener Rechtssicherheit auf dem Gebiet der Steuerangelegenheiten? Wenn ja, existieren spezifische Anforderungen um eine derartige Sicherheit im Voraus zu erlangen?

Grundsätzlich sind zwei Konstellationen denkbar, wie eine steuerpflichtige Person im Voraus – also bevor der steuerrechtlich relevante Sachverhalt verwirklicht wurde – Rechtssicherheit über die eigenen Steuerangelegenheiten erhalten könnte: Zum einen durch *mehrseitige Vereinbarungen* mit der Finanzverwaltung (öffentlicht-rechtliche Verträge) oder durch *einseitige Erklärungen* der Finanzverwaltung.⁴

a) Keine vertraglichen Vereinbarungen über Steuern im deutschen Steuerrecht

Da Steuern gemäß § 155 Abs. 1 Abgabenordnung (im Folgenden: AO) grundsätzlich einseitig von der Finanzbehörde durch Steuerbescheid festgesetzt werden, ist die wichtigste Handlungsform der Steuerbehörden der Verwaltungsakt im Sinne des § 118 AO. Öffentlich-rechtliche Verträge sind im deutschen Steuerverfahrens-

1 Professor Dr. Rainer Wernsmann, Universität Passau, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, insbesondere Finanz und Steuerrecht.

2 Wissenschaftlicher Mitarbeiter Paul Wagner, Universität Passau, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, insbesondere Finanz- und Steuerrecht.

3 rainer.wernsmann@uni-passau.de; paul.wagner@uni-passau.de.

4 Ausführlich dazu Horst, Die verbindliche Auskunft nach § 89 Abgabenordnung, S. 5 ff.

recht nicht von vornherein ausgeschlossen. Das normiert § 78 Nr. 3 AO für die allgemeinen Verfahrensvorschriften, aber auch § 224a Abs. 1 AO, welcher die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages für das Erhebungsverfahren explizit zulässt. Vertragliche Vereinbarungen über das Ob und Wie der Steuerfestsetzung kommen jedoch aus verfassungsrechtlichen Gründen (Gesetzmäßigkeit der Besteuerung gem. Art. 20 Abs. 3 GG und Gleichmäßigkeit der Besteuerung Art. 3 Abs. 1 GG) von vornherein nicht in Betracht.⁵ Besteuerung ist nicht nur zulässig, sofern und soweit sie durch das Gesetz angeordnet ist (Vorbehalt des Gesetzes), sie muss auch durchgeführt werden, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind (Gleichbehandlungsgesetz). Verfassungswidrig ist nicht nur die Besteuerung außerhalb des Gesetzes, sondern auch die Nichtbesteuerung oder Andersbesteuerung trotz gesetzlicher Anordnung.⁶ Daher dürfen im deutschen Steuerrecht Steuern bzgl. der Entstehung oder der Höhe nicht durch die Form des öffentlich-rechtlichen Vertrags individuell vereinbart werden. Folglich sind vorab entschiedene Preisvereinbarungen per öffentlich-rechtlichem Vertrag oder vor der Tatbestandsverwirklichung erlassene Steuerbescheide in Deutschland nicht möglich.⁷

b) „Einfache“Auskünfte der Finanzbehörden

Auskünfte der Finanzbehörden werden nach h.M. als Wissenserklärungen ohne rechtliche Bindungswirkung definiert.⁸ Grundsätzlich können die Finanzbehörden Auskünfte freiwillig zu verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Fragen erteilen, da die Auskunftsbefugnis der Behörde ein „Annex“ der Entscheidungsbefugnis darstellt.⁹ Allerdings sind Auskünfte für die Erlangung von Rechtssicherheit insoweit ungeeignet, da sie nicht bindend sind, ein Anspruch auf die Beurteilung von materiellen Fragen nicht besteht und die Finanzverwaltung bei der Beantwortung von materiellrechtlichen Fragen darauf achten muss, dass das für die verbindliche Beantwortung von materiellrechtlichen Fragen vorgesehene Institut – die verbindliche Auskunft nach § 89 Abs. 2 AO – nicht untergraben wird und die Steuerbehörde keine Rechts- oder Steuerberatertätigkeit betreibt.¹⁰

5 Wernsmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 237. Lieferung, § 3 AO Rn. 180 ff.

6 Wernsmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 237. Lieferung, § 3 AO Rn. 203.

7 Vgl. BMF, Schreiben vom 05.10.2006, IV B 4-S 1341-38/06, BStBl. I 2006, 594 (595/Tz. 1.2); so auch Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Auflage, § 3 Rn. 240.

8 Söhn, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 239. Lieferung, § 89 AO Rn. 134; Horst, Die verbindliche Auskunft nach § 89 Abgabenordnung, S. 7.

9 Söhn, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 239. Lieferung, § 89 AO Rn. 152; Horst, Die verbindliche Auskunft nach § 89 Abgabenordnung, S. 7.

10 Söhn, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 239. Lieferung, § 89 AO Rn. 152.

c) Verbindliche Auskünfte und Zusagen der Finanzbehörden

Die ausnahmsweise Möglichkeit bindender Zusagen, durch welche sich die Finanzverwaltung einseitig hoheitlich zu einem bestimmten künftigen Verhalten verpflichtet, ist zum größten Teil gesetzlich geregelt.¹¹ Zu nennen sind die verbindliche Auskunft nach § 89 Abs. 2 AO, die verbindliche Zusage auf Grund einer Außenprüfung nach §§ 204 ff. AO und die Lohnsteueranrufungsauskunft nach § 42e EStG.¹² Für die Erlangung von Rechtssicherheit im Voraus sind die „allgemeine“ verbindliche Auskunft nach § 89 Abs. 2 AO und die „spezielle“ Vorabzusage über Verrechnungspreise zwischen international verbundenen Unternehmen nach den jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen (sog. „Advance Pricing Agreements“ – APAs) von besonderer Bedeutung. Die verbindliche Auskunft nach § 89 Abs. 2 AO kann von der Finanzbehörde erteilt werden, wenn ein Steuerpflichtiger die Verwirklichung eines genau bestimmten Sachverhalts plant, er sich über die steuerliche Beurteilung des genau bestimmten Sachverhalts im Unklaren ist und im Hinblick auf die erheblichen steuerlichen Auswirkungen ein besonderes Interesse an der verbindlichen Auskunft besteht. Die Auskunft ist für die Besteuerung des Antragstellers bindend, wenn der später verwirklichte Sachverhalt von dem der Auskunft zugrunde gelegten Sachverhalt nicht oder nur unwesentlich abweicht. Die spezifischen Anforderungen, um eine verbindliche Auskunft nach § 89 Abs. 2 AO zu erhalten, sind folgende¹³: Der Steuerpflichtige muss einen schriftlichen oder elektronischen Antrag bei der zuständigen Finanzbehörde stellen. Der Antrag muss eine umfassende und in sich abgeschlossene Darstellung des zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht verwirklichten Sachverhalts enthalten. Das besondere steuerliche Interesse des Antragstellers muss dargelegt werden. Das besondere steuerliche Interesse liegt in der Regel vor, wenn die finanziellen Folgen, die bei der Besteuerung des vorgetragenen Sachverhalts eintreten, aus der Sicht des Steuerpflichtigen „erheblich“ sind und die Unsicherheiten in der steuerrechtlichen Beurteilung eine Vorabklärung durch die Finanzbehörde rechtfertigen.¹⁴ Das Rechtsproblem und der eigene Rechtsstandpunkt müssen ausführlich dargelegt werden. Es muss eine konkrete Frage formuliert werden. Es darf keine weitere verbindliche Auskunft bei einer anderen Finanzbehörde über den konkreten Sachverhalt beantragt werden. Es muss versichert werden, dass alle für die Erteilung der Auskunft und für die Beurteilung erforderlichen Angaben gemacht wurden und der Wahrheit entsprechen. Für die Bearbeitung des Antrags wird eine Gebühr erhoben, welche sich nach dem Wert berechnet, den die ver-

11 Gesetzlich nicht geregelt ist bspw. die tatsächliche Verständigung. Hierbei können sich das Finanzamt und der Steuerpflichtige über den wahrscheinlichen Sachverhaltsablauf einigen, wenn der Sachverhalt nicht oder nur unter erheblichem und unangemessenem Aufwand ermittelt werden kann. Dieses Institut ist für die Erlangung von Rechtssicherheit im Voraus insoweit ungeeignet, als die tatsächliche Verständigung einen bereits verwirklichten Sachverhalt voraussetzt. Die Rechtsprechung leitet eine Bindung der Finanzverwaltung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ab. Vgl. *BFH*, Urteil vom 06.02.1991, I R 13/86, BStBl. II 1991, 673 (673).

12 Beachte auch § 178a AO, § 15 Abs. 4 VermBG und Art. 33 Abs. 1 UZK.

13 Entnommen aus § 1 Abs. 1 StAuskV.

14 Söhn, in: Hübschmann/Hepp/Spatialer, AO/FGO, 239. Lieferung, § 89 AO Rn. 202.

bindliche Auskunft für den Antragsteller hat, § 89 Abs. 3 AO.¹⁵ Ist ein Gegenstandswert nicht bestimmbar und kann er auch nicht durch Schätzung bestimmt werden, ist eine Zeitgebühr zu berechnen, § 89 Abs. 4 AO.

Festzuhalten ist, dass die verbindliche Auskunft nicht geeignet ist, eine konkrete Steuer zu vereinbaren oder die gesamte rechtliche Prüfung des geplanten Sachverhalts auf das Finanzamt zu verlagern.¹⁶ Die Finanzverwaltung ist des Weiteren angewiesen, eine Auskunftserteilung im Angelegenheiten abzulehnen, in denen die Erzielung eines Steuervorteils im Vordergrund steht, wie z.B. bei der Prüfung von Steuersparmodellen oder bei der Feststellung der Grenzpunkte für das Handeln eines ordentlichen Geschäftsleiters.¹⁷ Die verbindliche Auskunft regelt lediglich, wie die Finanzbehörde eine ihr zur Prüfung gestellte hypothetische Gestaltung gegenwärtig beurteilt. Nach der Auffassung des BFH besteht kein Anspruch auf einen bestimmten rechtmäßigen Inhalt einer verbindlichen Auskunft.¹⁸

d) Sonderfall: Vorabzusagen über Verrechnungspreise (APA)

Vorabzusagen über Verrechnungspreise zwischen international verbundenen Unternehmen (folgend: APA) sind in der AO – bis auf die Gebührenfestsetzung in § 178a AO – nicht genauer reglementiert.¹⁹ Nach der Definition des BMF ist ein APA eine Vereinbarung zwischen einem oder mehreren Steuerpflichtigen und einer oder mehreren Steuerverwaltungen, in welcher für bestimmte Geschäftsvorfälle und einen bestimmten Zeitraum eine dem Fremdvergleich entsprechende Verrechnungspreismethode sowie Kriterien für die Verrechnungspreisbestimmung festgelegt werden.²⁰ Gegenstand eines APAs kann aber auch eine fremdvergleichskonforme Gewinnabgrenzung zwischen einem inländischen Unternehmen und dessen ausländischer Betriebsstätte sowie zur Gewinnermittlung inländischer Betriebsstätten ausländischer Unternehmen sein.²¹ Vorabverständigungsvereinbarungen und die darauf beruhenden Vorabzusagen sollen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Steuerverwaltungen verschiedener Staaten und den Unternehmen über Verrechnungspreismethoden und eine dadurch drohende wirtschaftliche Doppelbelastung bzw. Doppelbesteuerung soweit möglich im Voraus einvernehmlich vermeiden. Die Unternehmen erhalten dadurch mehr Rechtssicherheit hinsichtlich ihrer grenzüberschreitenden Verrechnungspreise, sie werden vor möglichen Steuerzinsen und Strafzuschlägen geschützt, und die Effizienz bei der Prü-

¹⁵ Wegen des Mehrwerts hinsichtlich der Rechtssicherheit für den Steuerpflichtigen ist die Erhebung einer Gebühr mit dem Grundgesetz vereinbar, vgl. *BFH*, Urteil vom 30.3.2011, I R 61/10, BStBl. II 2011, 536 (537 ff.).

¹⁶ So auch *Rätke*, in: *Klein*, AO Kommentar, 14. Auflage, § 89 Rn. 24.

¹⁷ *BMF*, Schreiben vom 31.1.2014, IV A 3 – S 0062/14/20002, BStBl. I 2014, 290 (360/Tz. 3.5.4).

¹⁸ *BFH*, Urteil vom 29.2.2012, IX R 11/11, BFHE 237, 9 (9).

¹⁹ Die einzelnen Voraussetzungen sind aufgezählt in dem *BMF-Schreiben* vom 05.10.2006, IV B 4-S 1341-38/06, BStBl. I 2006, 594; ausführlich auch *Hendricks*, in: *Wassermeyer/Baumhoff*, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, Rn. 10.75 ff.

²⁰ *BMF*, Schreiben vom 5.10.2006, IV B 4-S 1341-38/06, BStBl. I 2006, 594 (601/Tz. 1.2).

²¹ *BMF*, Schreiben vom 5.10.2006, IV B 4-S 1341-38/06, BStBl. I 2006, 594 (601/Tz. 1.1).

fung von Verrechnungspreisen wird gesteigert.²² Die spezifischen Anforderungen einer solchen Vorabzusage sind folgende²³: Der Steuerpflichtige muss einen Antrag auf Durchführung eines Vorabverständigungsverfahrens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und (mindestens) einem anderen Staat, an dem der Steuerpflichtige intensiv beteiligt wird, stellen. Dafür muss der Steuerpflichtige ein berechtigtes Interesse an der Durchführung und dem Abschluss des Vorabverständigungsverfahrens darlegen. Weiterhin muss er den Finanzbehörden die für eine sachgerechte Verrechnungspreisprüfung erheblichen, ihm bekannten Tatsachen vollständig unterbreiten und sie bei der weiteren Sachaufklärung ohne Einschränkungen unterstützen. In dem Antrag sind der Anwendungsbereich sowohl in sachlicher als auch in zeitlicher Hinsicht und der andere Staat, mit dem eine Vorabverständigung erreicht werden soll, zu benennen. Der Antragsteller muss seinen Antrag umfassend erläutern und alle erforderlichen Aufzeichnungen vorlegen. Aus der Begründung des Antragstellers muss hervorgehen, dass die Anwendung der von ihm vorgeschlagenen Verrechnungspreismethode im Hinblick auf die Geschäftsvorfälle, die das APA umfassen soll, mit dem Fremdvergleichsgrundsatz in Übereinstimmung steht. Zudem muss im Regelfall eine Grundgebühr von 20.000 € gezahlt werden, § 178a AO. Wenn das Vorabverständigungsverfahren erfolgreich durchgeführt wurde, wird diese völkerrechtliche Vereinbarung durch eine Vorabzusage der deutschen Finanzbehörden gegenüber dem Steuerpflichtigen umgesetzt.

Festzuhalten ist, dass Vorabzusagen i.d.R. keine Verständigung über die konkrete Höhe des Verrechnungspreises, sondern nur über die Verrechnungspreisstruktur und -methode, d.h. insb. über die für die Preisfindung relevanten Faktoren enthalten.²⁴ Durch ihre bi- bzw. multilaterale Struktur sind APAs für nationalen Steuermissbrauch eher ungeeignet.

Teil I - Nr. 2

Frage: Es kann verschiedene Arten von Ungewissheiten geben. Zum Beispiel (und je nach den Tatsachen des Einzelfalls) könnte es sich um eine ganz bestimmte Zahlung zwischen zwei Unternehmen handeln, die entweder als eine Schuld (was zu Zinszahlungen führt, die entweder teilweise oder vollständig von den Steuern abgesetzt werden können), oder aber als Kapital angesehen werden kann (was zu Dividendenausschüttungen führt, die nicht von der Steuer absetzbar sind). Andere Ungewissheiten können entstehen, wenn Gewinne gewissen juristischen Personen (oder innerhalb der juristischen Person) zugesprochen werden. Angenommen, eine Ware wird im Staat A entworfen, im Staat B produziert, dann verkauft und im Staat C ausgeliefert: dann erhebt sich die Frage, welcher Staat

22 BMF, Schreiben vom 5.10.2006, IV B 4-S 1341-38/06, BStBl. I 2006, 594 (595/Tz. 1.1).

23 Vgl. BMF, Schreiben vom 5.10.2006, IV B 4-S 1341-38/06, BStBl. I 2006, 594 (595/Tz. 1.1. ff.).

24 Hendricks, in: Wassermeier/Baumhoff, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, Rn. 10.96; Driën, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, 153. Lieferung, § 178a AO Rn. 2.

welchen Anteil am Gewinn versteuern sollte. In der Abwesenheit eines bilateralen Übereinkommens kann jeder Staat selbst bestimmen, welcher Teil des Gewinns zu versteuern (oder nicht zu versteuern) ist.

Überprüfen die Steuerbehörden Ihres Landes systematisch die in einem Antrag auf einen Steuerbescheid enthaltenen Fakten, sei es vor der Beschlussfassung (*ex-ante*), sei es nach der jährlichen Steuerveranlagung (*ex-post*)? Wenn ja, könnten Sie bitte das einschlägige Verfahren beschreiben?

Die deutschen Steuerbehörden sind verpflichtet, alle für eine gleich- und gesetzesmäßige Besteuerung erheblichen Tatsachen – von Amts wegen – vollständig und wahrheitsgemäß zu ermitteln und zu berücksichtigen, §§ 85, 88 Abs. 1 AO. Das beinhaltet, dass grundsätzlich alle bekannten Tatsachen systematisch von der Steuerbehörde auf ihre Besteuerungsrelevanz hin überprüft und anschließend verwendet werden müssen.²⁵ Problematisch ist, dass die der Finanzverwaltung zur Verfügung stehenden Ressourcen nicht zur Überprüfung jeder einzelnen Angabe aller Erklärungen und Anträge im Rahmen des massenhaften Steuerverwaltungsverfahrens ausreichen.²⁶ In der Realität befindet sich die Finanzverwaltung in einem dauerhaften Konflikt zwischen dem Gebot der sorgfältigen Sachaufklärung im Einzelfall und der Sicherstellung des Gesamtvolzzugs in einer angemessenen Zeit. Das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) zwingt den Einzelvollzug zur Ausrichtung an der praktischen Realisierbarkeit des Gesamtvolzzugs.²⁷

Die Überprüfung von Steuererklärungen im Rahmen des massenhaften Steuerverwaltungsverfahrens wird folgendermaßen bewerkstelligt:

Der Steuerpflichtige wirkt grundsätzlich bei seiner Veranlagung mit, § 90 Abs. 1 AO. Tut er dies hinreichend und liegen aus Sicht der Finanzbehörde keine Anhaltspunkte vor, dass die von ihm erklärten Tatsachen (Deklarationsprinzip) unrichtig oder unvollständig sind, besteht grds. kein Anlass für weitere Ermittlungen; der Steuerpflichtige genießt insoweit einen freiheitsschonenden Vertrauensvorschuss.²⁸

Sollten sich die Angaben als unschlüssig, unvollständig oder gar perplex erweisen oder von der behördlichen Erfahrung abweichen, dann tritt die Finanzbehörde in eine intensivere Einzelfallprüfung (Plausibilitätskontrolle).²⁹ Um darüber hinaus Steuerpflichtige prophylaktisch davon abzuhalten, in sich schlüssige, aber falsche Tatsachen gegenüber dem Finanzamt zu erklären, sind die Plausibilitätskontrollen durch Stichprobenkontrollen, die sich nach dem Zufallsprinzip oder nach Sachkriterien der Verwaltungserfahrung richten, zu ergänzen. Zwar behandelt diese Stichprobe den Betroffenen gegenüber anderen Steuerpflichtigen ungleich. Sie ist

25 So auch *Sohn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 206. Lieferung, § 88 AO Rn. 13.

26 So auch *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 20. Auflage, Rn. 476 ff.

27 *Seer*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Auflage, § 21 Rn. 5.

28 *Seer*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Auflage, § 21 Rn. 5.

29 *Seer*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Auflage, § 21 Rn. 7.

aber als Generalprävention zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit sachlich gerechtfertigt, damit sich niemand dauerhaft auf eine nur oberflächliche Kontrolle verlassen kann.³⁰

In letzter Zeit ist der deutsche Gesetzgeber bemüht das Besteuerungsverfahren durch eine stärkere Verwendung von Informationstechnologien und dem zielgenaueren Einsatz von Ressourceneffizienter zu gestalten. Insbesondere wurde mit dem Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens vom 18. Juli 2016³¹ – das die AO tiefgreifend verändert hat – die elektronische Kommunikation zwischen Steuerpflichtigen und der Finanzverwaltung, die ausschließlich automationsgestützte Bearbeitung von dazu geeigneten Steuererklärungen durch Einsatz von Risikomanagementsystemen und die automationsgestützte Steuerfestsetzung gestärkt.³² Die Steuerverwaltung ist damit in der Lage, mithilfe von automationsgestützten Systemen zu beurteilen, ob Notwendigkeiten weiterer Ermittlungen und Prüfungen für eine gleichmäßige und gesetzmäßige Festsetzung von Steuern und Steuervergütungen sowie Anrechnung von Steuerabzugsbeträgen und Vorauszahlungen notwendig sind, § 88 Abs. 5 AO. Auch können die Finanzbehörden Steuerfestsetzungen sowie Anrechnungen von Steuerabzugsbeträgen und Vorauszahlungen auf der Grundlage der ihnen vorliegenden Informationen und der Angaben des Steuerpflichtigen ausschließlich automationsgestützt vornehmen, berichtigen, zurücknehmen, wiederrufen, aufheben und ändern, soweit kein Anlass dazu besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten, § 155 Abs. 4 S. 1 AO. Dadurch werden Verwaltungskapazitäten frei, die für die Prüfung risikoneigter Steuerfälle genutzt werden können.

Sollte die Finanzbehörde den Steuerfall aus zeitlichen Gründen nicht abschließend prüfen können, besteht, solange der Steuerfall nicht abschließend geprüft ist, die Möglichkeit, Steuern unter dem Vorbehalt der Nachprüfung festzusetzen, § 164 AO. Dies ermöglicht der Finanzbehörde den Steuerfall auch nach der Steuerfestsetzung zu überprüfen und – solange der Vorbehalt wirksam ist – die Steuerfestsetzung gegebenenfalls wieder aufzuheben oder zu ändern, § 164 Abs. 2 AO. Des Weiteren stehen der Finanzverwaltung zur nachträglichen Überprüfung der Richtigkeit von Steuerbescheiden und Steuererklärungen insb. die Außenprüfung nach §§ 193 ff. AO und die Steuerfahndung nach §§ 208 ff. AO zur Verfügung. Stellen sich einzelne Tatsachen, auf denen der Steuerbescheid beruht, als nachträglich unrichtig heraus, kommt eine behördliche Korrektur des Steuerbescheids nach § 173 AO in Betracht.

Teil I - Nr. 3

Frage: Beinhaltet die Vorschriften zur Bekämpfung der Steuerumgehung Ihres Landes eine Regelung, die Ihre nationale Steuerbehörde dazu verpflichtet, die Be-

30 Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Auflage, § 21 Rn. 7.

31 BGBl. I 2016, 1679.

32 Vgl. insb. §§ 87a ff. AO, § 88 Abs. 5 AO und § 155 Abs. 4 AO.

handlung, die eine spezifischen Zahlung/ein spezifischer Geschäftsvorgang in einem anderen Land erfahren hat, innerhalb des Verfahrens einer Steuerprüfung und vor Beschlussfassung zu überprüfen? Wenn ja, könnten Sie bitte das einschlägige Verfahren darlegen und erklären?

Wie bereits beschrieben, ist das Finanzamt verpflichtet, alle für die gleich- und gesetzesmäßige Besteuerung relevanten Tatsachen – von Amts wegen – zu ermitteln, sodass insbesondere keine Steuern verkürzt, zu Unrecht erhoben oder Steuererstattungen und Steuervergütungen zu Unrecht gewährt oder versagt werden, §§ 85, 88 Abs. 1 AO. Weil dieses Prinzip universell gilt, macht die Ermittlungs- pflicht der nationalen Finanzverwaltung nicht an den nationalen Staatsgrenzen halt, sodass das Finanzamt grundsätzlich alle Zahlungen und Geschäftsvorgänge im Ausland ermitteln und berücksichtigen muss, die für die nationale Besteuerung relevant sind.³³

Problematisch ist, dass die Ermittlungshoheit der Steuerbehörden an den nationalen Staatsgrenzen halt macht, sodass sich Verwaltungsauftrag und Verwaltungen können nicht decken.³⁴ Damit die Finanzverwaltung den Auftrag zur Berücksichtigung aller für eine gleich- und gesetzesmäßige Besteuerung relevanter Tatsachen erfüllen kann, unterliegen Steuerpflichtige bei Sachverhalten mit Auslandsbeziehung besonderen Anzeige-, Aufklärungs- und Dokumentationspflichten.³⁵ Grundsätzlich müssen alle Steuerpflichtigen die Eröffnung, Verlegung oder Aufgabe eines Betriebs der Land- und Forstwirtschaft, eines gewerblichen Betriebs oder einer Betriebsstätte, oder die Aufnahme einer freiberuflichen Tätigkeit, der zuständigen Gemeinde bzw. dem zuständigen Finanzamt innerhalb eines Monats mitteilen, § 138 Abs. 1 AO. Unbeschränkt Steuerpflichtige, die im Ausland tätig werden, müssen dem für sie zuständigen inländischen Finanzamt innerhalb von 5 Monaten nach Ablauf des Kalenderjahres darüber hinaus folgende Vorgänge gem. § 138 Abs. 2 AO anzeigen: Die Gründung und den Erwerb von Betrieben und Betriebsstätten im Ausland; die Beteiligung an einer ausländischen Personengesellschaft oder deren Aufgabe oder Änderung; den Erwerb von Beteiligungen an einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse, wenn damit unmittelbar eine Beteiligung von mindestens 10 Prozent oder mittelbar eine Beteiligung von mindestens 25 Prozent am Kapital oder am Vermögen der Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse erreicht wird oder wenn die Summe der Anschaffungskosten aller Beteiligten mehr als 150.000 € beträgt.

Während alle Steuerpflichtigen bei der Ermittlung des steuerrechtlich relevanten Sachverhalts mitwirken müssen, hat der Steuerpflichtige bei Auslandsbezug den Sachverhalt selbständig aufzuklären und die erforderlichen Beweismittel zu beschaffen, § 90 Abs. 1, 2 AO. Dabei muss der Steuerpflichtige alle bestehenden

33 So auch Hendricks, Gerichtlicher Rechtsschutz im internationalen Auskunftsverkehr, StuW 2018, 350 (351).

34 Vgl. Hendricks, Gerichtlicher Rechtsschutz im internationalen Auskunftsverkehr, StuW 2018, 350 (351); Söhn, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 243. Lieferung, § 117 AO Rn. 3.

35 Vgl. z.B. §§ 90, 138 ff. AO und §§ 16, 17 AStG.

rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten ausschöpfen, § 90 Abs. 2 AO. Bestehten objektiv erkennbare Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Steuerpflichtige über Geschäftsbeziehungen zu Finanzinstituten in einem Staat oder Gebiet verfügt, mit dem kein Abkommen besteht, das die Erteilung von Auskünften entsprechend dem OECD-MA vorsieht, oder der Staat oder das Gebiet keine Auskünfte in einem vergleichbaren Umfang erteilt oder keine Bereitschaft zu einer entsprechenden Auskunftserteilung besteht, hat der Steuerpflichtige nach Aufforderung der Finanzbehörden die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Angaben an Eides statt zu versichern und die Finanzbehörde zu bevollmächtigen, in seinem Namen mögliche Auskunftsansprüche gegenüber den von der Finanzbehörden benannten Kreditinstituten außergerichtlich und gerichtlich geltend zu machen, § 90 Abs. 2 S. 3 AO. Bei Verletzung dieser Pflichten darf die Steuerbehörde – bei Fehlen weiterer Aufklärungsmöglichkeiten – einen für den Steuerpflichtigen ungünstigen Sachverhalt unterstellen und der Besteuerung zugrunde legen, § 162 Abs. 2 und 3 AO.

Nach der Sondervorschrift des § 16 AStG hat ein Steuerpflichtiger, der unter Bezug auf Geschäftsbeziehungen mit einer ausländischen Person, die mit ihren Einkünften, die in Zusammenhang mit den Geschäftsbeziehungen zu dem Steuerpflichtigen stehen, in Deutschland nicht oder nur unwesentlich besteuert wird, die Absetzung von Schulden oder anderen Lasten oder von Betriebsausgaben oder Werbungskosten (insb. Zinsaufwand) geltend machen will, alle Beziehungen offenzulegen, die unmittelbar oder mittelbar zwischen ihm und der ausländischen Person bestehen und bestanden haben. Kommt der Steuerpflichtige diesem Benennungsverlangen nicht nach, ist das Finanzamt berechtigt, im Rahmen pflichtgemäßem Ermessens den Betriebsausgabenabzug zu versagen.³⁶

Als besondere Dokumentationspflicht ist zu nennen, dass der Steuerpflichtige über die Art und den Inhalt seiner Geschäftsbeziehungen Aufzeichnungen zu erstellen hat. Die Aufzeichnungspflicht umfasst neben der Darstellung der Geschäftsvorfälle (Sachverhaltsdokumentation) auch die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen für eine den Fremdvergleichsgrundsatz beachtende Vereinbarung von Bedingungen, insbesondere Preisen (Verrechnungspreisen), sowie insbesondere Informationen zum Zeitpunkt der Verrechnungspreisbestimmung, zu verwendeten Verrechnungspreismethoden und zu den verwendeten Fremdvergleichsdaten (Angemessenheitsdokumentation), § 90 Abs. 3 AO. Außerdem müssen die Ergebnisse der Buchführung ausländischer Betriebsstätten sowie bei Organgesellschaften in die Buchführung des einheimischen Unternehmens übernommen werden, soweit sie für die Besteuerung von Bedeutung sind, § 146 Abs. 2 AO. Multinationale Unternehmensgruppen haben des Weiteren gem. § 138a AO einen jährlichen länderbezogenen Bericht zu erstellen.

Letztlich können die nationalen Finanzbehörden ausländische Behörden um die Vornahme von Ermittlungen (Rechts- und Amtshilfe) ersuchen, § 117 Abs. 1 AO.

³⁶ So auch *Ruge*, in: Haase, AStG/DBA Kommentar, § 16 AStG Rn. 23.

Die ausländische Behörde teilt der inländischen Behörde ggf. das Ergebnis ihrer Ermittlungen mit und versetzt diese damit in die Lage, die Besteuerung durchzuführen.

Die oben genannten Vorschriften schließen sich nicht gegenseitig aus, sodass der Behörde bei ihren Ermittlungen mehrere Gesetzesgrundlagen zur Verfügung stehen können.³⁷ In einzelnen Fällen, machen gesetzliche Regelungen die Steuerfolgen von der konkreten steuerlichen Behandlung im Ausland abhängig (vgl. hierzu im Einzelnen die Ausführungen unter Teil I - Nr. 5). Soweit dies der Fall ist, bemühen sich die deutschen Finanzbehörden besonders intensiv darum, die steuerliche Behandlung im Ausland aufzuklären. Im Regelfall wird der Steuerpflichtige aufgefordert, die steuerliche Behandlung im Ausland nachzuweisen. Gelingt der Nachweis nicht, wird die Anwendung steuermindernder Vorschriften regelmäßig versagt.

Teil I - Nr. 4

Frage: *Unabhängig der exakten nationalen Regelungen in den oben beschriebenen Situationen kann der Fall auftreten, in dem – im Nachhinein – die von den Steuerbehörden gegebene Bestätigung inkorrekt war. Sei es, weil die nationalen Gerichte in der Zwischenzeit neue Urteile erlassen haben, sei es, weil neue Tatsachen darauf hindeuten, dass die Gewinne anders hätten gedeutet werden müssen. Könnten Sie bitte auf die Frage eingehen, unter welchen Umständen die Steuerbehörden durch einen Entscheid oder eine andere Art von im Vorab gegebener Rechtssicherheit an diesen gebunden sind (oder nicht)?*

a) Verbindliche Auskunft

Die von der zuständigen Finanzbehörde erteilte verbindliche Auskunft nach § 89 Abs. 2 AO ist für die Besteuerung des Steuerpflichtigen grundsätzlich bindend, wenn der später verwirklichte Sachverhalt von dem der Auskunft zugrunde gelegten Sachverhalt nicht oder nur unwesentlich abweicht, § 2 Abs. 1 S. 1 StAuskV. Eine verbindliche Auskunft ist nach h.M. ein Verwaltungsakt.³⁸ Dies bedeutet, dass auch falsche (d.h. rechtswidrige) Auskünfte grds. wirksam und somit bindend sind, § 124 Abs. 2 AO. Anderes gilt nach allgemeinen Regeln, wenn die Auskunft an derart schwerwiegenden Mängeln leidet, dass sie ausnahmsweise nach § 125 AO nichtig ist. Außerdem ist die besondere Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 1 S. 2 StAuskV zu beachten, wonach eine verbindliche Auskunft nicht bindend ist, wenn sie zuungunsten des Steuerpflichtigen dem geltenden Recht widerspricht. Die Bindungswirkung der verbindlichen Auskunft entfällt ab dem

37 Ruge, in: Haase, AStG/DBA Kommentar, § 16 AStG Rn. 2.

38 So auch Söhn in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 239. Lieferung, § 89 AO Rn. 246; BMF, Schreiben vom 31.01.2014, IV A 3-S 0062/14/10002, BStBl. I 2014, 290 (360/Tz. 3.5.5).

Zeitpunkt, in dem die Rechtsvorschriften, auf denen die verbindliche Auskunft beruht, aufgehoben oder geändert werden, § 2 Abs. 2 StAuskV. Zu beachten ist, dass eine Änderung der Auffassung der Finanzverwaltung oder der Rechtsprechung keine Änderung von Rechtsvorschriften darstellt, weil sie nur die von Anfang an bestehende Rechtslage klarstellt und selbst nicht ändert.³⁹ Die verbindliche Auskunft kann jederzeit berichtigt werden, wenn eine offensichtliche Unrichtigkeit beim Erlass der verbindlichen Auskunft unterlaufen ist, § 129 AO. Die Rücknahme einer bereits im Zeitpunkt der Auskunftserteilung rechtswidrigen Auskunft mit Wirkung für die Vergangenheit kommt nach § 130 Abs. 2 AO in Betracht, wenn die Auskunft von einer sachlich unzuständigen Behörde erlassen worden ist; die Auskunft durch unlautere Mittel wie arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt worden ist; der Begünstigte die Auskunft durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlichen Beziehung unrichtig oder unvollständig waren; wenn die Rechtswidrigkeit dem Begünstigten bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt war. Eine rechtmäßige verbindliche Auskunft darf nach § 131 Abs. 2 AO ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft nur widerrufen werden, wenn der Widerruf durch Rechtsvorschrift zugelassen oder im Verwaltungsakt vorbehalten ist; wenn mit der verbindlichen Auskunft eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat; wenn die Finanzbehörde auf Grund nachträglich eingetreterener Tatsachen berechtigt wäre, die verbindliche Zusage nicht zu erlassen und wenn ohne dem Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde. Eine verbindliche Auskunft kann über die Fälle der §§ 129 - 131 AO hinaus nach § 2 Abs. 3 StAuskV mit Wirkung für die Zukunft aufgehoben oder geändert werden, falls sich herausstellt, dass die erteilte Auskunft unrichtig war. Das ist der Fall, wenn sie ohne Rechtsgrundlage oder unter Verstoß gegen materielle Rechtsnormen erlassen worden oder ermessensfehlerhaft ist.⁴⁰ Hat das Finanzamt eine ggf. rechtswidrige Auskunft nicht vor der Veranlagung geändert oder aufgehoben, muss es die Veranlagung auf der Grundlage der erteilten Auskunft durchführen.

b) Vorabzusage über Verrechnungspreise

Die Finanzbehörden sind an die Vorabzusage über Verrechnungspreise zwischen international verbundenen Unternehmen gebunden, wenn der zugrunde gelegte Sachverhalt erfüllt ist und die Gültigkeitsbedingungen eingehalten wurden.⁴¹ Wegen ihrer spezifischen Anforderungen sind sie auch nur für die in ihr definierten Geschäftsarten und nur im Verhältnis zu dem anderen Staat, mit dem die Verständigungsvereinbarung getroffen wurde, bindend. Für Geschäfte im Verhältnis zu

39 BMF, Schreiben vom 31.1.2014, IV A 3-S 0062/14/10002, BStBl. I 2014, 290 (361/Tz. 3.6.6); Söhn, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 239, Lieferung, § 89 AO Rn. 288.

40 BMF, Schreiben vom 31.1.2014, IV A 3-S 0062/14/10002, BStBl. I 2014, 290 (316/Tz. 3.6.6).

41 BMF, Schreiben vom 5.10.2006, IV B 4-S 1341-38/06, BStBl. I 2006, 594 (601/Tz. 6.3).

anderen Staaten ist die Vereinbarung formell nicht bindend, auch wenn die Sachverhalte vergleichbar sind.⁴² Andererseits ist der Antragsteller aufgrund der verbindlichen Zusage nicht verpflichtet, den Sachverhalt zu verwirklichen, der der Vorabzusage zu Grunde gelegt worden ist.⁴³ Verwirklicht der Steuerpflichtige den Sachverhalt, der der Vorabzusage zugrunde gelegt wurde, ist auch er an die Vereinbarung der Vorabzusage, die er veranlasst und der er ausdrücklich zugestimmt hat, gebunden.⁴⁴ Verwirklicht der Steuerpflichtige nicht den Sachverhalt, der der Vorabzusage zu Grunde gelegt worden ist, dann werden sowohl die Vorabverständigungsvereinbarung als auch die Vorabzusage gegenstandslos und entfalten keinerlei Rechtswirkung.⁴⁵

Werden Gültigkeitsbedingungen in wesentlichen Punkten nicht erfüllt, ist dem APA die Grundlage entzogen; die Vorabzusage kann auf den Zeitpunkt, ab dem die Gültigkeitsbedingungen nicht (mehr) erfüllt sind, widerrufen werden. Bei unwesentlichen Abweichungen kann das BZSt in Abstimmung mit der zuständigen obersten Landesfinanzbehörde die Vorabverständigungsvereinbarung fort gelten lassen oder nach (schriftlicher) Konsultation mit dem anderen Staat im Einvernehmen mit dem Steuerpflichtigen entsprechend anpassen.⁴⁶

Nach Ansicht der deutschen Finanzverwaltung stellt die Vorabzusage einen eigenständigen Verwaltungsakt dar⁴⁷, sodass die Vorschriften zur Berichtigung, Rücknahme und Wiederruf ebenfalls Anwendung finden. Dabei ist jedoch die Wahrung der Vorabverständigung mit dem anderen Staat und den von dem Antragsteller abzugebenden Verzicht auf die Einlegung eines Einspruchs gegen Steuerbescheide, die die Ergebnisse der Vorabverständigung für die Laufzeit zutreffend umsetzen, zu beachten.⁴⁸

Teil I - Nr. 5

Frage: In jüngsten Entscheidungen hat die Kommission die Anwendung einer einseitigen Leistungsverrechnung durch die Steuerbehörden kritisiert, da die fraglichen Steuerbehörden nicht überprüfen, ob die grenzüberschreitenden Gewinne eventuell in dem Bestimmungsland besteuert werden.

Wird in Ihrem Land überprüft, ob übriggebliebene Gewinne von einem anderen Land besteuert werden? Wenn ja, bestehen in Ihrem Land Korrektur-Mechanismen die es erlauben, dass diese in Ihrem Land versteuert werden, um so eine doppelte Nichtbesteuerung zu verhindern?

42 So auch Frotscher, Internationales Steuerrecht, 4. Auflage, Rn. 1264.

43 BMF, Schreiben vom 5.10.2006, IV B 4-S 1341-38/06, BStBl. I 2006, 594 (601/Tz. 6.4).

44 BMF, Schreiben vom 5.10.2006, IV B 4-S 1341-38/06, BStBl. I 2006, 594 (601/Tz. 6.4).

45 BMF, Schreiben vom 5.10.2006, IV B 4-S 1341-38/06, BStBl. I 2006, 594 (602/Tz. 6.5.1).

46 BMF, Schreiben vom 5.10.2006, IV B 4-S 1341-38/06, BStBl. I 2006, 594 (602/Tz. 6.5.2).

47 Liebchen in: Schönfeld/Ditz, Doppelbesteuerungsabkommen, Artikel 25 DBA Rn. 362 ff.

48 BMF, Schreiben vom 5.10.2006, IV B 4-S 1341-38/06, BStBl. I 2006, 594 (600/Tz. 4.5 ff.).

1. Bilaterale Vermeidung von doppelter Nichtbesteuerung

Wie oben bereits beschrieben, ist die deutsche Finanzverwaltung grundsätzlich von Amts wegen verpflichtet – im Rahmen ihrer Ermittlungsmöglichkeiten – alle für eine gleich- und gesetzesmäßige Besteuerung relevanten Tatsachen zu ermitteln und zu berücksichtigen, §§ 85, 88 Abs. 1 AO. Dazu gehört auch die Tatsache, ob alle relevanten Einkünfte eines Steuerpflichtigen im Ausland besteuert wurden.⁴⁹

Das deutsche Steuerrecht sieht eine Reihe von Korrekturvorschriften sowohl auf bilateraler als auch auf unilateraler Ebene vor, um abkommensbedingte doppelte Nichtbesteuerungen (sog. „weiße Einkünfte“) zu vermeiden.⁵⁰ Bei abkommensbedingter doppelter Nichtbesteuerung ist zu beachten, dass deren Entstehungsgründe vielfältig sein können⁵¹ und nicht immer unbeabsichtigt sind.⁵² Grundsätzlich entspricht es jedoch – wie das Bundesministerium der Finanzen klarstellt – der deutschen Steuerpolitik, die doppelte Nichtbesteuerung zu verhindern.⁵³

Die deutsche Steuerpolitik ist bereits beim Abschluss von Doppelbesteuerungsabkommen (im Folgenden: DBA) bemüht, eine Nichtbesteuerung auf bilateralem Wege durch die Aufnahme von geeigneten Klauseln zu verhindern. Solche Klauseln gibt es viele, die im jeweiligen Einzelfall stark variieren und dem jeweiligen Partnerstaat individuell angepasst sein können.⁵⁴ Beispielhaft sollen die sog. „*Subject-to-tax*“-Klauseln, „*Switch-over*“-Klauseln, *Notifikationsklauseln* und *Aktivitätsklauseln* genannt werden.

„*Subject-to-tax*“-Klauseln⁵⁵ sehen, wenn gemäß dem jeweiligen DBA die Freistellung von bestimmten Einkünften nach der Freistellungsmethode vereinbart wurde, der Quellenstaat den Steuerpflichtigen aber tatsächlich nicht besteuert („*effectively taxed*“)⁵⁶, vor, dass dann der Ansässigkeitsstaat die Besteuerungskompetenz gemäß der Klausel zurücklangt, um den eigentlich freigestellten Steuerpflichtigen doch noch besteuern zu können. Sinn und Zweck der Klausel ist, die Fälle der abkommensbedingten doppelten Nichtbesteuerung zu verhin-

49 So auch *Hendricks*, Gerichtlicher Rechtsschutz im internationalen Auskunftsverkehr, StuW 2018, 350 (351); *Söhn* in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 220. Lieferung, § 90 AO Rn. 140.

50 Vgl. bspw. DBA Großbritannien 2010, Art. 23 Abs. 1 lit. a; DBA Russland, Art. 23 II e; §§ 50d Abs. 8, Abs. 9, Abs. 11 EStG; § 8b Abs. 1 S. 2 und 3 KStG; § 20 Abs. 2 ASTG.

51 Beispieleweise als Folge von Qualifikationskonflikten, durch Steuerhinterziehung und Steuerverkürzung, durch vereinbarte doppelte Besteuerung und durch einseitig induzierter doppelter Besteuerung. Ausführlich dazu, *Jankowiak*, Doppelte Besteuerung im Internationalen Steuerrecht, S. 34 ff.

52 Bspw. vereinbarte doppelte Besteuerungen auf Grund von fiktiven Steueranrechnungen. Ausführlich dazu, *Jankowiak*, Doppelte Besteuerung im Internationalen Steuerrecht, S. 69 ff.

53 Vgl. Präambel der Verhandlungsgrundlage für Doppelbesteuerungsabkommen im Bereich der Steuern vom Einkommen und Vermögen, *BMF*, vom 22.08.2013, IV B 2 - S 1301 - 13/10009, eingesehen unter: [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Internationales_Steuerrecht/Allgemeine_Informationen/2013-08-22-Verhandlungsgrundlage-DBA-deutsch.html](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Internationales_Steuерrecht/Allgemeine_Informationen/2013-08-22-Verhandlungsgrundlage-DBA-deutsch.html), 29.11.2018, 18.01 Uhr.

54 *Jankowiak*, Doppelte Besteuerung im Internationalen Steuerrecht, S. 202.

55 Diese ist z.B. enthalten in DBA Großbritannien 2010, Art. 23 Abs. 1 lit. a und DBA Luxemburg, Art. 22 Abs. 1 lit. a. Eine Übersicht kann eingesehen werden bei *Prokisch*, in: *Vogel/Lehner*, DBA Kommentar, 6. Auflage, OECD-MA 2005 Art. 1 Rn. 135e ff.

56 Vgl. DBA Großbritannien 2010, Art. 23 Abs. 1 lit. a.

dern, die dadurch entstehen, dass einer der Staaten das ihm zugewiesene Besteuerungsrecht aus Gründen innerstaatlichen Rechts nicht in Anspruch nimmt, ein negativer Qualifikationskonflikt vorliegt oder wenn der Steuerpflichtige durch Steuerverkürzung eine Nichtbesteuerung herbeiführt.⁵⁷

„Switch-over“-Klauseln⁵⁸ werden aufgenommen, wenn ein Staat sich – bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen – die Option offen halten will, von der eigentlich vorgesehenen Freistellungsmethode zur Anrechnungsmethode überzugehen. Dies ist meistens der Fall, wenn in dem anderen Vertragsstaat Einkünfte oder Vermögen unterschiedlichen Abkommensbestimmungen zugeordnet oder verschiedenen Personen zugerechnet werden, sich dieser Konflikt nicht durch ein Verständigungsverfahren beseitigen lässt und dadurch eine doppelte Nichtbesteuerung oder eine „zu niedrige Besteuerung“ droht.⁵⁹ Sollte ein Staat von der Klausel Gebrauch machen, dann kann er von der Freistellungs- zur Anrechnungsmethode wechseln. *Notifikationsklauseln*⁶⁰ sind im Grunde „Switch-over“-Klauseln, die aber nicht vergangenheitsbezogen, sondern zukunftsbezogen sind. Solche Klauseln lassen dem anwendenden Staat die Option offen, dem anderen Vertragsstaat im Wege der diplomatischen Notifikation Einkünfte mitzuteilen, auf die künftig nicht mehr die Freistellungs-, sondern die Anrechnungsmethode anzuwenden sein soll.⁶¹ *Aktivitätsklauseln*⁶² besagen, dass die Anwendung der Freistellungsmethode für bestimmte Einkünfte nur gewährt wird, wenn im Quellenstaat tatsächlich eine „aktive“ Wirtschaftstätigkeit ausgeübt wird. Sollte keine aktive Wirtschaftstätigkeit ausgeübt werden, dann findet für die Einkünfte nicht die Freistellungsmethode, sondern die Anrechnungsmethode Anwendung.⁶³

2. Unilaterale Vermeidung doppelter Nichtbesteuerung

Auf unilateraler Ebene hat der Gesetzgeber Normen geschaffen, die bei ihrer Ein schlägigkeit die vorhandenen Bestimmungen in den DBA bewusst übergehen („Treaty Override“), um eine doppelte Nichtbesteuerung zu vermeiden. Im Grunde handelt es sich bei diesen Normen um innerstaatliche „Subject-to-tax“-Regeln⁶⁴ und „Switch-over“-Vorschriften⁶⁵, die allerdings abkommens- und damit völkerrechtswidrig sind. Innerstaatlich ist ein solcher Treaty Override nach der

57 Jankowiak, Doppelte Nichtbesteuerung im Internationalen Steuerrecht, S. 173.

58 Z.B. enthalten in DBA Russland, Art. 23 Abs. 2 lit. e. Eine Übersicht kann eingesehen werden bei Prokisch, in: Vogel/Lehner, DBA Kommentar, 6. Auflage, OECD-MA 2005 Art. 1 Rn. 136b ff.

59 Vgl. Prokisch, in: Vogel/Lehner, DBA Kommentar, 6. Auflage, OECD-MA 2005 Art. 1 Rn. 136c.

60 Z.B. enthalten im DBA Russland Art. 23 Abs. 2 lit. e.

61 Schönfeld/Häck, in: Schönfeld/Ditz, Doppelbesteuerungsabkommen, Systematik DBARn. 17; Prokisch, in: Vogel/Lehner, DBA, 6. Auflage, OECD-MA 2005 Art. 1 Rn. 136d; Jankowiak, Doppelte Nichtbesteuerung im Internationalen Steuerrecht, S. 196.

62 Enthalten z. B. in DBA Schweiz, Art. 24.

63 Schönfeld/Häck, in: Schönfeld/Ditz, Doppelbesteuerungsabkommen, Systematik DBARn. 18; Prokisch, in: Vogel/Lehner, DBA, 6. Auflage, OECD-MA 2005 Art. 1 Rn. 145.

64 Vgl. z.B. § 50d Abs. 8 EStG.

65 Vgl. z.B. § 20 Abs. 2 AStG, § 50d Abs. 9 S. 1 Nr. 1 EStG.

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁶⁶ in Deutschland verfassungskonform, da das materielle Steuergesetz (z.B. § 50 d EStG) und das DBA auf derselben Rangstufe stehen (vgl. Art. 59 Abs. 2 Grundgesetz) und das spätere Gesetz dem früheren vorgeht (lex posterior derogat legi priori). Zu nennen sind im deutschen Recht als Beispiele insbesondere §§ 50d Abs. 8, Abs. 9 Nr. 1, 2 EStG, § 8b Abs. 1 S. 2 und 3 KStG sowie § 20 Abs. 2 AStG.

Gemäß § 50d Abs. 8 EStG werden Einkünfte eines unbeschränkt steuerpflichtigen aus nichtselbständiger Arbeit, die nach einem DBA von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer auszunehmen sind, ungeachtet des Abkommens nur freigestellt, soweit der Steuerpflichtige nachweist, dass der Staat, dem nach dem Abkommen das Besteuerungsrecht zusteht, auf dieses Besteuerungsrecht verzichtet hat oder dass die in diesem Staat auf die Einkünfte festgesetzten Steuern entrichtet wurden. Andernfalls wird die Freistellung im Umkehrschluss nicht gewährt. Dies bedeutet, dass Deutschland sich das Recht der Besteuerung vorbehält.⁶⁷ Mit der Norm soll verhindert werden, dass Einkünfte aus grenzüberschreitender nichtselbständiger Arbeit nicht besteuert werden, weil Deutschland als Ansässigkeitsstaat nach einem DBA freistellt, obwohl der Steuerpflichtige die Einkünfte im Tätigkeitsstaat pflichtwidrig nicht erklärt hat und dieser Staat deshalb seinen Steueranspruch nicht durchsetzen kann.⁶⁸

Gemäß § 50d Abs. 9 Nr. 1 EStG werden Einkünften eines unbeschränkt steuerpflichtigen, welche nach einem DBA von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer auszunehmen sind, ungeachtet des Abkommens nicht freigestellt, wenn der andere Staat die Bestimmungen des Abkommens so anwendet, dass die Einkünfte in diesem Staat von der Besteuerung auszunehmen sind oder nur zu einem durch das Abkommen begrenzten Steuersatz besteuert werden können. Sollte das der Fall sein, dann findet ein Übergang von der Freistellungs- zur Anrechnungsmethode statt.⁶⁹ Dadurch sollen Fälle der doppelten Nichtbesteuerung verhindert werden, die auf Qualifikationskonflikten beruhen.⁷⁰

Gemäß § 50d Abs. 9 S. 1 Nr. 2 EStG werden Einkünfte eines unbeschränkt steuerpflichtigen, die nach einem DBA von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer auszunehmen sind, ungeachtet des Abkommens nicht freigestellt, wenn die Einkünfte in dem anderen Staat nur deshalb nicht steuerpflichtig sind, weil sie von einer Person bezogen werden, die in diesem Staat nicht auf Grund ihres Wohnsitzes, ständigen Aufenthalts, des Ortes ihrer Geschäftsleitung, des Sitzes oder eines ähnlichen Merkmals unbeschränkt steuerpflichtig ist. Es soll eine abkommensbedingte doppelte Nichtbesteuerung vermieden werden, weil der andere

66 BVerfG, Beschluss vom 15.12.2015, 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1 (1).

67 So auch Jankowiak, Doppelte Nichtbesteuerung im Internationalen Steuerrecht, S. 221.

68 Deutscher Bundestag, Drucksache 15/1562 vom 23.09.2003, S. 39.

69 So auch Gosch, in: Kirchhof, Einkommensteuergesetz Kommentar, 17. Auflage, § 50d EStG Rn. 35a.

70 Deutscher Bundestag, Drucksache 16/2712 vom 25.09.2006, S. 16; Jankowiak, Doppelte Nichtbesteuerung im Internationalen Steuerrecht, S. 228.

Staat aufgrund seines nationalen Rechts bestimmte Einkünfte bei beschränkt Steuerpflichtigen nicht erfasst.⁷¹

Gemäß § 50d Abs. 11 EStG werden Dividenden - die beim Zahlungsempfänger nach einem DBA von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer auszunehmen sind - ungeachtet des Abkommens nur insoweit freigestellt, als die Dividenden nach deutschem Steuerrecht nicht einer anderen Person zuzurechnen sind. So weit die Dividenden nach deutschem Steuerrecht einer anderen Person zuzurechnen sind, werden sie bei dieser Person freigestellt, wenn sie bei ihr als Zahlungsempfänger nach Maßgabe des Abkommens freigestellt würden.

§ 8b Abs. 1 S. 2 und 3 KStG finden für den Fall Anwendung, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung bei der Ermittlung des Einkommens einer leistenden ausländischen Gesellschaft abgezogen werden kann. Sollte dies der Fall sein, ist das abkommensrechtliche internationale Schachtelprivileg zu versagen, so dass die im Ausland gezahlte Quellensteuer angerechnet werden kann, soweit für die Vergütung deutsche Körperschaftsteuer anfällt.⁷² Es sollen also doppelte Nichtbesteuерungen aufgrund von entsprechenden negativen Qualifikationskonflikten verhindert werden.

Gemäß § 20 Abs. 2 AStG sollen Einkünfte, die in der ausländischen Betriebsstätte eines unbeschränkt Steuerpflichtigen anfallen und als Zwischeneinkünfte steuerpflichtig sind, falls die Betriebsstätte eine ausländische Gesellschaft wäre, nicht nach der Freistellungsmethode sondern nach der Anrechnungsmethode behandelt werden.

Teil I - Nr. 6

Frage: Wenn es darum geht, Gewinne innerhalb einer juristischen Person, die grenzüberschreitend handelt, zuzuordnen, so sind einige Länder dazu übergegangen, diese Gewinne den „Headquarters“ (dem Hauptsitz) zuzuordnen, es sei denn, es handelt sich eindeutig um Gewinne, die lokalen Tätigkeiten entspringen (die „Betriebsstätte“).

Wendet Ihr Land irgendeine Art von Standardregel an, wenn es darum geht, Gewinne zuzuordnen?

a) Unilaterale Ebene

Auf unilateraler Ebene wendet Deutschland bei der Zuordnung von Gewinnen zwischen dem Stammhaus und der Betriebsstätte einer grenzüberschreitend handelnden juristischen Person den Fremdvergleichsgrundsatz nach § 1 Abs. 1 und 5 AStG an. Der Fremdvergleichsgrundsatz besagt, dass Einkünfte eines Steuer-

71 Deutscher Bundestag, Drucksache 16/2712 vom 25.09.2006, S. 62; Jankowiak, Doppelte Nichtbesteuerung im Internationalen Steuerrecht, S. 247 ff.

72 Schönfeld/Häck, in: Schönfeld/Ditz, Doppelbesteuerungsabkommen, Artikel 23A DBA Rn. 71.

pflichtigen aus einer Geschäftsbeziehung zum Ausland mit einer ihm nahe stehenden Person nicht dadurch gemindert werden dürfen, dass der Steuerpflichtige seiner Einkünfteermittlung andere Bedingungen, insbesondere Preise (Verrechnungspreise), zugrunde legt, als sie voneinander unabhängige Dritter unter gleichen oder vergleichbaren Verhältnissen vereinbart hätten.⁷³ Überhöhte Ausgaben bzw. zu niedrigen Ausgaben sind nicht durch die erwerbswirtschaftliche Betätigung veranlasst, sondern allein durch die Absicht, günstig internationalsteuerrechtliche Bedingungen auszunutzen. Der Fremdvergleichsgrundsatz gilt gem. § 1 Abs. 5 AStG auch für die Aufteilung der Einkünfte zwischen einem inländischen Stammhaus und seiner ausländischen Betriebsstätte oder der Ermittlung der Einkünfte der inländischen Betriebsstätte eines ausländischen Stammhauses. Um den Fremdvergleichsgrundsatz bei der Gewinnzuordnung einer juristischen Person anwenden zu können, muss die Betriebsstätte grundsätzlich wie ein eigenständiges und unabhängiges Unternehmen behandelt werden, § 1 Abs. 5 S. 2 AStG. Um die Betriebsstätte wie ein eigenständiges und unabhängiges Unternehmen zu behandeln, sind ihr in einem ersten Schritt zuzuordnen: 1. die Funktionen des Unternehmens, die durch ihr Personal ausgeübt werden (Personalfunktion), 2. die Vermögenswerte des Unternehmens, die sie zur Ausübung der ihr zugeordneten Funktionen benötigt, 3. die Chancen und Risiken des Unternehmens, die sie auf Grund der ausgeübten Funktionen und zugeordneten Vermögenswerte übernimmt sowie 4. ein angemessenes Eigenkapital (Dotationskapital). Auf der Grundlage dieser Zuordnung sind in einem zweiten Schritt die Art der Geschäftsbeziehungen zwischen dem Unternehmen und seiner Betriebsstätte und die Verrechnungspreise für diese Geschäftsbeziehungen zu bestimmen, Art. 1 Abs. 5 S. 4 und 5 AStG. Genaue Details regelt die Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung (BsGaV)⁷⁴.

b) Bilaterale Ebene

Auf bilateraler Ebene sehen die von Deutschland geschlossenen DBA eine Besteuerung der Gewinne eines Unternehmens dort vor, in dessen Vertragsstaat das Unternehmen gelegen ist, es sei denn, das Unternehmen übt seine Geschäftstätigkeit im anderen Vertragsstaat durch eine dort gelegene Betriebsstätte aus.⁷⁵ Übt das Unternehmen seine Geschäftstätigkeit auf diese Weise aus, so können die Gewinne, die der Betriebsstätte zugerechnet werden können, im anderen Staat besteuert werden.⁷⁶ Gewinne können einer Betriebsstätte zugerechnet werden, wenn die Gewinne, die die Betriebsstätte, insbesondere in ihren wirtschaftlichen Beziehungen mit anderen Teilen des Unternehmens, voraussichtlich erzielen würde,

73 Vgl. § 1 Abs. 1 AStG.

74 BGBII 2014, 1603.

75 Vgl. Art. 7 Abs. 1 Verhandlungsgrundlage für Doppelbesteuerungsabkommen im Bereich der Steuern vom Einkommen und Vermögen und Art. 7 Abs. 1 OECD-MA 2014.

76 Vgl. Art. 7 Abs. 1 Verhandlungsgrundlage für Doppelbesteuerungsabkommen im Bereich der Steuern vom Einkommen und Vermögen und so auch Art. 7 Abs. 1 OECD-MA 2014.

wenn sie ein selbständiges und unabhängiges Unternehmen wäre, das die gleichen oder ähnlichen Tätigkeiten unter den gleichen oder ähnlichen Bedingungen ausübt, unter Berücksichtigung der von dem Unternehmen durch die Betriebsstätte und durch die anderen Teile des Unternehmens ausgeübten Funktionen, genutzten Vermögenswerten und übernommenen Risiken.⁷⁷ Folglich wendet Deutschland auch auf bilateraler Ebene den Fremdvergleichsgrundsatz bei der Gewinnzuordnung innerhalb einer juristischen Person an.

Teil I - Nr. 7

Frage: In den oben genannten Steuerfällen hat die Kommission argumentiert, dass der Fremdvergleichsgrundsatz („at arm's lenght principle“) unmittelbar aus der Anwendung des Artikel 107 AEUV folgt, unabhängig davon, ob oder unter welchen Umständen ein derartiges Prinzip im Lichte des nationalen Steuerrechts gesehen werden muss.

Hat Ihr Land irgendeine Art von Fremdvergleichspreis/Transferpreisprinzip angewandt, sei es durch formelle Normen, sei es durch reine Anwendung in der Praxis? Gibt es, in welchem der oben genannten Fällen auch immer, eine Verbindung zu den OECD Transferpreis-Richtlinien?

Wie oben bereits beschrieben, wendet Deutschland den Fremdvergleichsgrundsatz („at arm's lenght principle“) direkt an, sowohl auf bilateraler Ebene als auch auf unilateraler Ebene.⁷⁸

Im Einzelnen besagt das deutsche Außensteuergesetz, dass die Verrechnungspreise vorrangig nach der Preisvergleichsmethode, der Wiederverkaufsmethode oder der Kostenaufschlagsmethode zu bestimmen sind, wenn Fremdvergleichswerte ermittelt werden können, die nach Vornahme sachgerechter Anpassung im Hinblick auf die ausgeübten Funktionen, die eingesetzten Wirtschaftsgüter und die übernommenen Chancen und Risiken für diese Methoden uneingeschränkt vergleichbar sind, Art. 1 Abs. 3 AStG (uneingeschränkter tatsächlicher Fremdvergleich). Sind solche Fremdvergleichswerte nicht zu ermitteln, sind eingeschränkt vergleichbare Werte nach Vornahme sachgerechter Anpassungen der Anwendungen einer geeigneten Verrechnungspreismethode zugrunde zu legen (eingeschränkter tatsächlicher Fremdvergleich), § 1 Abs. 3 AStG.

Können keine eingeschränkt vergleichbaren Fremdvergleichswerte festgestellt werden, hat der Steuerpflichtige für seine Einkünfteermittlung einen hypothetischen Fremdvergleich durchzuführen, § 1 Abs. 3 S. 5 AStG. Dazu hat der Steuerpflichtige auf Grund einer Funktionsanalyse und innerbetrieblicher Planrechnung den Mindestpreis des Leistenden und den Höchstpreis des Leistungsempfängers

77 Vgl. Art. 7 Abs. 2 Verhandlungsgrundlage für Doppelbesteuerungsabkommen im Bereich der Steuern vom Einkommen und Vermögen und Art. 7 Abs. 2 OECD-MA 2014.

78 Vgl. Art. 7 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 1 Verhandlungsgrundlage für Doppelbesteuerungsabkommen im Bereich der Steuern vom Einkommen und Vermögen; Art. 7 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 1 OECD-MA 2014; § 1 Abs. 1 und 5AStG.

unter Berücksichtigung funktions- und risikoadäquater Kapitalisierungszinssätze zu ermitteln (hypothetischer Fremdvergleich). Die grundlegenden Regeln des § 1 AStG gehen auf die Entwicklung im internationalen Steuerrecht zurück. In Deutschland wurde der Fremdvergleichsgrundsatz mit dem Jahressteuergesetz 2008⁷⁹ in § 1 AStG eingeführt. Die Definition des Fremdvergleichsgrundsatzes im deutschen Recht knüpft an die entsprechende Definition der OECD-Verrechnungspreisrichtlinie an.⁸⁰

Teil I - Nr. 8

Frage: *Im Prozess der Feststellung, welcher Anteil an Gewinn in einem Land zu versteuern ist, können sowohl die Steuerbehörden als auch das Steuersubjekt selbst zum Schluss kommen, dass Gewinne oder Kosten unter – oder überbewertet wurden. Das kann vor Allem in konzerninternen Situationen vorkommen. In Abwesenheit jedwelcher Anpassung kann die Summe der steuerunterworfenen Gewinne im Vergleich zum Fremdvergleich zu hoch oder zu niedrig sein.*

Erlaubt Ihr Land unilaterale Anpassungen der Gewinne, sowohl nach oben als auch nach unten gerichtet?

Die deutschen Finanzbehörden sind gem. §§ 85, 88 Abs. 1 AO verpflichtet, eine gleich- und gesetzmäßige Besteuerung sicherzustellen. Dazu gehört, dass alle steuerungsrelevanten Tatsachen berücksichtigt werden. Sollte die Finanzbehörde zu der Einschätzung gelangen, dass die Höhe des Gewinns durch bspw. unzutreffende Verrechnungspreise manipuliert wurde, dann kann sie das Ergebnis materiellrechtlich nach oben oder unten korrigieren. Dies geschieht vornehmlich auf Grund der Institute der verdeckten Gewinnausschüttung (vGA) und der verdeckten Einlage (vE) i.S.d. § 8 Abs. 3 S. 2 und 3 KStG.⁸¹

Die Sondervorschrift des § 1 Abs. 1 AStG greift ein, wenn die Gewinnzuordnung nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht und die Einkünfte des von der deutschen Steuerhoheit erfassten Steuerpflichtigen dadurch gemindert worden sind. Daher ist eine Korrektur nach § 1 Abs. 1 AStG nur in Fällen der Steuerminderung zu Lasten des inländischen Steueraufkommens möglich.⁸² Kraft erwähnt, dass in der Literatur geschätzt werde, dass 85% der internationalen Einkünftekorrekturen zwischen nahe stehenden Personen auf die Rechtsgrundlage der vGA (§ 8 Abs. 3 S. 2 KStG) und weitere 10% auf die Grundlage einer vE (§ 8 Abs. 3

79 BGBI 2007, 3150.

80 Wellens, Fremdvergleichsgrundsatz nach OECD und nach deutschem Recht – Gleichzeitig Vorstellung des Diskussionsentwurfs der OECD hinsichtlich der Überarbeitung der Kapitel U und III der OECD-Verrechnungspreisrichtlinie, IStR 2010, 153 (155).

81 Kraft, AStG Kommentar, § 1 Rn. 13.

82 Kraft, AStG Kommentar, § 1 Rn. 12; Scheffler, Besteuerung von Unternehmen I: Ertrag-, Substanz- und Verkehrsteuern, 13. AuflageRn. 944.

S. 3 KStG) gestützt werden. Für § 1 AStG verbliebe allenfalls 5% der gesamten Anwendungsfälle.⁸³

Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist die Berücksichtigung solcher Erkenntnisse vor der Steuerfestsetzung immer möglich. Sollte ein Steuerbescheid bereits erlassen worden sein, dann kommt eine Änderung des Steuerbescheids nach § 173 Abs. 1 AO in Betracht. Dafür müssten Tatsachen oder Beweismittel nachträglich bekannt werden, die zu einer höheren Steuer führen, oder soweit Tatsachen oder Beweismittel nachträglich bekannt werden, die zu einer niedrigeren Steuer führen und den Steuerpflichtigen kein grobes Verschulden daran trifft, dass die Tatsachen oder Beweismittel erst nachträglich bekannt wurden.

Teil I - Nr. 9

Frage: Ein vereinfachtes Beispiel: Ein Produkt wird von einem Unternehmen an ein anderes Unternehmen für 100 verkauft. Gemäß den Steuerbehörden des „verkaufenden Staats“ hätte der Fremdvergleichspreis 120 sein müssen und sie korrigieren den der Steuer unterworfenen Gewinn demgemäß.

Angenommen, der Käufer wäre in Ihrem Land ansässig. Unter welchen Umständen würden Ihre Steuerbehörden das Transferpreis-Resultat des anderen Landes akzeptieren – also eine Erhöhung steuerabsetzbarer Kosten – und eine Anpassung der steuerrechtlichen Gewinne nach unten vornehmen?

Das deutsche Bundesministerium der Finanzen weist in seinem Schreiben darauf hin, dass einseitige Berichtigungen der Einkünfte von international tätigen Personen durch die ausländische Steuerverwaltung Auswirkungen auf die deutsche Besteuerung dieser Person haben können, sodass die Berichtigungen und die Auswirkungen auf die deutsche Besteuerung ständig zu prüfen sind.⁸⁴ Solche einseitigen Berichtigungen sind demnach nur anzuerkennen, soweit sie nach deutschem Steuerrecht materiell- und verfahrensrechtlich zulässig sind.⁸⁵ Wie bereits erläutert, ist die Herabsetzung von steuerlichen Gewinnen möglich, wenn eine verdeckte Einlage vorliegt, denn diese darf gem. § 8 Abs. 3 S. 3 KStG das Einkommen nicht erhöhen. Wenn in dem eingangs zur Frage gestellten Fall die Konstellation vorliegt, dass die Geschäftszahlung vom ausländischen Unternehmen zum inländischen Unternehmen eine verdeckte Gewinnausschüttung vom Ausland ins Inland darstellt, dann bedeutet dies im Umkehrschluss, dass bei der inländischen Gesellschaft eine verdeckte Einlage vorliegt.⁸⁶ Die deutsche Finanzverwaltung ist dann bereits auf Grund des Grundsatzes der gleich- und gesetzmäßigen Besteuerung gem. § 85 AO verpflichtet die „wahrheitsgemäße“ Korrektur des Gewinns nach unten vorzunehmen.

83 Kraft, AStG Kommentar, § 1 Rn. 13.

84 BMF, Schreiben vom 12.04.2005, IV B 4-S 1341-1/05, BStBl. I 2005, 570 (599/Tz. 6.2.2).

85 BMF, Schreiben vom 12.04.2005, IV B 4-S 1341-1/05, BStBl. I 2005, 570 (599/Tz. 6.2.2).

86 So auch Baumhoff/Kluge, Ausländische Verrechnungspreiskorrekturen – Korrespondierende inländische Ge- genkorrekturen, FR 2015, 107 (108).

Sollte die ausländische Korrektur nach deutschem Steuerrecht jedoch nicht rechtmäßig sein, dann wird die deutsche Finanzverwaltung versuchen auf ein Verständigungs- bzw. Schiedsverfahren nach dem jeweils einschlägigen DBA bzw. der EU-Schiedskonvention hinzuwirken, denn nur derartige bilaterale Verfahren haben den Vorteil, dass – bei entsprechender Einigung – die Doppelbesteuerung wirksam beseitigt werden kann.⁸⁷

Ähnliches gilt, wenn ein Steuerpflichtiger ohne Beteiligung der deutschen Behörden ein einseitiges (unilaterales) „Advance Pricing Agreement“ (APA) mit einem anderen Staat nach dessen Recht abschließt und später die einseitige Bindung der örtlich zuständigen Finanzbehörde an das APA beantragt. Dann bindet das unilaterale APA die deutschen Finanzbehörden grundsätzlich nicht und wir nur anerkannt, wenn ohne besonderen Aufwand festgestellt werden kann, dass das APA mit dem anderen Staat deutsche Besteuerungsinteressen nicht beeinträchtigt.⁸⁸

Teil I - Nr. 10

Frage: *Viele Länder verfügen über generelle Missbrauchsbekämpfung-Vorschriften (general anti-abuserule „GAAR“) zusammen mit speziellen Rechtsvorschriften (lex specialis), die sich auf Unausgeglichenheit (Schuld/Kapital), Einschränkungen beim Zinsabzug oder Fremdvergleichspreis beziehen.*

Existieren in Ihrem Land solche Vorschriften? Wenn ja, ist es im Lichte Ihres Rechts erlaubt, diese Vorschriften auf einen Fall von Missbrauch anzuwenden, als eine Art von „back up“ zum lex specialis, das sich im gegebenen Fall als unzureichend herausgestellt hat?

Das deutsche Steuerrecht verfügt sowohl über eine generelle Missbrauchsvorschrift gem. § 42 AO als auch über eine Vielzahl von speziellen Missbrauchsvorschriften, die sich in DBA⁸⁹ und in vielen Einzelsteuergesetzen⁹⁰ wiederfinden.

Die generelle Missbrauchsvorschrift des deutschen Steuerrechts besagt, dass durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts das Steuergesetz nicht umgangen werden kann. Ein Missbrauch liegt vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind. Wenn ein Missbrauch im Sinne der ge-

⁸⁷ Baumhoff/Kluge, Ausländische Verrechnungspreiskorrekturen – Korrespondierende inländische Gegenkorrekturen, FR 2015, 107 (107).

⁸⁸ BMF, Schreiben vom 05.10.2006, IV B 4-S 1341-38/06, BStBl. I 2006, 594 (595/Tz. 1.2).

⁸⁹ Vgl. bspw. DBA-Dänemark, Art. 45 Abs. 2 lit. a.

⁹⁰ Vgl. bspw. § 3 Nr. 40 S. 3 u. 4 EStG, § 7b Abs. 1 S. 4 EStG, § 50c EStG, § 50d Abs. 1a EStG, § 15b EStG, § 3 Abs. 1 Nrn. 2-4, § 7 Abs. 1 Nrn. 2-7 ErbStG, § 1 Abs. 1 Nrn. 5-7, Abs. 2, Abs. 3 GrEStG, § 8b Abs. 4 KStG, § 10 Abs. 5 UStG oder § 18 Abs. 3 und § 22 UmwStG; Driien in: Tipke/Kruse, AO/FGO, 153. Lieferung, § 42 (bis 31.12.2007) AO Rn. 20.

nerellen Missbrauchsvorschrift vorliegt, dann entsteht der Steueranspruch so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht. Dies ergibt sich nunmehr ausdrücklich aus § 42 AO.

Wenn der Tatbestand einer Regelung in einem Einzelsteuergesetz erfüllt ist, die der Verhinderung von Steuerumgehung dient, so bestimmt sich die Rechtsfolge nach jener Vorschrift. Andernfalls entsteht der Steueranspruch beim Vorliegen eines Missbrauchs so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht.

Gemäß dem Finanzausschuss des Bundestages und der Steuerverwaltung ergibt sich für die Anwendung der Missbrauchsvorschriften eine „eindeutige Prüfungsreihenfolge“.⁹¹ Als erstes soll geprüft werden, ob das im Einzelfall anzuwendende Einzelsteuergesetz eine Regelung enthält, die der Verhinderung der Steuerumgehung dient. Ist dies der Fall, ist zu prüfen, ob die Tatbestandsmerkmale dieser Norm erfüllt sind. Wenn die Tatbestandsmerkmale der Norm erfüllt sind, dann richten sich die Rechtsfolgen alleine nach der einschlägigen Vorschrift des Einzelsteuergesetzes. Die generelle Missbrauchsvorschrift wird dann durch die spezielle Missbrauchsvorschrift ausdrücklich verdrängt und darf nicht mehr geprüft werden. Ist der Tatbestand der speziellen Norm dagegen nicht erfüllt, ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob ein Missbrauch im Sinne der allgemeinen Missbrauchsvorschrift vorliegt. In diesem Fall bestimmt sich das Vorliegen eines Missbrauchs allein nach den Voraussetzungen der allgemeinen Norm. Dies bedeutet, dass das Vorliegen einer einzelgesetzlichen Regelung, die der Verhinderung von Steuerumgehung dient, die Anwendbarkeit der generellen Missbrauchsvorschrift nicht grundsätzlich ausschließt.⁹² Folglich kann die allgemeine Missbrauchsvorschrift – um es mit der Formulierung der Frageauszudrücken – als eine Art „back up“ zur lex specialis insoweit verwendet werden, als dass die Tatbestandsmerkmale der speziellen Vorschrift nicht erfüllt sind.

Teil II - Nr. 11

Frage: *Die Mitgliedstaaten selbst werden beauftragt eine Rückforderungsentcheidung zu implementieren. Diese wird von nationalem Recht bestimmt sein. Einige Mitgliedstaaten benutzen zivilrechtliche Verfahren (ungerechtfertigte Bereicherung u.Ä.), andere haben spezielle verwaltungsrechtliche oder steuerrechtliche Verfahren vorgesehen. Man kann daraus sogar ein nur verfahrensrechtliches Problem machen und Entscheidungen der Kommission als Rechtsanspruch zur Schulleistung benutzen. Das Verfahren sollte so ausgelegt sein, dass die Wiedererlangung innerhalb von vier Monaten nach Entscheidungsbeschluss möglich ist.*

91 Die folgenden Ausführungen sind entnommen aus: Deutscher Bundestag, Drucksache 16/7036 vom 08.11.2007, S. 24 und BMF, Schreiben vom 31.01.2014, IV A3-S 0062/14/10002, BStBl. I 2014, 290 (312-314).

92 So auch Drißen, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, 149. Lieferung, Vorbemerkungen zur Neufassung durch das JStG 2008 § 42 (seit 1.1.2008) Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten Rn. 10.

Beschreiben Sie kurz ob, und wenn ja, Regelungen in Ihrem Land eingeführt wurden zur schnellen und effektiven Rückforderung staatlicher Beihilfen (fiskaler Art), die von der Kommission angeordnet wurden?

Wenn von der Europäischen Kommission die Rückforderung einer unionsrechtswidrigen staatlichen Beihilfe finanzieller Art angeordnet wird, dann ist Deutschland als Mitgliedstaat der Europäischen Union grundsätzlich gem. Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die Rückforderung der unionsrechtswidrigen staatlichen Beihilfe, zu erfüllen. Grundsätzlich erkennt der EuGH die sogenannte Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten an, d.h. das Verwaltungsverfahren einschließlich der zu wählenden Handlungsformen, des etwaigen Vertrauenschutzes und etwaiger Entscheidungsfristen richten sich nach dem jeweiligen nationalen Verwaltungsrecht. Das nationale Recht ist in Fällen mit Unionsrechtsbezug jedoch aus Gründen des sog. „effetutile“ zu modifizieren durch die unionsrechtlichen Gebote der Äquivalenz und der Effektivität. Das Äquivalenzgebot bedeutet, dass Fälle mit Unionsrechtsbezug nicht ungünstiger behandelt werden dürfen als rein nationale Fälle. Das Effektivitätsgebot verlangt, dass die Durchsetzung des Unionsrechts nicht praktisch unmöglich gemacht werden darf durch das nationale Verfahrensrecht; dabei erkennt allerdings auch das Unionsrecht Erfordernisse der Rechtssicherheit, auf denen z.B. Institute wie Bestands- oder Rechtskraft beruhen, grundsätzlich an.⁹³

Wenn eine staatliche Beihilfe (finanzieller Art) durch einen (Steuer-)Verwaltungsakt gewährt wurde, dann erfolgt die Rückforderung regelmäßig in zwei Schritten⁹⁴:

1. Der begünstigende Verwaltungsakt wird zurückgenommen oder korrigiert;
2. Durch einen zweiten Verwaltungsakt wird die Rückzahlung angeordnet, da nun der Rechtsgrund für die Beihilfe weggefallen ist.

Für die Rücknahme oder Korrektur des begünstigenden Verwaltungsakts wurden vom deutschen Gesetzgeber keine speziellen auf die Rücknahme von unionsrechtswidrigen Beihilfen zugeschnittenen Normen geschaffen. Stattdessen bedient sich die deutsche Finanzverwaltung der allgemeinen steuerverfahrensrechtlichen Regelungen gem. §§ 130 ff. AO (für Steuerverwaltungsakte) oder §§ 172 ff. AO (für Steuerbescheide oder gleichgestellte Bescheide). Gemäß den in der Rechtssache Alcan⁹⁵ zu § 48 VwVfG aufgestellten Grundsätzen ist die Finanzbehörden zur Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsakts auch dann verpflichtet, wenn die Frist zur Rücknahme (vgl. §§ 48 Abs. 4 VwVfG, 130 Abs. 3 AO) an sich abgelaufen ist;⁹⁶ auch ist Vertrauenschutz in der Regel ausgeschlossen, da der EuGH vom Begünstigten (Unternehmen) verlangt, sich zu vergewissern, ob das

93 Ausführlicher Wernsmann, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Auflage, § 30 Rn. 134.

94 Belfin, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Auflage, § 28 Rn. 264.

95 EuGH, Urteil vom 20.3.1997, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1607 - Alcan.

96 Näher Wernsmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaller, AO/FGO, 242. Lieferung, § 130 Rn. 95.

unionsrechtlich vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde.⁹⁷ Dies folgt aus einer unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts bzw. – soweit eine solche Auslegung nicht möglich ist – aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts (konkret: des Effektivitätsgebots). Soweit nicht die allgemeinen Aufhebungstatbestände der §§ 130, 131 AO, sondern die §§ 173 ff AO einschlägig sind (bei Aufhebung oder Änderung von Steuerbescheiden oder gleichgestellten Bescheiden, vgl. § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. d Hs. 2 AO), stellt sich das Problem, dass die deutschen Verfahrensvorschriften ihrem Wortlaut nach nicht zur Korrektur beihilfewidriger Steuerfestsetzungen ermächtigen. Eine Negativentscheidung der Kommission ist nach den allgemeinen Auslegungsregeln keine nachträglich bekannte gewordene „Tatsache“ im Sinne des § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO.⁹⁸ Zudem ist diese nicht „nachträglich bekannt geworden“, sondern „nachträglich entstanden“; für solche Fälle ist grundsätzlich § 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO einschlägig, der aber ebenfalls sachverhaltsbezogen auszulegen ist.⁹⁹ § 130 AO ist auf Steuerbescheide und gleichgestellte Bescheide nicht anwendbar, § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. d AO. Zur Rechtfertigung der unionsrechtlich gebotenen Rückgängigmachung beihilfewidriger Steuervergünstigungen bemühen nationale Gerichte daher den effet-utille-Grundsatz.¹⁰⁰ Kraft des Anwendungsvorrangs des Unionsrechtsrechts (konkret: des Effektivitätsgebots) ist nationales Recht insoweit unanwendbar, als es die Aufhebung unionsrechtswidriger Steuervergünstigungen in solchen Fällen gänzlich verhindert. Das Unionsrecht überspielt als nach im Ergebnis zutreffender Auffassung des BFH das nationale Recht. Auch in den Fällen der Erstattung einer entgegen Art. 110 AEUV erhobenen Abgabe kann der effetutile bedeutsam sein.¹⁰¹

Teil II - Nr. 12

Frage: Gab es irgendwelche Beispiele eines Falles in Ihrem Land, in dem ein nationales Gericht die (sofortige) Rückforderung einer staatlichen Beihilfe verweigert hat? Wenn ja, bitte beschreiben Sie diesen Fall.

Die Alcan Deutschland GmbH betrieb von 1979 bis 1987 eine Aluminiumhütte in Deutschland, deren Fortbestand 1982 wegen erheblicher Strompreiserhöhungen gefährdet war.¹⁰² Da die Alcan GmbH beabsichtigte, die Hütte zu schließen und die Verträge der 330 Arbeitnehmer zu kündigen, bot ihr die Landesregierung

97 Näher Wernsmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 242. Lieferung, § 130 Rn. 79 ff. mwN.

98 Die Kommissionsentscheidung stellt eine „rechtliche Würdigung“ und damit keine „Tatsache“ dar, vgl. v. Groll, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 249. Lieferung, § 173 AO Rn. 101 mwN.

99 Ebenso die Anwendung von § 175 Abs. 1 AO verneinend Grube, Der Einfluss des unionsrechtlichen Beihilfeverbots auf das deutsche Steuerrecht, S. 74.

100 BFH, Beschluss vom 30.1.2009, VII B 180/08, BFHE 224, 372 (376) wo die Notwendigkeit der „Durchsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsordnung“ betont wird.

101 Siehe Wernsmann, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Auflage, § 30 Rn. 137.

102 EuGH, Urteil vom 20.3.1997, Alcan, C-24/95, Slg. 1997, I-1609.

Rheinland-Pfalz eine Überbrückungsbeihilfe in Höhe von 8 Millionen DM zum Ausgleich der Stromkosten an, die sie dann auch auszahlte.¹⁰³ Die Kommission stellte 1985 fest, dass die Beihilfe unzulässig sei, da ihre Gewährung einen Verstoß gegen Art. 93 Abs. 3 EWG-Vertrag darstelle, und dass sie mit dem gemeinsamen Markt im Sinne des Art. 92 unvereinbar sei. Daher ordnete die Kommission die Rückforderung der Beihilfe an. Weder die deutsche Regierung noch die Alcan GmbH haben die Entscheidung angefochten. Nachdem der Gerichtshof 1989 festgestellt hat, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus dem Vertrag verstieß, indem sie der Kommissionsentscheidung nicht nachgekommen war, nahm das Land Rheinland-Pfalz mit Bescheid vom 26.09.1989 die Bewilligungsbescheide vom 9. Juni und 30. November 1983 zurück und verlangt die Rückzahlung der gewährten Beträge. Dagegen erhob die Alcan GmbH Anfechtungsklage, der das Verwaltungsgericht Mainz stattgab. Nachdem das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz die Berufung des Landes zurückgewiesen hatte, hat die Landesregierung Revision an das Bundesverwaltungsgericht eingeleget.¹⁰⁴

Alcan stützte ihre Weigerung, die Beträge zu erstatten, auf § 48 des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG). Das Bundesverwaltungsgericht war der Ansicht, dass die Revision auf der Grundlage dieser Bestimmungen zurückzuweisen sei. Zunächst sei die Frist des § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG abgelaufen gewesen. Zudem könne sich Alcan der Beihilfe gemäß dem nationalen Recht einer Rücknahme widersetzen, wenn die Behörde ihr Rücknahmeverfahren rechtsfehlerhaft ausgeübt habe. Diese Voraussetzungen seien im Ausgangsverfahren wahrscheinlich erfüllt gewesen, da die Beihilfe Alcan praktisch aufgedrängt worden sei, um vor wichtigen Wahlen Arbeitsplätze zu erhalten. Somit sei das Land für die Rechtswidrigkeit der Bewilligungsbescheide in einem solchen Maße verantwortlich gewesen, dass deren Rücknahme nach nationalem Recht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstünde.

Schließlich wies das Bundesverwaltungsgericht darauf hin, dass sich Alcan nach nationalem Recht auch auf den Wegfall der Bereicherung gem. § 48 Abs. 2 S. 6 und 7 VwVfG in Verbindung mit § 818 Abs. 3 BGB berufen könne, wonach die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ausgeschlossen sei, wenn der Empfänger nicht mehr bereichert sei. Unter diesen Umständen hat das Bundesverwaltungsgericht dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist die zuständige Behörde aufgrund des Gebots, das nationale Recht so anzuwenden, „dass die gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung nicht praktisch unmöglich und das Gemeinschaftsinteresse voll berücksichtigt wird“, verpflichtet, gemäß einer bestandskräftigen Rückforderungsentcheidung der EG-Kommission den betreffenden Bewilligungsbescheid

¹⁰³ EuGH, Urteil vom 20.3.1997, Alcan, C-24/95, Slg. 1997, I-1610.

¹⁰⁴ EuGH, Urteil vom 20.3.1997, Alcan, C-24/95, Slg. 1997, I-1612.

selbst dann noch zurückzunehmen, wenn sie die nach nationalem Recht im Interesse der Rechtssicherheit dafür bestehende Ausschlussfrist hat verstreichen lassen?

2. Wenn die Frage zu 1 positiv zu beantworten sein sollte:

Ist die zuständige Behörde aufgrund des vorgenannten Gebots verpflichtet, gemäß einer bestandskräftigen Rückforderungsentscheidung der EG-Kommission den betreffenden Bewilligungsbescheid selbst dann zurückzunehmen, wenn die zuständige Behörde für dessen Rechtswidrigkeit in einem solchen Maße verantwortlich ist, dass die Rücknahme dem Begünstigten gegenüber als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint?

3. Wenn die Fragen zu 1 und zu 2 positiv zu beantworten sein sollten:

Ist die zuständige Behörde aufgrund des vorgenannten Gebots verpflichtet, gemäß einer bestandskräftigen Rückforderungsentscheidung der EG-Kommission die Rückzahlung der gewährten Beihilfe selbst dann noch zu verlangen, wenn dies nach nationalem Recht wegen Wegfalls der Bereicherung mangels Bösgläubigkeit des Beihilfeempfängers ausgeschlossen ist?¹⁰⁵

Der Gerichtshof kam in allen drei Fragen zum Ergebnis, dass die zuständige Behörde gemeinschaftsrechtlich verpflichtet sei, den Bewilligungsbescheid für die rechtswidrig gewährte Beihilfe gemäß einer bestandskräftigen Entscheidung der Kommission, in der die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt und ihre Rückforderung verlangt wird, zurückzunehmen. Insbesondere dürfe die Rückforderung der zu Unrecht gezahlten Beträge nicht praktisch unmöglich gemacht und den Gemeinschaftsvorschriften über die staatlichen Beihilfen jede praktische Wirksamkeit genommen werden.¹⁰⁶ Die Verpflichtung des Begünstigten, sich zu vergewissern, dass das Verfahren des Art. 93 Abs. 3 des Vertrages eingehalten wurde, kann nicht vom Verhalten der Behörde abhängen, auch wenn diese für die Rechtswidrigkeit des Bescheids in solchem Maße verantwortlich war, dass die Rücknahme als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint.¹⁰⁷

Teil II - Nr. 13

Frage: Angesichts der Natur der staatlichen Beihilfen gibt es eigentlich keinen Raum für eine beschützenswürdige Anerkennung „berechtigter Erwartungen“. Hier stellt sich die Frage, in welchem Ausmaß die EU-Mitgliedstaaten an nicht EU-Übereinkünfte gebunden sind, die eventuell einen strengeren Schutz der berechtigten Erwartungen vorsehen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach Übereinkünften zum Schutze des Eigentums oder bilateralen oder multilateralen Investitions-Übereinkommen, die einen Investitionsschutz bieten.

Ist Ihr Land an internationale Rechtsverbindlichkeiten gebunden, die den Schutz des Eigentums oder den Schutz ausländischer Investitionen beinhalten? Wenn ja,

105 EuGH, Urteil vom 20.3.1997, Alcan, C-24/95, Slg. 1997, I-1615.

106 EuGH, Urteil vom 20.3.1997, Alcan, C-24/95, Slg. 1997, I-1619.

107 EuGH, Urteil vom 20.3.1997, Alcan, C-24/95, Slg. 1997, I-1620.

bitte identifizieren Sie diese. Im Falle von zeitlichen Beschränkungen bitten wir Sie, vor Allem auf alle existierenden Übereinkünfte mit den USA oder Großbritannien einzugehen.

Deutschland verfügt über eine ganze Reihe von völkerrechtlichen Abkommen zum Schutz von Eigentum und Investitionen mit anderen Ländern. Darunter befinden sich sowohl Mitglieder als auch Nichtmitglieder der EU. Eine Übersicht aller von Deutschland abgeschlossenen völkerrechtlichen Investitionsschutzabkommen kann auf der Internetpräsenz des UNCTAD¹⁰⁸ oder des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie¹⁰⁹ eingesehen werden.

Gemäß den Angaben des UNCTAD und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie hat Deutschland seit dem Jahre 1959 über 133 bilaterale Investitionsschutzabkommen abgeschlossen – wovon noch 129 in Kraft sind. Diese bilateralen Abkommen wurden überwiegend mit Schwellen- und Entwicklungsländern (zum Zeitpunkt des Abschlusses) abgeschlossen, sowie ab 1986 mit Transformationsländern in Mittel- und Osteuropa. Mit Industriestaaten wurden keine bilateralen Investitionsschutzverträge abgeschlossen, da nach Einschätzung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zwischen Staaten mit belastbaren Rechtsordnungen besondere Investitionsschutzregeln nicht erforderlich seien.¹¹⁰ Deshalb gibt es keine bilateralen Investitionsschutzverträge mit den USA oder Großbritannien. Neben den bilateralen Investitionsschutzabkommen ist Deutschland an 68 „Treaties with Investment Provisions“ (TIPs) – wovon noch 56 in Kraft sind – und 31 „Investment Related Instruments“ (IRIs) gebunden. Deren komplette Aufzählung kann ebenfalls auf der Homepage des UNCATD¹¹¹ eingesehen werden.

Teil II - Nr. 14

Frage: Welchen Standpunkt nehmen die Gerichte Ihres Landes ein, wenn es um das Problem widerstreitender Verpflichtungen zwischen EU-Recht und Internationalem Recht (bilaterale Übereinkünfte mit nicht EU-Mitgliedstaaten mit eingeschlossen) geht?

Völkerrechtliche Verträge erhalten nach deutschem Recht ihre innerstaatliche Geltung in der Regel über den Anwendungsbefehl des jeweiligen Zustimmungsgesetzes, Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG. Grundsätzlich genießt der völkerrechtliche Vertrag – solange er keine allgemeinen Regeln des Völkerrechts kodifiziert, die gem.

108 <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/78#iiaInnerMenu>, 29.11.2018, 18:34 Uhr.

109 <http://www.bmwi.de/Navigation/DE/Service/Investitionsschutzverträge/investitionsschutzverträge.html>, 29.11.2018, 18:35 Uhr.

110 <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/FAQ/Investitionsschutz/faq-investitionsschutz-03.html>, 29.11.2018, 18:36 Uhr.

111 <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/78#iiaInnerMenu>, 29.11.2018, 18:37 Uhr.

Art. 25 GG im Rang über den einfachen Bundesgesetzen, aber unterhalb der Verfassung stehen – den Rang eines einfachen Bundesgesetzes.

Das Unionsrecht basiert grundsätzlich auf völkerrechtliche Verträge, sodass es seine innerstaatliche Wirkung über den im Zustimmungsgesetz enthaltenen Rechtsanwendungsbefehl zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sowie zu den Änderungsverträgen zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union erhält.¹¹² Das BVerfG betont aber gleichzeitig in mehreren Beschlüssen die Besonderheit des Unionsrechts, dass es kraft verfassungsrechtlicher Ermächtigung aus dem heutigen Art. 23 Abs. 1 GG habe. Es besitze eine besondere Autonomie.¹¹³ Das Bundesverfassungsgericht ist der Ansicht, dass das nationale Recht im Konfliktfall mit dem Unionsrecht unionsrechtskonform ausgelegt werden muss. Sollte ein Kollisionsfall trotz unionskonformer Auslegung vorliegen, so würden dem Unionsrecht – außer in einigen engen Ausnahmen (dies sind im Einzelnen die Grundrechtskontrolle, die Verfassungsidentitätskontrolle und die Ultra-vires-Kontrolle)¹¹⁴ – Anwendungsvorrang zukommen.¹¹⁵ Das bedeutet, dass das nationale Recht im gegebenen Fall nicht angewendet wird, soweit es gegen Unionsrecht verstößt.¹¹⁶

Daraus lässt sich schlussfolgern: Wenn sonstiges durch den Rechtsanwendungsbefehl in das nationale Recht überführte Völkerrecht mit dem Unionsrecht in Kollision geraten sollte, würde grundsätzlich – von den oben genannten Fällen abgesehen – der Anwendungsvorrang des Unionsrechts greifen, sodass die dem Unionsrecht entgegenstehenden Bestimmungen des völkerrechtlichen Vertrags im konkreten Fall nicht angewendet werden dürften.¹¹⁷ Das Unionsrecht würde Deutschland in einem solchen Fall dazu verpflichten, alle geeigneten Maßnahmen anzuwenden, um die festgestellten Unvereinbarkeiten zu beheben, Art. 351 Abs. 2 AEUV.

¹¹² Vgl. Ehlers, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Auflage, § 11 Rn. 7.

¹¹³ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 18.10.1967, 1 BvR 248/63 und 216/67, BVerfGE 22, 293 (296).

¹¹⁴ Ausführlich dazu Ehlers, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Auflage, § 11 Rn. 21 ff.

¹¹⁵ Vgl. BVerfG, Urteil vom 30.06.2009, 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267 (402).

¹¹⁶ EuGH, Urteil vom 09.03.1978, Simmenthal, 106/77, Slg. 1978, 629 (644 ff.).

¹¹⁷ So auch Ehlers, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Auflage, § 11 Rn. 40.

Fragebogen

Generalthema 2: Steuern, staatliche Beihilfen und Wettbewerbsverzerrungen

Raymond Luja¹

Fragebogen

Seit 2013 hat die Europäische Kommission eine EU-weite Überprüfung von über 1000 Steuerentscheiden veranlasst; diese hat bereits zu einer Reihe von Entscheidungen geführt, die die Mitgliedstaaten anweisen, grosse Summen an Geld zurückzufordern, die als unrechtmässige staatliche Beihilfen (wie z.B. *Starbucks*, *Fiat*, *Belgian Excess Profit Rulings*, *Apple*) eingestuft wurden. Diese Entscheidungen sind derzeit Gegenstand von vor den EU-Gerichten anhängigen Gerichtsverfahren.

Wir möchten die nationalen Berichterstatter dazu auffordern, zu den folgenden Fragen und Problemen Stellung zu nehmen. Die Fragen sind in zwei Teile eingeteilt: Teil I befasst sich vor allem mit den nationalen Steuerregelungen und Steuerverfahren, Teil II mit nationalen verfahrensrechtlichen Angelegenheiten und deren Zusammenspiel mit dem Europäischen Recht.

Teil I

Viele Staaten erlauben es ihren Steuersubjekten, mit den nationalen Steuerbehörden in Kontakt zu treten, um eine gewisse Art von rechtlicher Sicherheit bzgl. ihrer Steuerangelegenheiten zu erhalten. Das kann in verschiedenen Formen geschehen, etwa in einer formelleren Form von vorab beschlossenen Steuerentscheiden oder vorabentschiedenen Preisvereinbarungen oder, weniger formell, schriftlichen oder mündlichen “Gentlemen’s agreements” oder sogar einfachen Klarstellungen, die eindeutig als unverbindlich angesehen werden. Einige Staaten erlauben es jedwelchem Unternehmen, vorab einen Steuerbescheid zu beantragen, andere haben eine ausdrückliche oder implizite Politik mit dem Ziel, den Zugang großer Unternehmen oder solcher Unternehmen, die substantielle neue Investitionen planen, zu den Steuerbehörden zu begrenzen.

1. Erlaubt Ihr Land irgendeine Art von durch die Steuerbehörden im Voraus gegebener Rechtssicherheit auf dem Gebiet der Steuerangelegenheiten? Wenn ja, existieren spezifische Anforderungen, um eine derartige Sicherheit im Voraus zu erlangen?

Es kann verschiedene Arten von Ungewissheiten geben. Zum Beispiel (und je nach den Tatsachen des Einzelfalls) könnte es sich um eine ganz bestimmte Zah-

1 Professor Raymond Luja, Universität Maastricht.

lung zwischen zwei Unternehmen handeln, die entweder als eine Schuld (was zu Zinszahlungen führt, die entweder teilweise oder vollständig von den Steuern abgesetzt werden können), oder aber als Kapital angesehen werden kann (was zu Dividendenausschüttungen führt, die nicht von der Steuer absetzbar sind). Andere Ungewissheiten können entstehen, wenn Gewinne gewissen juristischen Personen (oder innerhalb der juristischen Person) zugesprochen werden. Angenommen, eine Ware wird im Staat A entworfen, im Staat B produziert, dann verkauft und im Staat C ausgeliefert: dann erhebt sich die Frage, welcher Staat welchen Anteil am Gewinn versteuern sollte. In der Abwesenheit eines bilateralen Übereinkommens kann jeder Staat selbst bestimmen, welcher Teil des Gewinns zu versteuern (oder nicht zu versteuern) ist.

2. Überprüfen die Steuerbehörden Ihres Landes systematisch die in einem Antrag auf einen Steuerbescheid enthaltenen Fakten, sei es vor der Beschlussfassung (ex-ante), sei es nach der jährlichen Steuerveranlagung (ex-post)? Wenn ja, könnten Sie bitte das einschlägige Verfahren beschreiben?
3. Beinhaltet die Vorschriften zur Bekämpfung der Steuerumgehung Ihres Landes eine Regelung, die Ihre nationale Steuerbehörde dazu verpflichtet, die Behandlung, die eine spezifischen Zahlung/ein spezifischer Geschäftsvorgang in einem anderen Land erfahren hat, innerhalb des Verfahrens einer Steuerprüfung und vor Beschlussfassung zu überprüfen? Wenn ja, könnten Sie bitte das einschlägige Verfahren darlegen und erklären?

Unabhängig von den exakten nationalen Regelungen in den oben beschriebenen Situationen kann der Fall auftreten, in dem – im Nachhinein – die von den Steuerbehörden gegebene Bestätigung inkorrekt war. Sei es, weil die nationalen Gerichte in der Zwischenzeit neue Urteile erlassen haben, sei es, weil neue Tatsachen darauf hindeuten, dass die Gewinne anders gedeutet werden müssen.

4. Könnten Sie bitte auf die Frage eingehen, unter welchen Umständen die Steuerbehörden durch einen Entscheid oder eine andere Art von im Vorab gegebener Rechtssicherheit an diesen gebunden sind (oder nicht)?

In jüngsten Entscheidungen hat die Kommission die Anwendung einer einseitigen Leistungsverrechnung durch die Steuerbehörden kritisiert, da die fraglichen Steuerbehörden nicht überprüfen, ob die grenzüberschreitenden Gewinne eventuell in dem Bestimmungsland besteuert werden.

5. Wird in Ihrem Land überprüft, ob übriggebliebene Gewinne von einem anderen Land besteuert werden? Wenn ja, bestehen in Ihrem Land Korrekturmechanismen, die es erlauben, dass diese in Ihrem Land versteuert werden, um so eine doppelte Nichtbesteuerung zu verhindern?

Wenn es darum geht, Gewinne innerhalb einer juristischen Person, die grenzüberschreitend handelt, zuzuordnen, so sind einige Länder dazu übergegangen, diese Gewinne den „Headquarters“ (dem Hauptsitz) zuzuordnen, es sei denn, es handelt

sich eindeutig um Gewinne, die lokalen Tätigkeiten entspringen (die „Betriebsstätte“).

6. Wendet Ihr Land irgendeine Art von Standardregel an, wenn es darum geht, Gewinne zuzuordnen?

In den oben genannten Steuerfällen hat die Kommission argumentiert, dass der Fremdvergleichungsgrundsatz („at arm's length principle“) unmittelbar aus der Anwendung des Artikel 107 AEUV folgt, unabhängig davon, ob oder unter welchen Umständen ein derartiges Prinzip im Lichte des nationalen Steuerrechts gesehen werden muss.

7. Hat Ihr Land irgendeine Art von Fremdvergleichspreis/Transferpreisprinzip angewandt, sei es durch formelle Normen, sei es durch reine Anwendung in der Praxis? Gibt es, in welchem der oben genannten Fälle auch immer, eine Verbindung zu den OECD Transferpreis-Richtlinien?

Im Prozess der Feststellung, welcher Anteil an Gewinn in einem Land zu versteuern ist, können sowohl die Steuerbehörden als auch das Steuersubjekt selbst zum Schluss kommen, dass Gewinne oder Kosten unter- oder überbewertet wurden. Das kann vor Allem in konzerninternen Situationen vorkommen. In Abwesenheit jedwelcher Anpassung kann die Summe der steuerunterworfenen Gewinne im Vergleich zum Fremdvergleich zu hoch oder zu niedrig sein.

8. Erlaubt Ihr Land *unilaterale* Anpassungen der Gewinne, sowohl nach oben als auch *nach unten* gerichtet?

Ein vereinfachtes Beispiel: Ein Produkt wird von einem Unternehmen an ein anderes Unternehmen für 100 verkauft. Gemäß den Steuerbehörden des „verkaufenden Staats“ hätte der Fremdvergleichspreis 120 sein müssen und sie korrigieren den der Steuer unterworfenen Gewinn demgemäß.

9. Angenommen, der Käufer wäre in Ihrem Land ansässig. Unter welchen Umständen würden Ihre Steuerbehörden das Transferpreis-Resultat des anderen Landes akzeptieren – also eine Erhöhung steuerabsetzbarer Kosten – und eine Anpassung der steuerrechtlichen Gewinne nach unten vornehmen?

Viele Länder verfügen über generelle Missbrauchsbekämpfung-Vorschriften (*general anti-abuse rule*, „GAAR“) zusammen mit speziellen Rechtsvorschriften (*lex specialis*), die sich auf Uneigenglichenheiten (Schuld/Kapital), Einschränkung beim Zinsabzug oder Fremdvergleichspreis beziehen.

10. Existieren in Ihrem Land solche Vorschriften? Wenn ja, ist es im Lichte Ihres Rechts erlaubt, diese Vorschriften auf einen Fall von Missbrauch anzuwenden, als eine Art von „back up“ zum *lex specialis*, das sich im gegebenen Fall als unzureichend herausgestellt hat?

Teil II

Die Mitgliedstaaten selbst werden beauftragt eine Rückforderungsentscheidung zu implementieren. Diese wird von nationalem Recht bestimmt sein. Einige Mitgliedstaaten benutzen zivilrechtliche Verfahren (ungerechtfertigte Bereicherung u.Ä.), andere haben spezielle verwaltungsrechtliche oder steuerrechtliche Verfahren vorgesehen. Man kann daraus sogar ein nur verfahrensrechtliches Problem machen und Entscheidungen der Kommission als Rechtsanspruch zur Schuldeintreibung benutzen. Das Verfahren sollte so ausgelegt sein, dass die Wiedererlangung innerhalb von vier Monaten nach Entscheidsbeschluss möglich ist.

11. Beschreiben Sie kurz ob, und wenn ja, Regelungen in Ihrem Land eingeführt wurden zur schnellen und effektiven Rückforderung staatlicher Beihilfen (fiskaler Art), die von der Kommission angeordnet wurden?
12. Gab es irgendwelche Beispiele eines Falles in Ihrem Land, in dem ein nationales Gericht die (sofortige) Rückforderung einer staatlichen Beihilfe verweigert hat? Wenn ja, bitte beschreiben Sie diesen Fall.

Angesichts der Natur der staatlichen Beihilfen gibt es eigentlich keinen Raum für eine schützwürdige Anerkennung „berechtigter Erwartungen“. Hier stellt sich die Frage, in welchem Ausmaß die EU-Mitgliedstaaten an nicht EU-Übereinkünfte gebunden sind, die eventuell einen strengeren Schutz der berechtigten Erwartungen vorsehen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach Übereinkünften zum Schutze des Eigentums oder bilateralen oder multilateralen Investitions-Übereinkommen, die einen Investitionsschutz bieten.

13. Ist Ihr Land an internationale Rechtsverbindlichkeiten gebunden, die den Schutz des Eigentums oder den Schutz ausländischer Investitionen beinhaltet? Wenn ja, bitte identifizieren Sie diese²
14. Welchen Standpunkt nehmen die Gerichte Ihres Landes ein, wenn es um das Problem widerstreitender Verpflichtungen zwischen EU-Recht und Internationalem Recht (bilaterale Übereinkünfte mit nicht EU-Mitgliedstaaten mit eingeschlossen) geht?

² Im Falle von zeitlichen Beschränkungen bitten wir Sie, vor allem auf alle existierenden Übereinkünfte mit den USA oder Großbritannien einzugehen.

Die externe Dimension der EU-Politiken

Deutscher Landesbericht

Till Müller-Ibold¹

I. Einleitung

1. Das dritte Thema des diesjährigen FIDE-Kongresses widmet sich der externen Dimension der EU-Politiken, wobei neben horizontalen Fragen die Themen „Trade and Investment“ und Fragen der Migrations- und Asylpolitik im Vordergrund stehen. Der deutsche Bericht zu diesen Themen gibt nachstehend einen Überblick über die aus deutscher Sicht und in Deutschland für diese Themen relevanten Entwicklungen und die deutsche Rechtsprechung und Literatur dazu, und baut dabei auf dem Fragenkatalog der Generalberichterstatter auf. Entwicklungen in anderen Mitgliedstaaten und auf der Ebene der EU werden in anderen Berichten abgedeckt und im Generalbericht zusammengefasst. Die EU-Entwicklungen können aus einem solchen Bericht andererseits nicht völlig ausgeklammert werden; sie bilden ja gerade den Hintergrund und den Anlass für die Entwicklungen und die wissenschaftliche Diskussion in Deutschland.
2. Besonderer Dank gebührt einer Reihe von deutschen Beamten an verschiedenen Stellen der Verwaltung, insbesondere des deutschen Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie sowie des Bundesministeriums des Inneren in Berlin, aber auch der ständigen Vertretung und des Auswärtigen Amtes, die bereit waren zur Vorbereitung des FIDE Kongresses und dieses Berichts Gespräche über die praktischen Erfahrungen deutscher Behörden mit den angesprochenen Themen zu führen. Im Rahmen dieser Gespräche haben meine Gesprächspartner ihre persönliche Meinung und Sichtweise erläutert, eine „amtliche“ Haltung der bisherigen deutschen Bundesregierung gab es zu den meisten von mir angesprochenen Fragen nicht, und eine neue Bundesregierung war zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vorbereitungen zu diesem Bericht noch nicht gebildet. Soweit in diesem Bericht auf solche Gespräche Bezug genommen wird, wird der Eindruck des Verfassers von der persönlichen Sicht einzelner Beamter (und nicht die Auffassung „der Bundesregierung“ oder einzelner Ministerien) geschildert.

1 Dr. Till Müller-Ibold, LL.M., Senior Counsel, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, Brüssel.

II. Kapitel 1: Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten

3. Die Generalberichterstatter haben die nachfolgenden Fragen aufgeworfen.
 1. *Nach dem „AETR-Urteil“ besitzt die Europäische Union die ausschließliche Zuständigkeit zum Abschluss einer internationalen Übereinkunft, wenn die in Frage stehende Übereinkunft die internen Regeln der Union beeinträchtigen könnte. Die Gesetzgebung der Union entwickelt sich in vielen Gebieten. In welchen Gebieten hat sich der „AETR-Effekt“ in jüngster Zeit gezeigt? Welche aktuellen Beispiele können aufgezählt werden? Gab es auf nationaler Ebene Probleme? Wenn ja, welcher Art: politische, juristische oder andere?*
 2. *Wie wird Artikel 3 (2) des Vertrags über die Arbeitsweise der europäischen Union (AEUV) im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten zum Abschluss einer internationalen Übereinkunft eingeschätzt? Welche Bedeutung wird dieser Bestimmung des AEUV zugesprochen? Wie soll jeder der darin geregelten Fälle ausgelegt werden? Was, wenn die dritte Möglichkeit nicht auf interner Ebene ausgeübt wird? Was ist der Standpunkt der Mitgliedstaaten bzgl. dieser Fragen?*
 3. *Was ist die Reichweite des Artikels 216 (1) AEUV? Wie verstehen die Mitgliedstaaten diese Bestimmung, die die generelle Zuständigkeit der Europäischen Union für den Abschluss internationaler Abkommen vorsieht „wenn dies in den Verträgen vorgesehen ist oder wenn der Abschluss einer Übereinkunft im Rahmen der Politik der Union entweder zur Verwirklichung eines in den Verträgen festgesetzten Zielen erforderlich oder in einem verbindlichen Rechtsakt der Union vorgesehen ist oder aber gemeinsame Vorschriften beeinträchtigen oder deren Anwendungsbereich ändern könnte.“*
 4. *Glauben Sie, dass zwischen Artikel 216 AEUV und Artikel 3 (2) AEUV eine Verbindung besteht? Wenn ja, welche? Würden Sie bitte Ihre Meinung bzgl. dieser Frage ausarbeiten und begründen?*
4. Die rechtliche Analyse der Relevanz und Kodifizierung der AETR-Rechtsprechung aus deutscher Sicht (erster Teil von Frage 1, Fragen 2, 3 und 4) folgt nachstehend in Abschnitten A. - C., aktuelle Beispiele für die Relevanz des AETR-Effekts werden in Abschnitt D. beschrieben. Abschnitt A. zeichnet dabei kurz die AETR-Rechtsprechung nach, Abschnitt B. erläutert, ebenfalls nur kurz, die Kodifizierung der Rechtsprechung im AEUV (mit Hinweisen auf den Meinungsstand in Deutschland vor dem Gutachten 2/15 des Gerichtshofs²), um sich dann im Teil C. mit dem Gutachten 2/15 und seinen

2 EuGH, Gutachten 2/15 v. 16.05.2017, [Freihandelsabkommen Singapur], ECLI:EU:C:2017:376 (Alle Hyperlinks in diesem Beitrag sind am 15.12.2017 zuletzt abgerufen worden).

Auswirkungen, sowie ersten Reaktionen (in der deutschen Politik, Verwaltung und Fachliteratur) auseinanderzusetzen.

A. Die AETR-Rechtsprechung: Außenkompetenz entspricht Innenkompetenz

5. Die (im Grundsatz omnipotenten) Mitgliedstaatenhaben der Union eine Reihe von Zuständigkeiten übertragen, die diese einheitlich wahrnimmt. Dies wird in Art. 5 EUV als „Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung“ bezeichnet³ und gilt sowohl für die Innenkompetenzen als auch die Außenkompetenzen.⁴ Damit die Übertragung praktisch wirksam ist, gilt der Grundsatz, dass EU-Recht Vorrang vor den Regeln des nationalen Rechts hat.⁵ Generalanwältin E. Sharpston hat dies jüngst als „verfassungsrechtliche Kernfrage der Zuständigkeitsverteilung zwischen der Union und den sie konstituierenden Mitgliedstaaten“ umschrieben. „Aus der Zuständigkeitsverteilung, auf der das gesamte Projekt Europäische Union beruht, muss klar sein, wer auf bestimmten Gebieten die Zuständigkeit zum Handeln hat.“⁶
6. Der EWG- und der EG-Vertrag kannten keine detaillierte Aufzählung von Zuständigkeiten,⁷ diese ergaben sich vielmehr indirekt durch die Regelungen zu den verschiedenen Politikfeldern, auf denen die Gemeinschaft tätig werden sollte. Dabei wurde vor allem beschrieben, was intern durch Rechtssetzung oder im Rahmen der Verwaltungszuständigkeiten der Kommission geschehen sollte. Dennoch war von Anfang an klar, dass die Union nicht nur nach innenwirken sollte, sondern auch nach außen, durch internationale Übereinkünfte mit anderen Völkerrechtssubjekten. Das dabei einzuhaltende Verfahren wurde ebenso in die Verträge aufgenommen, wie einzelne Politikfelder mit „Außen“-bezug, wie das Zollrecht und die gemeinsame Handelspolitik.
7. Zugleich verblieben den Mitgliedstaaten völkerrechtlich unbeschränkte Vertragsschlusskompetenzen, an deren Ausübung sie unionsrechtlich allerdings insoweit gehindert sind, als sie diese Kompetenz auf die Union übertragen

3 Art. 5 (1), (2) EUV, der Begriff wurde in der deutschen Literatur schon lange vor seiner ausdrücklichen Erwähnung im EUV verwendet, vgl. Langguth, in: Lenz, Borchardt, EU Verträge, 6. Aufl. 2012, Art. 5 EUV, Rn. 5, vgl. auch Bast, in: Grabitz, Hilf, Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. El 2017, Art. 5 EUV, Rn. 3 („justiziable Verfassungsnorm“); Kadelbach, in: von der Groeben, Schwarze, Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 5 EUV, Rn. 4 („Kernbestand des Unionsrechts“).

4 EuGH, Urt. v. 05.12.2017; C-600/14, Deutschland/Rat, ECLI:EU:C:2017:935, Rn. 44 (m.w.N.); vgl. etwa Bernd Grzesick, Stellungnahme zur Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen - Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 13.01.2016; <https://www.bundestag.de/blob/409794/4e7fb2623ffc719116fa94548a1bc67e/wortprotokoll-data.pdf>, S. 41, 46.

5 St. Rspr. seit dem Urt. des EuGH, Rs 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1270; inzwischen bestätigt in der Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte des Vertrages von Lissabon, Abl. 2016 C202/335 (344).

6 Schlussantrag GAin Sharpston, Gutachten 2/15, Rn. 57.

7 Schlussantrag GAin Sharpston, Gutachten 2/15, Rn. 56; ebenso Languth, in Lenz, aaO. (Fn. 3), Rn. 5.

- haben. Hat die Union keine Kompetenzen, bleiben die Mitgliedstaaten ausschließlich zuständig.⁸ Dabei setzte sich recht schnell die Erkenntnis durch, dass es zu Verwerfungen innerhalb dieses Zuständigkeitsgeflechts führen würde, wenn Mitgliedstaaten zu Themenbereichen, die intern der EU zugewiesen waren, bilateral mit Drittstaaten nach außen Bindungen erzeugen könnten, die die Union bei der Entwicklung ihrer Politiken einschränken würden. Deshalb erkannte die Rechtsprechung schon früh an, dass die Außenkompetenzen der EU grundsätzlich den Innenkompetenzen entsprechen müssen⁹ und das solche Außenkompetenzen auch ausschließlicher Natur sein können. Die zentrale Botschaft des sog. AETR-Urturts war deshalb,¹⁰ dass soweit die EU intern eine materielle Frage regeln konnte, und jedenfalls wenn sie von diesen internen Kompetenzen Gebrauch gemacht hatte, die Mitgliedstaaten nicht berechtigt seien, Verpflichtungen einzugehen, die diese unionsrechtlichen Normen beeinträchtigen.
8. Diese Rechtsprechung wurde später fortentwickelt, um der Gefahr einer zukünftigen Präjudizierung der EU durch mitgliedstaatliche Übereinkünfte zu begegnen. Auch wenn die EU von ihren internen Befugnissen noch keinen Gebrauch gemacht hatte, wurde eine implizite Außenkompetenz anerkannt, nur setzte diese zusätzlich voraus, dass ein Handeln der EU „notwendig“ ist, um eines der Ziele der EU zu erreichen.¹¹ Dies hat der Gerichtshof im Gutachten 1/76 präzisiert und später hervorgehoben, dass die im Gutachten 1/76 postulierte ausschließliche Zuständigkeit den Fall betreffe, dass die interne Zuständigkeit wirksam nur zugleich mit der Außenkompetenz ausgeübt werden könne,¹² um Vertragsziele zu verwirklichen, die sich durch die Aufstellung autonomer Regeln nicht erreichen ließen.¹³ Die Verwirklichung des Ziels der Gemeinschaft müsse mit dem Abschluss des völkerrechtlichen Übereinkommens „untrennbar verbunden“ sein.¹⁴ Im Kern geht es dem Gerichtshof darum, dass die Mitgliedstaaten nicht befugt sein sollen, durch völkerrechtlich bindende Übereinkünfte die Wirksamkeit des Unionsrechts zu beeinträchtigen.¹⁵

⁸ Grzesnick, Stellungnahme, aaO. (Fn. 4), S. 48 der Drucksache.

⁹ EuGH, 22/70, AETR, Slg. 1971, 263, Rn. 19; ähnlich die Folgerechtsprechung: Rs 3/76 u. a., Kramer, Slg. 1976, 1279, Rn. 20 f.; Gutachten 2/94, EMRK, Slg. 1996, I-1759, Rn. 26; C-266/03, Kommission/Luxemburg, Slg. 2005, I-4805, Rn. 40; Weiß, Kompetenzverteilung bei gemischten Abkommen am Beispiel des TTIP, DÖV 2016, 537, 539 weist aber darauf hin, dass es sich insoweit nur um eine unzureichend präzise Faustformel handele, die so nach Inkrafttreten von Lissabon nicht mehr gültig sei.

¹⁰ EuGH, 22/70, AETR, Slg. 1971, 263.

¹¹ EuGH, Gutachten 1/76, Slg. 1977, 741, für die Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs; z. B. verneint in EuGH, C-476/98, KOM/Deutschland – „Open Skies“, Slg. 2002, I-9855, Rn. 82 ff.; s.a. EuGH, Gutachten 1/03 [Abschluss des neuen Übereinkommens von Lugano], Slg. 2006, I-1145, Rn. 114); C. Callies, in: C. Callies/M. Ruffert, EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 5. Aufl. 2016, Art. 3 AEUV, Rn. 17.

¹² EuGH, Gutachten 1/94, Rn. 89.

¹³ So die Formulierung in den „Open Skies“-Urteilen, u. a. EuGH, Urt. C-467/98, Kommission/Dänemark, Slg. 2002, I-9519, Rn. 57.

¹⁴ Gutachten 1/94, Rn. 86, vgl. auch Gutachten 1/03, Rn. 115 m.w.N.

¹⁵ Callies, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, aaO. (Fn. 11), Art. 3 AEUV, Rn. 17.

9. Die Zuweisung von (Verbands-)Kompetenzen beantwortete aber nicht die Frage, welche Folgen sich für die Vertragsschlusskompetenzen ergeben, wenn ein Abkommen mehrere Regelungsbereiche abdeckt, für die unterschiedliche Kompetenzzuweisungen bestehen. Wenn weder die Union, noch die Mitgliedstaaten unionsrechtlich über die nötige Verbandskompetenzen in allen Bereichen verfügen, muss das Abkommen als gemischtes Abkommen von der Union und den Mitgliedstaaten gemeinsam geschlossen werden („obligatorisch gemischtes Abkommen“).¹⁶
10. Neben der Kompetenzzuweisung stellt sich die Frage der Kompetenzabgrenzung. Wie sehr muss ein Abkommen einen Kompetenzbereich berühren, damit eine Verpflichtung entsteht, diesen Kompetenzbereich beim Vertragsschluss auch zu berücksichtigen?¹⁷ Dazu wird von einer Reihe von Autoren und verschiedenen Generalanwälten die Meinung vertreten, dass jede Überschneidung der Inhalte eines Abkommens mit dem Bereich der ausschließlichen Verbandskompetenzen von Union bzw. Mitgliedstaaten ausreicht, damit der betreffende Rechtsträger für den Abschluss mitzuständig ist.¹⁸ Diese Auffassung hat Generalanwältin Kokott besonders einprägsam so formuliert: „So, wie ein kleiner Tropfen Pastis ein Glas Wasser trüben kann, können auch einzelne, noch so untergeordnete Bestimmungen in einem auf Artikel 133 (5) UAbs. I EG gestützten internationalen Vertragswerk den Zwang zum Abschluss eines gemischten Abkommens auslösen.“¹⁹
11. Demgegenüber wird auch vertreten, dass für die Zuständigkeitsabgrenzung vor allem auf den inhaltlichen Schwerpunkt des Vertrags abzustellen sei.²⁰ Wieder andere weisen mit guten Gründen darauf hin, dass jedenfalls bloße Neben- und Hilfsbestimmungen für die Kompetenzzuweisung irrelevant seien, ebenso wie ganz vereinzelte Vorschriften, die in die Kompetenz der

16 Mögele, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 40.

17 Grzesick, Stellungnahme, aaO. (Fn. 4), S. 48 der Drucksache; Mögele, in: Streinz, EUV/AEUV, aaO. (Fn. 16), Art. 216 AEUV, Rn. 40 mit Verweis auf Rosas, in: Koskenniemi, International Law Aspects of the European Union, S. 125, 130; vgl. auch EuGH C-268/94, Slg. 1996, I-6177, Rn. 75 ff. (Portugal/Rat und Kommission).

18 Lorenzmeier, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, aaO. (Fn. 3), Art. 218 AEUV, Rn. 16; B. Grzesick/J. Hettche, Zur Beteiligung des Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, AÖR 141 (2016), 225, 233; Engel, Tagungsbericht, Internationale Handlungsfähigkeit der EU durch gemischte Abkommen, Integration 1/2015, 81.

19 Schlussantrag GAin Kokott, C-13/07, Kommission/Rat, EU:C:2009:190, Rn. 121), vgl. EuGH, C-268/94, Portugal/Rat, EU:C:1996:461, Rn. 39 m.w.N.

20 So wohl F. Mayer, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, Rechtsgutachten (<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen.html>) (letzter Zugriff, 20.11.2017), S. 7 unter Verweis auf EuGH, C-137/12, Kommission/Rat, Rn. 53; ähnlich wohl Frank Hoffmeister, Wider die German Angst - Ein Plädoyer für die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft(TTIP), ArchVR 53 (2015), 60, Heber: Die Kompetenzverteilung im Rahmen der Austrittsverhandlungen nach Art. 50EUV unter besonderer Berücksichtigung bestehenden Sekundärrechts, EuR 2017,581, 590 f. unter Hinweis auf A. Kerkemeyer, Europarechtliche Bedenken gegen das CETA-Abkommen, KJ 48 (2015),264, 266.

Mitgliedstaaten fielen.²¹ Dieser Meinung scheint auch der Gerichtshof zu zuneigen.²²

B. Die Kodifizierung dieser Grundstruktur im Lissabonner Vertrag

12. Diese Grundstruktur allgemein, und die AETR Rechtsprechung im Besonderen, sind im Lissaboner Vertrag durch Art. 3 (2) und Art. 216 (1) AEUV kodifiziert worden,²³ wobei sich diese Bestimmungen in sehr viel detailreichere Vorschriften zur Zuständigkeitsabgrenzung einbetten, die es so im Rahmen der EWG und EG noch nicht gab. Beide Vorschriften ähneln sich in ihrem Wortlaut, enthalten aber unterschiedliche Aussagen und haben unterschiedliche, komplementäre Funktionen im Gesamtgefüge der Verträge allgemein und der Zuständigkeitsverteilung im Besonderen.
13. Die Analyse beider Vorschriften muss auf der Grundlage ihrer Gleichrangigkeit im Rahmen einer Gesamtschau vor dem Hintergrund der Rechtsprechung erfolgen, die durch diese Vorschriften kodifiziert wurde.²⁴ Angesichts der komplexen Struktur der Regelungen über die Außenbeziehungen, und angesichts der Tatsache, dass Art. 3 (2) AEUV „ausschließliche“ Zuständigkeiten regelt, während Art. 216 (1) AEUV auch nicht ausschließliche Zuständigkeiten erfasst, kann Art. 216 (1) nicht *lex specialis* (i. S. v. Art. 2 (6) AEUV) zu Art. 3 (2) AEUV sein.²⁵
14. Schon die Gegenüberstellung beider Vorschriften hilft bei ihrem Verständnis. Beide bestehen im Original nur aus einem Absatz, der nachfolgend (zur Verdeutlichung) jeweils in Teilaussätze aufgeteilt wurde (der Text ist unverändert, nur Absätze und Kennzeichnungsziffern ((i), (ii), ... für die verschiedenen Alternativen) sowie Hervorhebungen wurden hinzugefügt):

21 Mögеле, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 40; unter Hinweis auf Beispiele aus der Rspr.: Vorschriften über die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen, EuGH, C-25/94, Slg. 1996, I-1469, Rn. 47 (FAO) oder auch die Tragung von Verwaltungskosten durch die Mitgliedsstaaten bei einer internationalen Organisation, siehe EuGH, Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267, Rn. 21 (WTO).

22 EuGH, Gutachten 1/08 [Abkommen zur Änderung von GATS Verpflichtungen], EU:C:2009:739, Rn. 166 und die dort zitierte Rechtsprechung.

23 Schlussantrag GAin Sharpston, Gutachten 2/15, Rn. 70; M. Cremona, Extending the reach of the AETR principle, ELRev 2009, 754; Pelka, in: Schwarze, EU Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 3 AEUV, Rn. 17; Callies, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, aaO. (Fn. 11), Art. 3 AEUV, Rn. 17 spricht von „enger inhaltlicher Annäherung.“

24 Ähnlich Obwexer, in: von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 3 AEUV, Rn. 34; Lachmeyer/von Förster, in: von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 216 AEUV, Rn. 13.

25 So aber wohl Callies, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, aaO. (Fn. 11), Art. 3 AEUV, Rn. 18, der in Art. 216 (1) AEUV eine Konkretisierung von Art. 3 (2) AEUV sieht, ihm folgend Pelka, in: Schwarze, aaO. (Fn. 23), Art. 3 AEUV, Rn. 18.

<p>Art. 3 (2) AEUV Die Union hat ferner die <u>ausschließliche</u> Zuständigkeit für den Abschluss internationaler Übereinkünfte,</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) wenn der Abschluss einer solchen Übereinkunft in einem Gesetzgebungsakt der Union vorgesehen ist, (ii) wenn er notwendig ist, damit sie ihre interne Zuständigkeit ausüben kann, oder (iii) soweit er gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte. 	<p>Art. 216 (1) AEUV Die Union kann <u>mit einem oder mehreren Drittländern oder einer oder mehreren internationalen Organisationen</u> eine Übereinkunft schließen,</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) wenn dies in den Verträgen vorgesehen ist oder wenn der Abschluss einer Übereinkunft im Rahmen der Politik der Union entweder (ii) zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich oder (iii) in einem verbindlichen Rechtsakt der Union vorgesehen ist oder aber (iv) gemeinsame Vorschriften beeinträchtigen oder deren Anwendungsbereich ändern könnte.
--	---

15. Aus der Gegenüberstellung wird deutlich, dass sowohl Art. 3 (2) als auch Art. 216 (1) der Union die Zuständigkeit zum Abschluss internationaler Abkommen übertragen, soweit
- der Abschluss einer solchen Übereinkunft „*in einem Gesetzgebungsakt* (verbindlichen Rechtsakt) *der Union vorgesehen ist*“ (Art. 3 (2) 1. Alternative, sowie Art. 216 (1) 3. Alternative), oder
 - soweit er „*gemeinsame Regeln* (Vorschriften) *beeinträchtigen oder deren Tragweite* (Anwendungsbereich) *verändern könnte*“ (Art. 3 (2) 3. Alternative, sowie Art. 216 (1) 4. Alternative).

Vor allem die im zweiten Punkt angesprochene Alternative (in der Literatur auch als AETR-Variante bezeichnet)²⁶ kodifiziert den Rechtsgedanken des AETR-Urteils, die im ersten Punkt angesprochene Alternative (auch als Rechtsaktvariante bezeichnet)²⁷ entspricht seiner Logik. Beide Alternativen sind in Art. 3 (2) und 216 (1) weitgehend deckungsgleich und beziehen sich auf die erfolgte Wahrnehmung von Innenkompetenzen aufgrund des Erlasses sekundärrechtlicher Regelungen.²⁸ Dabei ist die sprachliche Fassung der AETR-Variante insofern missglückt, als die Zuständigkeit der Union begründet wird, wenn der Abschluss der Übereinkunft durch die Mitgliedstaaten die beeinträchtigende Wirkung hätte, und nicht (wie der Wortlaut suggeriert), der Abschluss durch die Union.²⁹

16. Ähnlich, aber mit inhaltlichen Unterschieden, ist die Beschreibung der weiteren Alternative, dass die Gemeinschaft zuständig ist, wenn
- der Vertrag „*notwendig ist, damit sie ihre interne Zuständigkeit ausüben kann*“ (Art. 3 (2) 2. Alternative) bzw. wenn er „*zur Verwirklichung eines*

26 Vöneky/Beylage Haarmann, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 216 AEUV, Rn. 17.; Obwexer, in: von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 3 AEUV Rn. 40; Mögele, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 34.

27 Vöneky/Beylage Haarmann, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 216 AEUV, Rn. 8 f.; Mögele, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 35.

28 Mögele, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 34, 35.

29 Obwexer, in: von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 3 AEUV Rn. 41; Mögele, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 36 m.w.N.; im Ergebnis ebenso, Nettesheim, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 3 AEUV, Rn. 24.

der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich“ ist (Art. 216 (1) 2. Alternative).

Diese Alternative (z.T. als Zielvariante bezeichnet)³⁰ kodifiziert, mit erheblichen Abweichungen im Detail (dazu sogleich unten), den Rechtsgedanken der Folgerechtsprechung nach dem AETR-Urteil, wonach eine implizite Außenkompetenz auch anerkannt wird, wenn die EU von ihren internen Befugnissen noch keinen Gebrauch gemacht hatte, aber ein Handeln der EU „notwendig“ ist, um eines der Ziele der EU zu erreichen.³¹

17. Demgegenüber enthält Art. 3 (2) eine Feststellung, die in Art. 216 (1) so nicht vorkommt, nämlich dass die Zuweisung der Kompetenz an die Union durch Art. 3 (2) eine ausschließliche Zuständigkeit (im Sinne von Art. 2 (1) AEUV) begründet, ein Tätigwerden der Mitgliedstaaten daher grundsätzlich unzulässig ist, selbst wenn die Union untätig bleibt.³² Es liegt deshalb an sich nahe, den soeben identifizierten Wortlautunterschied zwischen Art. 3 (2) 2. Alternative und Art. 216 (1) 2. Alternative so zu verstehen, dass der Wortlaut in Art. 3 (2) speziell die Rechtsprechung wiederspiegelt, die eine implizite, ausschließliche Zuständigkeit festgestellt hat, und zugleich zu prüfen, ob der Wortlaut von Art. 216 (1) 2. Alternative weiter ist und auch nicht-ausschließliche implizite Zuständigkeiten erfasst. Dafür spricht, dass der Wortlaut von Art. 3 (2) eine Zuständigkeit für eine Übereinkunft begründet, die „notwendig ist, damit [die Union] ihre [bereits bestehende] interne Zuständigkeit ausüben kann“,³³ während es für Art. 216 (1) 2. Alternative ausreicht, dass die Übereinkunft zur „Verwirklichung eines [d.h.: jedes] der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich“ ist.³⁴ Andererseits scheint der Wortlaut von Art. 216 (1) eher den in der früheren Rechtsprechung erwähnten Kriterien für eine ausschließliche implizite Zuständigkeit³⁵ zu entsprechen als Art. 3 (2).
18. Außerdem enthält Art. 216 (1) 1. Alternative (nicht aber Art. 3 (2)) die Aussage, dass die Gemeinschaft für den Abschluss von Übereinkünften zuständig ist, „wenn dies in den Verträgen vorgesehen ist.“ Diese Aussage in Art. 216 (1) mag selbstverständlich erscheinen, ihr Fehlen in Art. 3 (2) ist hingegen nicht selbstverständlich, sondern folgerichtig. Denn nicht alle im

30 Mögele, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 30.

31 EuGH, Gutachten 1/76, Slg. 1977, 741, für die Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs; z. B. verneint in EuGH, C-476/98, Kommission/Deutschland – „Open Skies“, Slg. 2002, I-9855, Rn. 82 ff.; s.a. EuGH, Gutachten 1/03 [Abschluss des neuen Übereinkommens von Lugano], Slg. 2006, I-1145, Rn. 114 ff.).

32 Weiß, Kompetenzverteilung bei gemischten Abkommen, DÖV 2016, 537, 538.

33 Nettesheim, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 3 AEUV, Rn. 23 will den Wortlaut so verstehen, dass damit nur eine ausgeübte interne Zuständigkeit gemeint ist, unter Hinweis auf das Gutachten 1/94 (WTO), Rn. 77; vgl. aber jetzt EuGH, Urt. v. 05.12.2017, C-600/14, Deutschland/Rat (OTIF), ECLI:EU:C:2017:935.

34 Mögele, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 31 meint, dass der Wortlaut zu weit sei, und einer gewissen teleologischen Reduktion bedürfe.

35 EuGH, Gutachten 1/03 [Lugano II], Slg. 2006, I-1145, Rn. 115: „ausschließliche Zuständigkeit wenn der Abschluss der völkerrechtlichen Vereinbarung somit erforderlich ist, um Ziele des EG-Vertrags zu verwirklichen, die sich durch die Aufstellung autonomer Regeln nicht erreichen ließen“, so auch Urt. C-467/98 (Kommission/Dänemark, Slg. 2002, I-9519, (Open Sky) Rn. 57.

Vertrag selbst vorgesehenen Vertragsschlusskompetenzen sind „ausschließliche“ Zuständigkeiten. Ausdrückliche Vertragsschlusskompetenzen sind daher immer zuständigkeitsbegründend (Art. 216 (1)), führen aber nicht notwendigerweise zu einer *ausschließlichen* Zuständigkeit i. S. v. Art. 3 (2).³⁶ Dieses Verständnis der Vorschrift ist systemgerecht, weil durch die Erwähnung vertraglicher Vertragsschlusskompetenzen in Art. 3 (2) sonst jede nicht-ausschließliche Zuständigkeit in eine ausschließliche Zuständigkeit verwandelt würde.

19. Schließlich stellt Art. 216 (1) klar, dass die Vertragsschlusskompetenz sich auf Verträge mit „*einem oder mehreren Drittländern oder einer oder mehreren internationalen Organisationen*“ erstreckt, ohne dass dies in Art. 3 (2) angesprochen wäre. Dies scheint eine rein technische Klarstellung zu sein, die im Kontext von Art. 216 (Titel V, Internationale Übereinkünfte) naheliegend erscheint, ohne einen wirklichen Unterschied zu Art. 3 (2) erkennen zu lassen.
20. Vor diesem Hintergrund lassen sich schon aus der Analyse des Wortlauts, des Kontexts und der Struktur der Vorschriften die folgenden Hauptunterschiede zwischen Art. 3 (2) und Art. 216 (1) AEUV ableiten:
 - Art. 3 (2) AEUV regelt die ausschließliche Vertragsschlusskompetenz der Union, während Art. 216 (1) auch Fälle von nicht-ausschließlichen (geteilter) Vertragsschlusskompetenzen erfasst.
 - Art. 3 (2) (ii) erfordert für den Fall, dass eine interne Zuständigkeit eine entsprechende externe Zuständigkeit begründen soll, dass die Übereinkunft „*notwendig ist, damit [die Union] ihre [bereits bestehende] interne Zuständigkeit ausüben kann*“, während es für Art. 216 (1) ausreicht, dass die Übereinkunft zur („*Verwirklichung eines [d.h.: jedes] der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich*“ ist. Für den Fall, dass Art. 216 (1) einschlägig, Art. 3 (2) aber unanwendbar ist (und auch sonst keine ausschließliche Zuständigkeit der Union ersichtlich ist), wird der Abschluss der Übereinkunft dann von einer geteilten Zuständigkeit erfasst.³⁷
 - Art. 216 (1) 1. Alternative AEUV begründet immer eine Vertragsschlusskompetenz. Ob es sich um eine ausschließliche oder eine geteilte Kompetenz handelt, beurteilt sich nach der Vertragsnorm, die die Kompetenzzuweisung enthält.
 - Demgegenüber sind die Zuständigkeitsanforderungen von Art. 3 (2) 1. Alternative und Art. 216 (1) 3. Alternative einerseits und von Art. 3 (2) 3. Alternative und Art. 216 (1) 4. Alternative AEUV andererseits im Wesentlichen deckungsgleich. Zuständigkeiten, die auf dieser Basis begrün-

36 Ähnlich Schlussantrag GAin Sharpston, Gutachten 2/15, Rn. 64; eine Aufzählung der ausdrücklichen Vertragsschlusskompetenzen im Vertrag findet sich bei Vöneky/Beylage Haarmann, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 216 AEUV, Rn. 7.

37 Das gilt vorbehaltlich eventueller *lex-specialis* Vorschriften in EUV oder AEUV.

det werden, sind daher grundsätzlich ausschließliche Zuständigkeiten der Union.

2. Das Gutachten 2/15

21. Die eben beschriebene Differenzierung ist in der Folgerechtsprechung zum AETR-Urteil bereits angelegt. Im Gutachten 1/03 (Lugano II) hat der Gerichtshof sich mit dieser Frage und der Differenzierung zwischen ausschließlicher und nicht-ausschließlicher Zuständigkeit näher befasst:³⁸ „*Der Gerichtshof hat außerdem festgestellt, dass die Gemeinschaft immer dann, wenn das Gemeinschaftsrecht ihren Organen im Hinblick auf ein bestimmtes Ziel im Inneren eine Zuständigkeit verleiht, befugt ist, die zur Erreichung dieses Ziels erforderlichen völkerrechtlichen Verpflichtungen einzugehen, auch wenn insoweit eine ausdrückliche Bestimmung fehlt. Diese Zuständigkeit der Gemeinschaft kann ausschließlich sein, oder sie kann zwischen dieser und den Mitgliedstaaten geteilt sein.*“
22. Diesem Ansatz folgt der Gerichtshof auch im Gutachten 2/15,³⁹ das nicht nur die neueste, sondern wohl auch die seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon tiefgreifendste Analyse der Außenzuständigkeiten der Union enthält.
 - a. Die Zuständigkeitsverteilung
 23. Der Gerichtshof und Generalanwältin Sharpston prüfen sehr ausführlich, inwieweit die Union für den Abschluss des Freihandelsabkommens mit Singapur (EU-Singapore Free Trade Agreement, „EUSFTA“) zuständig ist. Hier ist nicht der Ort (und zu wenig Raum), um das Gutachten in allen Details darzustellen. Dennoch ist eine kurze Analyse der Reihenfolge der Prüfungsschritte, die der Gerichtshof bzw. die Generalanwältin für erforderlich halten, aufschlussreich, besonders hinsichtlich der Bereiche, in denen eine ausschließliche Zuständigkeit der Union nicht anerkannt wird.
- i. Zum Investitionsschutz für Portfolioinvestitionen
24. Im Gutachten 2/15 analysiert der Gerichtshof die Zuständigkeit der Union zum Abschluss des EUSFTA hinsichtlich der verschiedenen Regelungen des Abkommens. Zum Investitionsschutz für Portfolioinvestitionen stellt der Gerichtshof zunächst fest, dass Portfolioinvestitionen nicht Regelungsgegenstand der gemeinsamen Handelspolitik i. S. v. Art. 207 AEUV sind (im Wesentlichen, weil sich aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte von Art. 207 die Beschränkung auf „Direktinvestitionen“ ergibt), sodass er eine

38 EuGH, Gutachten 1/03 [Lugano II], Slg. 2006, I-1145, Rn. 114 f.

39 EuGH, Gutachten 2/15 v. 16.05.2017, [Freihandelsabkommen Singapur], ECLI:EU:C:2017:376.

ausschließliche Zuständigkeit für Regelungen zu Portfolioinvestitionen nach Art. 3 (1) e) AEUV nicht anerkennt.⁴⁰

25. In einem zweiten Analyseschritt stellt der Gerichtshof sodann fest, dass mangels sekundärrechtlicher Regelungen zu Portfolioinvestitionen auch keine ausschließliche Zuständigkeit nach Art. 3 (2) 3. Alternative AEUV besteht. Dabei betont der Gerichtshof, dass es sich bei den in Art. 3 (2) 3. Alternative genannten „*gemeinsamen Regeln*“, die vom Übereinkommen „*beeinträchtigt[t] oder [in ihrer] Tragweiteveränder[t]*“ werden müssten, um Regeln des Sekundärrechts handeln muss, weil internationale Abkommen eine solche Wirkung auf Primärrecht gar nicht entfalten könnten. Deshalb sei die Berufung der Kommission auf Art. 63 (Kapitalverkehrsfreiheit) insoweit irrelevant.⁴¹ Da die „*Kommission in ihren vor dem Gerichtshof abgegebenen Erklärungen ausdrücklich dargelegt*“ hatte, dass der Abschluss eines solchen Abkommens nicht im Sinne von Art. 3 (2) 2. Alternative AEUV „*notwendig ...[sei], damit [die Union] ihre interne Zuständigkeit ausüben kann*“, hat der Gerichtshof andererseits keine Basis für eine ausschließliche Zuständigkeit im Sinne von Art. 3 (2) 2. Alternative AEUV gesehen.⁴² Auf der Basis des „*AETR-Effekts*“ ergibt sich daher keine ausschließliche Unionszuständigkeit.
26. Der Gerichtshof kommt damit zum dritten Schritt, der Zuständigkeitsanalyse auf der Grundlage von Art. 216:⁴³ „*Der Abschluss einer internationalen Übereinkunft durch die Union, die solche Investitionen erfasst, kann sich jedoch als im Sinne von Art. 216 (1) AEUV ,zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich ‘erweisen*“, u.a. weil „*der Abschluss internationaler Übereinkünfte, die zur Errichtung dieses freien Kapital- und Zahlungsverkehrs auf gegenseitiger Basis beitragen, als zur vollständigen Verwirklichung dieses freien Verkehrs erforderlich angesehen werden*“ könne, also zur Verwirklichung eines Ziels des AEUV erforderlich sei. Die Kapitalverkehrsfreiheit sei aber gemäß Art. 4 (2) a) AEUV eine zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit für den Binnenmarkt. Daraus folge, dass die der Union durch Art. 216 (1) AEUV übertragene Zuständigkeit für den Abschluss einer Übereinkunft ebenfalls als eine geteilte Zuständigkeit anzusehen sei, da Art. 4 (1) AEUV vorsehe, dass die Union „*ihre Zuständigkeit mit den Mitgliedstaaten[teilt], wenn ihr die Verträge außerhalb der in den Artikeln 3 und 6 genannten Bereiche eine Zuständigkeit übertragen.*“⁴⁴

40 EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 80-109.

41 EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 225-238.

42 EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 237, vgl. auch die Schlussanträge von GAin Sharpston, Rn. 348 „*Es wird nicht vorgetragen, dass für die Union eine ausschließliche Zuständigkeit für den Abschluss des EUSFTA notwendig sei, um ihre interne Zuständigkeit auszuüben. Art. 3 (2) Zweite Alternative AEUV findet daher keine Anwendung.*“

43 EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 239 ff.

44 EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 242.

ii. Zur Bedeutung des AETR-Effekts in der Verkehrspolitik

27. Generalanwältin Sharpston vertritt im Gutachtenverfahren 2/15 die grund-sätzliche Auffassung, es sei nicht erforderlich, dass die Union für jede einzelne Bestimmung eines Abkommens zuständig sei. Vielmehr habe der Ge-richtshof schon im Gutachten 2/00 klargestellt, „*dass [...] der genaue Um-fang der jeweiligen ausschließlichen Zuständigkeiten der Union und der je-weiligen geteilten (oder ausschließlichen) Zuständigkeiten der Mitglied-staaten in Bezug auf eine konkrete Übereinkunft als solcher keine Auswir-kungen auf die Zuständigkeit der Union [...] haben könne.*“⁴⁵ Das EUSFTA sei eine sehr heterogene Übereinkunft. Daraus folge „*zwangsläufig, dass sich die Würdigung der Frage, ob eine Zuständigkeit gegeben ist und wel-cher Art (ausschließlich oder geteilt) sie ist, (je nach Kontext) auf ein ein-zelnes Kapitel oder Gruppen von Kapiteln des EUSFTA, auf einen oder mehrere Teile dieser Übereinkunft oder bisweilen auf eine einzelne Bestim-mung konzentrieren muss.*“⁴⁶ Trotz ihrer Bereitschaft zur bereichsweisen Analyse kommt die Generalanwältin zu dem Ergebnis, dass im Bereich der Verkehrspolitik keine auf der kodifizierten AETR-Rechtsprechung beruhende ausschließliche Zuständigkeit gemäß Art. 3 (2) AEUV anzunehmen sei, wohl aber eine geteilte Zuständigkeit nach Art. 216 (1) AEUV.
28. Dabei stützt sich die Generalanwältin auf eine detaillierte Analyse der Vor-schriften des Abkommens, die sie zu den Regelungen des zum maßgebenden Zeitpunkt geltenden Sekundärrechts in einer dreistufigen Analyse in Beziehung setzt.⁴⁷ Der erste Schritt dieser Prüfung besteht in der Abgren-zung des Bereichs, den die internationale Übereinkunft betrifft. Der zweite Schritt ist die Ermittlung der in dem Bereich bestehenden gemeinsamen Re-geln. Der dritte Schritt besteht in der Prüfung der Auswirkungen des Ab-schlusses der internationalen Übereinkunft auf die relevanten gemeinsamen Regeln, wobei die Gefahr, dass gemeinsame Regeln beeinträchtigt oder de-ren Tragweite verändert werden könnten, ausreicht. Soweit der durch die internationale Übereinkunft geregelte Bereich vollständig durch gemeinsa-me Regeln harmonisiert ist, sei die ausschließliche Zuständigkeit in der Re-gel die Folge. Soweit aber der durch die internationale Übereinkunft gere-gelte Bereich nur teilweise durch gemeinsame Regeln harmonisiert wird, sei die ausschließliche Zuständigkeit der Union nicht zwangsläufig die Fol-ge, es bedürfe der näheren Prüfung.
29. Bei ihrer Analyse des EUSFTA stellt die Generalanwältin zur Verkehrspoli-tik die verschiedenen Regelungsbereiche des Abkommens fest, vergleicht sie mit den Regelungsbereichen des Sekundärrechts und stellt fest, dass hin-

⁴⁵ Schlussanträge von GAin Sharpston, Gutachten 2/15, Rn. 80f. unter Hinweis auf EuGH, Gutachten 2/00 (Pro-tokoll von Cartagena über die biologische Sicherheit) v. 06.12.2001 (EU:C:2001:664, Rn. 15).

⁴⁶ Schlussanträge von GAin Sharpston, Gutachten 2/15, Rn. 82.

⁴⁷ Schlussanträge von GAin Sharpston, Gutachten 2/15, Rn. 121-132.

sichtlich der Übernahme von Verpflichtungen zum Luft-, See- und Binnenschiffsverkehr keine ausschließliche Zuständigkeit anerkannt werden solle, weil die Überschneidungen zu gering sind; immerhin sei von einer geteilten externen Zuständigkeit gemäß Art. 216 (1) AEUV auszugehen. Demgegenüber sei eine ausschließliche externe Zuständigkeit nach Art. 3 (2) 3. Alternative AEUV für die Übernahme von Verpflichtungen zum Eisenbahn- und Straßenverkehr anzunehmen.⁴⁸

30. Der Gerichtshof geht einen etwas anderen Weg und knüpft unmittelbar an das AETR-Urteil an. Er verweist auf Rn. 17 des AETR-Urturts, wonach „*in den Bereichen, in denen die Union Vorschriften erlassen hat, die in irgend-einer Form gemeinsame Rechtsnormen vorsehen, die Mitgliedstaaten weder einzeln noch selbst gemeinsam handelnd mehr berechtigt sind, mit dritten Staaten Verpflichtungen einzugehen, die diese Normen beeinträchtigen.*“⁴⁹ (Hervorhebung durch den Verfasser). Für die Beurteilung, ob diese Verpflichtungen „*gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern [können]*“, sei die „*ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs*⁵⁰ zugrunde zu legen, wonach diese Gefahr besteht, wenn die Verpflichtungen in den Anwendungsbereich der gemeinsamen Regeln fallen.“⁵¹ Mit anderen Worten, der Gerichtshof prüft zunächst, ob Sekundärrecht besteht, um dann zu sehen, ob Verpflichtungen aus dem Abkommen in dessen Anwendungsbereich fallen.
31. Dabei betont der Gerichtshof, dass die „*Tragweite der gemeinsamen Regeln der Union auch dann durch solche Verpflichtungen beeinträchtigt oder verändert werden [kann], wenn diese Verpflichtungen einen Bereich betreffen, der bereits weitgehend von gemeinsamen Regeln erfasst ist.*“⁵² Erneut betrachtet der Gerichtshof zunächst den Sekundärrechtsbestand. Ist der durch Verpflichtungen aus dem Abkommen tangiert, so folgt daraus die ausschließliche Zuständigkeit gemäß Art. 3 (2) 3. Alternative AEUV.
32. Bei der Prüfung der Zuständigkeit zum Abschluss des EUSFTA für Verpflichtungen im Bereich Verkehr stellt der Gerichtshof vor diesem Hintergrund zunächst fest, dass sie (i) nicht als Teil der gemeinsamen Handelspolitik anzusehen seien (aufgrund von Art. 207 (5) AEUV). Er prüfte sodann

48 Schlussanträge von GAin Sharpston, Gutachten 2/15, Rn. 220–268.

49 EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 170, unter Hinweis auf die Rechtssache 22/70, Kommission/Rat (AETR), EU:C:1971:32, Rn. 17; sowie unter Hinweis auf sein Urt. in der Sache C-467/98, Kommission/Dänemark, EU:C:2002:625, Rn. 77–80.

50 Der Gerichtshof verweist auf seine Rechtsprechung in der Sache C-114/12, Kommission/Rat, EU:C:2014:2151, Rn. 68; Gutachten 1/13 [Beitritt von Drittstaaten zum Haager Übereinkommen], EU:C:2014:2303, Rn. 71; C-66/13, Green Network, EU:C:2014:2399, Rn. 29, und Gutachten 3/15 [Vertrag von Marrakesch über den Zugang zu veröffentlichten Werken] v. 14.02.2017, EU:C:2017:114, Rn. 105.

51 EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 180.

52 EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 181, unter Hinweis auf sein Gutachten 1/03 [Neues Übereinkommen von Lugano], EU:C:2006:81, Rn. 126; C-114/12, Kommission/Rat, EU:C:2014:2151, Rn. 69, 70; Gutachten 1/13 [Beitritt von Drittstaaten zum Haager Übereinkommen], EU:C:2014:2303, Rn. 72, 73, und Gutachten 3/15 [Vertrag von Marrakesch über den Zugang zu veröffentlichten Werken], EU:C:2017:114, Rn. 106, 107).

- (ii) den Regelungsbestand der Union hinsichtlich von Seeverkehr, Straßen- und Eisenbahnverkehr⁵³ und stellt fest, dass die Regelungsdichte in diesen Bereichen so hoch ist, dass die Regelungen des Abkommens geeignet wären, Sinn, Tragweite und Wirksamkeit des vorhandenen Sekundärrechts zu beeinflussen, selbst wenn das Abkommen zu diesen Regeln nicht im Widerspruch stehe. Deshalb war hinsichtlich dieser Verkehrsbereiche die Union für den Abschluss der EUSFTA gemäß Art. 3 (2) AEUV ausschließlich zuständig.⁵⁴
33. Insgesamt steht für den Gerichtshof die Frage im Vordergrund, ob ein Bereich im Wesentlichen durch Sekundärrecht abgedeckt wird. Ist das der Fall und berühren Verpflichtungen aus dem abzuschließenden Abkommen diese Regelungen, dann sind die Voraussetzungen von Art. 3 (2) 3. Alternative AEUV erfüllt und die Union wird ausschließlich zuständig. Durch eine Analyse, die sich im Vergleich zu der von Generalanwältin Sharpston (i) durch einen anderen Prüfungsschwerpunkt und (ii) eine großzügigere Sicht auf die Frage, wann ein Bereich im Wesentlichen durch Sekundärrecht abgedeckt ist, auszeichnet, kommt der Gerichtshof so zu dem Ergebnis, dass alle verkehrspolitischen Regelungen des EUSFTA von der ausschließlichen „AETR“-Zuständigkeit der Union umfasst werden.
- iii. Zur Bedeutung von Regelungen äußerst begrenzter Tragweite
34. Interessant ist auch der Ansatz des Gerichtshofs zu unwesentlichen Nebenbereichen, hinsichtlich derer keine EU-Zuständigkeit besteht. Diese Frage stellte sich hinsichtlich der Zuständigkeit für den Binnenschiffsverkehr.
35. Im Bereich des Binnenschiffsverkehrs stellt der Gerichtshof keine mit den anderen Bereichen der Verkehrspolitik vergleichbare Regelungsdichte des Sekundärrechts fest. In dieser Hinsicht beschränkt er sich auf die Analyse der Verpflichtungen im EUSFTA und kommt zu dem Ergebnis, dass es „allenfalls“ um „Verpflichtungen von äußerst begrenzter Tragweite“ geht.⁵⁵ Der Gerichtshof betont, dass „nach ständiger Rechtsprechung bei der Prüfung der Art der Zuständigkeit für den Abschluss einer internationalen Übereinkunft keine Bestimmungen dieser Übereinkunft zu berücksichtigen [sind], die von äußerst begrenzter Tragweite sind.“⁵⁶ Daher ist im vorliegen-

53 Der Gerichtshof prüft tatsächlich zuerst kurz, ob das EUSFTA überhaupt relevante Verpflichtungen enthält. Das führt dazu, dass er auf eine Analyse des Luftverkehrs verzichtet, weil sich aus Art. 8.3 Buchst. c und Art. 8.9 Buchst. e EUSFTA ergäbe, dass „der inländische und der internationale Luftverkehr dagegen nicht von diesem Abkommen erfasst“ wird (Rn. 62). Die vom EUSFTA erfassten „Luftfahrzeugreparatur- und -wartungsdienstleistungen, bei denen ein Luftfahrzeug vom Betrieb ausgesetzt wird“, der „Verkauf und [die] Vermarktung von Luftverkehrsdiendstleistungen“ und die „Dienstleistungen computergesteuerter Buchungssysteme“ seien keine „echten“ Verkehrsdiendstleistungen, sondern als „gewerbliche Dienstleistungen“ einzustufen, die unter Art. 207 (1) fielen (Rn. 65, 68).

54 EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 201, 210.

55 EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 216.

56 Unter Hinweis auf das Gutachten 1/08 [Abkommen zur Änderung der Listen spezifischer Verpflichtungen nach dem GATS], EU:C:2009:739, Rn. 166 und die dort angeführte Rechtsprechung.

den Fall die Art der Zuständigkeit der Union für die in Kapitel 8 des geplanten Abkommens enthaltenen Verpflichtungen im Verkehrsbereich unter Berücksichtigung der Verpflichtungen in Bezug auf den See-, Eisenbahn- und Straßenverkehr zu bestimmen.“ Daher sei die Union für das gesamte Kapitel 8 [Verkehr] ausschließlich zuständig.⁵⁷

- b. Die Folgen geteilter Zuständigkeiten für den Abschluss internationaler Übereinkünfte
- 36. Eine der größeren Überraschungen des Gutachtens 2/15 sind die Aussagen (oder besser: deren Fehlen) zu den Folgen einer geteilten Zuständigkeit für die praktische Umsetzung des Vertragsschlussverfahrens. Der Gerichtshof ordnet die Regelungen zu Portfolio- („Nicht-direkt“) Investitionen (sowie zum ISDS⁵⁸) im EUSFTA als eine zwischen EU und Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit ein.⁵⁹ Trotz dieser Feststellung hält er kurz und apodiktisch fest, die Union könne die diesbezüglichen Regelungen (u. a. Kapitel 9 Abschnitt A EUSFTA) nicht selbst abschließen, vielmehr sei ein gemischtes Abkommen unter Beteiligung der Mitgliedstaaten erforderlich.⁶⁰
- 37. Allgemein sind in Abhängigkeit der Zuständigkeiten von Union und Mitgliedstaaten für in einer internationalen Übereinkunft enthaltene Regelungen fünf wesentliche Fallgestaltungen denkbar, hinsichtlich derer sich vor der Entscheidung des Gerichtshofs zum Gutachten 2/15 die Rechtsfolgen wie folgt darstellen:
 - a) Hat die Union die ausschließliche Zuständigkeit für alle Bereiche eines Übereinkommens, dann ist die Union allein für den Abschluss des Übereinkommens ausschließlich zuständig;
 - b) Haben die Mitgliedstaaten die ausschließliche Zuständigkeit für alle Bereiche eines Übereinkommens, dann sind sie allein für den Abschluss des Übereinkommens ausschließlich zuständig, die Union wird nicht Vertragspartei;
 - c) Hat die Union die ausschließliche Zuständigkeit für bestimmte Bereiche eines Übereinkommens und sind die Mitgliedstaaten für weitere Bereiche ausschließlich zuständig, dann ist zwingend der Abschluss des Über-

57 EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 217.

58 Der Gerichtshof nennt keine klare Rechtsgrundlage für eine (geteilte) Kompetenz der EU für Vertragsregelungen über Portfolio-Investitionen und das ISDS. Zum ISDS betont der Gerichtshof (Rn. 292), dass nach Wahl des Investors von der obligatorischen staatlichen Gerichtsbarkeit abgewichen werden kann. Wegen dieses tiefgreifenden Eingriffs in die mitgliedstaatliche Justizhoheit spricht der Gerichtshof den ISDS-Regelungen bloßen Hilfscharakter ab. Aus der Sicht der Mitgliedstaaten wäre es deshalb konsequent, das Bestehen einer ausschließlichen mitgliedstaatlichen Kompetenz (statt einer geteilten Kompetenz) anzunehmen. Damit passt die Aussage, die Union könne ein Abkommen mit solchen Regelungen nicht allein abschließen, aber auch nicht, denn dann hätte die Union insoweit gar keine Kompetenz. Deshalb halte ich es, insbesondere angesichts des späteren Urteil in der Sache C-600/14 (s. u., Rn. 44 und Fn. 71) für wenig wahrscheinlich, dass der Gerichtshof nur untechnisch von einer „geteilten Kompetenz“ sprach und eine ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten begründen wollte.

59 EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 243.

60 EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 244.

- einkommens als „gemischtes Abkommen“ durch Union und Mitgliedstaaten erforderlich (sog. „*obligatorisch gemischtes Abkommen*“);
- d) Hat die Union die (i) ausschließliche Zuständigkeit für bestimmte Bereiche eines Übereinkommens, sind (ii) die Mitgliedstaaten für weitere Bereiche ausschließlich zuständig und gibt es (iii) Bereiche der geteilten Zuständigkeit, dann ist zwingend der Abschluss des Übereinkommens als „gemischtes Abkommen“ durch Union und Mitgliedstaaten erforderlich (weil die verbleibenden ausschließlichen Kompetenzen der Mitgliedstaaten deren Beteiligung nötig machen);⁶¹
- e) Hat die Union die (i) ausschließliche Zuständigkeit für bestimmte Bereiche eines Übereinkommens und gibt es (ii) Bereiche der geteilten Zuständigkeit, ohne dass (iii) die Mitgliedstaaten selbst für einen Bereich noch ausschließlich zuständig sind, dann ist der Abschluss des Übereinkommens als „fakultativ gemischtes Abkommen“ durch Union und Mitgliedstaaten möglich, aber nicht zwingend erforderlich (sog. „*fakultativ gemischtes Abkommen*“).
38. Hinsichtlich der fünften Alternative lautet die Grundregel zur Ausübung geteilter Zuständigkeiten in Art. 2 (2) AEUV wie folgt:
- „Übertragen die Verträge der Union für einen bestimmten Bereich eine mit den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit, so können die Union und die Mitgliedstaaten in diesem Bereich gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen. Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit wahr; sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat. Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit erneut wahr; sofern und soweit die Union entschieden hat, ihre Zuständigkeit nicht mehr auszuüben.“
39. Wenn also für eine Materie die Zuständigkeit zwischen Union und Mitgliedstaaten geteilt ist, führt das dazu, dass zunächst die Union entscheiden muss, ob sie handeln will,⁶² während Mitgliedstaaten im Bereich geteilter Zuständigkeiten autonom nur handeln können, wenn die Union untätig geblieben ist (oder in der Zukunft nicht mehr tätig werden will). Der Gerichtshof hatte hinsichtlich der Regeln zu Portfolioinvestitionen im EUSFTA im vorliegenden Fall ausdrücklich festgestellt, bei der Außenzuständigkeit handle es sich gemäß Art. 4 AEUV um eine geteilte Zuständigkeit. Deshalb müsste grundsätzlich die Grundregel des Art. 2 AEUV anwendbar sein.⁶³
40. Das hätte zur Konsequenz, dass die EU (im Rahmen ihrer Institutionen) darüber entscheiden müsste, ob sie die geteilte (Außen-)Zuständigkeit selbst wahrnimmt und das Abkommen allein schließt oder hierauf verzichtet und

61 Schlussantrag GAin Sharpston, Gutachten 2/15, Rn. 78; unter Verweis auf Schlussantrag GAin Kokott, Kommission/Rat, C-13/07, EU:C:2009:190, Rn. 121; und EuGH, Portugal/Rat, C-268/94, EU:C:1996:461, Rn. 39.

62 Die Union hätte das Recht zunächst selbst über diese Zuständigkeit zu entscheiden, vgl. GAin Sharpston, Schlussanträge zu Gutachten 2/15, Rn. 73, („Vorgriffsrecht der Union“); im Ergebnis ähnlich etwa Mögеле, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 40; Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 2 AEUV, Rn. 13 ff.; Nettesheim, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 2 AEUV, Rn. 27.

63 Schlussantrag GAin J. Kokott, C-13/07, Kommission/Rat, EU:C:2009:190, Rn. 88; G. Van Der Loo, R. Wessel, The Non-Ratification of Mixed Agreements, CMLRev [2017] 54.

das Abkommen mit den Mitgliedstaaten als fakultativ gemischtes Abkommen abschließt.⁶⁴ Diese Entscheidung wäre im Wesentlichen von den Mitgliedstaaten kollektiv im Rat zu treffen, allerdings (soweit nicht aus besonderen Gründen Einstimmigkeit im Rat erforderlich wäre) unter Geltung des Mehrheitsprinzips,⁶⁵ sodass Blockaden einzelner Mitgliedstaaten ausgeschlossen oder erheblich erschwert wären. Dieser Ansatz fand im deutschen Schrifttum Unterstützung.⁶⁶

41. Allerdings gibt es auch eine Reihe von Gegenstimmen, die meinen, dass die Grundregel für die Ausübung geteilter Zuständigkeiten aus Art. 2 (2) für die internen Zuständigkeiten, nicht aber im Außenverhältnis gelten.⁶⁷ Insofern sei beim Vorliegen interner geteilter Kompetenzen nicht ohne Weiteres anzunehmen, dass auch im Außenverhältnis eine geteilte Zuständigkeit bestehe.
42. Der Ansatz, der von der Existenz fakultativ gemischter Abkommen (jedenfalls beim festgestellten Vorliegen geteilter externer Zuständigkeiten) ausgeht, wurde auch von Generalanwältin Sharpston in ihren Schlussanträgen⁶⁸ (und offenbar auch vom Rat) grundsätzlich befürwortet, selbst wenn Generalanwältin Sharpston auf der Grundlage ihrer Analyse zu dem Ergebnis kommen musste, das EUSFTA bedürfe der obligatorischen Mitwirkung der Mitgliedstaaten (weil nach ihrer Auffassung die Union keine Zuständigkeit für die Ablösung der bestehenden bilateralen Investitionsschutzabkommen hatte, sondern dies in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fiel).⁶⁹
43. Der Gerichtshof hat sich zu diesen Überlegungen im Gutachten 2/15 nicht geäußert. Ohne nähere Begründung kommt er zu dem Ergebnis, dass die Inhalte des Abkommens, die in die geteilte externe Zuständigkeit fallen, nicht von der EU „allein genehmigt werden [können],“⁷⁰ sodass das Freihandelsabkommen mit Singapur von der EU und den Mitgliedstaaten gemeinsam abgeschlossen werden muss.

64 Schlussantrag GAin Sharpston, Gutachten 2/15, Rn. 73-74, die die Frage aufwirft, ob die Wahrnehmung der **internen** gemischten Zuständigkeit von der Wahrnehmung der gemischten Außenzuständigkeit getrennt werden kann. Die GAin scheint das zu bejahen.

65 Schlussantrag GAin Sharpston, Gutachten 2/15, Rn. 74.

66 Mögeln, in Streinz, EUV/AEUV, Art. 216, Rn. 40 ff.; Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, aaO. (Fn. 62), Art. 2 AEUV, Rn. 13 ff.

67 Weiß, Kompetenzverteilung bei gemischten Abkommen am Beispiel des TTIP, DÖV 2016, 537, 539 f. m.w.N. (offenbar beschränkt auf Fälle in denen die gemischte externe Kompetenz sich nicht ohne Weiteres feststellen lässt); weiteroffenbar Bernd Grzesick, der erwähnt (ohne Bezug auf das Gutachten 2/15), dass in der deutschen Literatur „auf breiter Linie“ angenommen werde, dass bei geteilten Zuständigkeiten immer ein gemischtes Abkommen erforderlich sei, Grzesick, Stellungnahme zur Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen - Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 13.01.2016; [https://www.bundestag.de/blob/409794/4c7fb2623ff719116fa94548a1bc67e/wortprotokoll-d](https://www.bundestag.de/blob/409794/4c7fb2623ff719116fa94548a1bc67e/wortprotokoll-data.pdf) ata.pdf, S. 51, unter Verweis auf Mayr, EuR 2015, 575, 582; ebenso offenbar Bäumler, Vom Vertragstext zum Inkrafttreten, (CETA), EuR 2016, 607, 617 f.

68 Schlussantrag GAin Sharpston, Gutachten 2/15, Rn. 72-74.

69 GAin Sharpston, Schlussanträge zu Gutachten 2/15, Rn. 563.

70 EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 243, 244, siehe auch Rn. 282, 304.

44. Der Gerichtshof hat dieses überraschend wirkende Ergebnis des Gutachtens 2/15 in seinem Urteil vom 5. Dezember 2017⁷¹ präzisiert. In dem zugrundeliegenden Verfahren (C-600/14) ging es unter anderem um die Zuständigkeitsverteilung für die Regelung bestimmter zivilrechtlicher Haftungsfragen im Eisenbahnverkehr, hinsichtlich derer es keine EU-internen Regelungen gibt.⁷² Generalanwalt Szpunar lehnte deshalb in seinem Schlussantrag vom 24. April 2017 eine ausschließliche Zuständigkeit der Union nach Art. 3 (2) AEUV ab,⁷³ ging aber von einer geteilten Zuständigkeit nach Art. 216 (1) AEUV aus. Da der Rat diese Zuständigkeit ausgeübt habe, sei Deutschland gehindert, insoweit seine eigene Zuständigkeit auszuüben.⁷⁴ Dies stand in einem gewissen Widerspruch zur apodiktischen Feststellung des Gerichtshofs im Gutachten 2/15, dass im Falle einer geteilten Zuständigkeit die Mitwirkung der Mitgliedstaaten notwendig sei.
45. Der Gerichtshof bestätigt den Generalanwalt durch Urteil vom 5. Dezember 2017 und erläutert, dass er in Rn. 244 des Gutachtens 2/15 zwar festgestellt habe, „dass die maßgeblichen Bestimmungen des [EUSFTA [...]], die in die zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit fallen, nicht von der Union allein genehmigt werden konnten. Damit stellte er jedoch nur auf die vom Rat im damaligen Gutachtenverfahren vorgetragene Unmöglichkeit ab, die erforderliche Ratsmehrheit dafür zu erreichen, dass die Union die in diesem Bereich mit den Mitgliedstaaten geteilte Außenkompetenz allein ausüben konnte.“⁷⁵

3. Erste Reaktionen in der wissenschaftlichen Literatur

46. In der deutschen Literatur finden sich bisher erst wenige Analysen des Gutachtens 2/15. Hinsichtlich der Analyse der Zuständigkeitsverteilung wird beschreibend und zustimmend betont, dass der Gerichtshof den neuen Wortlaut von Art. 3 (2) und Art. 216 (1) AEUV ernst genommen und diese Vorschriften vor dem Hintergrund der AETR überzeugend ausgelegt habe.⁷⁶
47. Die Frage, welche Konsequenzen aus einer geteilten Zuständigkeit folgen, steht bei vielen Kommentaren im Vordergrund. Eine Reihe von Autoren sind von dem Ergebnis überrascht und konstatieren zunächst einmal die Existenz eines gewissen Widerspruchs.⁷⁷ Einige Autoren neigen dazu, die

71 EuGH, Urt. v. 05.12.2017, C-600/14, Deutschland/Rat (OTIF), ECLI:EU:C:2017:935.

72 Schlussanträge GA Szpunar, C-600/14, Deutschland/Rat, ECLI:EU:C:2017:296, Rn. 136, 140-144, 151, 153-155.

73 Ibid., Rn. 144, 155.

74 Ibid., Rn. 119 f.

75 EuGH, Urt. v. 05.12.2017, C-600/14, Deutschland/Rat (OTIF), ECLI:EU:C:2017:935, insb. Rn. 68.

76 Thym, Mixity after Opinion 2/15. Judicial Confusion over Shared Competences, Verfassungsblog v. 31.5.2017, abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/mixity-after-opinion-215-judicial-confusion-over-share-d-competences/>.

77 Vgl. N. Behrends, P. Kubicki, H. Rathke, Das Gutachten des EuGH zum Freihandelsabkommen mit Singapur, Deutscher Bundestag, Fachbereich Europa, Infobrief – (zitiert als: Behrends u. a., BT-Gutachten) S. 11; Kleemann/Kübck, The Singapore Opinion or the End of Mixity as We Know It, verfassungsblog.de v. 23.05.2017,

Haltung des Gerichtshofs zu verallgemeinern,⁷⁸ also in allen Fällen der o.g. 5. Alternative (Rn. 37) den Vertragsabschluss in der Form eines *obligatorisch gemischten Abkommens* zu fordern. Sie berufen sich darauf, dass der Gerichtshof eindeutig eine geteilte Kompetenz annahm und zugleich die obligatorische Mitwirkung der Mitgliedstaaten ohne erkennbare Ausnahme für erforderlich hielt.⁷⁹

48. Andererseits lässt sich die Kürze und fehlende Begründung möglicherweise auch durch Meinungsunterschiede hinsichtlich der „richtigen“ Begründung innerhalb des Gerichtshofs erklären. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Gerichtshof es meist vermeidet, unter den Richtern umstrittene Fragen im Urteil explizit näher zu analysieren und die Wahrscheinlichkeit von Meinungsunterschieden innerhalb des Gerichtshofs besonders groß ist, wenn der Gerichtshof (wie hier) ausnahmsweise im Plenum (also unter Beteiligung aller 28 Richter) entscheidet.
49. Andere Autoren versuchen deshalb, die Entscheidung im Gutachten 2/15 vor dem Hintergrund der Besonderheiten des Einzelfalls zu erklären. Dazu werden verschiedene Überlegungen angestellt, die den Widerspruch zwischen dem Gutachten und Art. 2 (2) AEUV auflösen sollen.
50. Die erste, und nach dem jüngsten Urteil des Gerichtshofs in der Sache C-600/14 wohl zutreffende, Erklärung lautet wie folgt: Die Union muss ihre Kompetenz bei geteilten Zuständigkeiten gemäß Art. 2 (2) auch ausüben. Im Fall des EUSFTA hatte der Rat der Kommission ausdrücklich ein Verhandlungsmandat zum Abschluss eines gemischten Abkommens erteilt,⁸⁰ worin konkludent die Aussage liegt, die gemischte Zuständigkeit durch die Union nicht ausüben zu wollen. Auf die mangelnde Bereitschaft des Rates, die geteilte Zuständigkeit für die Union wahrzunehmen, hatte der Rat vor dem EuGH auch hingewiesen. Das erklärt, warum die vom Gerichtshof betonten gemischten Zuständigkeiten im konkreten Fall bei den Mitgliedstaaten verblieben waren. Das Ergebnis des Gerichtshofs im Gutachten 2/15 rechtfertigt sich dann daraus, dass die Union (im Rat) die geteilte Zuständigkeit nicht ausüben wollte.⁸¹
51. Problematisch bleibt in diesem Zusammenhang allerdings, dass der Rat sich nicht konkret mit den vom Gerichtshof erst nachträglich festgestellten gemischten Zuständigkeiten befassen konnte (der Rat ging damals ja von noch

online abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/the-singapore-opinion-or-the-end-of-mixity-as-we-know-it/>; Giorgia Sangiuolo, A comment on opinion 2/15 and investor state dispute resolution. The price of preserving the division of powers, <https://blogs.kcl.ac.uk/kslcommerciallawblog/2017/08/25/a-comment-on-opinion-215-and-investor-state-dispute-resolution-the-price-of-preserving-the-division-of-powers/>, die die Entscheidung mehr als „politische Entscheidung“ zulasten eines cohärenten Vertragswerks deutet.

78 So Ankersmit, Opinion 2/15 and the Future of Mixity and ISDS, European Law Blog vom 18.5.2017, online abrufbar unter <https://europeanlawblog.eu/2017/05/18/opinion-215-and-the-future-of-mixity-and-isds/>.

79 Vgl. Behrends, u.a., BT-Gutachten, aaO. (Fn. 77), S. 10.

80 Schlussantrag GA in Sharpston, Gutachten 2/15, Rn. 83 (auch Rn. 7).

81 Behrends, u.a., BT-Gutachten, aaO. (Fn. 77), S. 13; vgl. etwa Thym, Mixity after Opinion 2/15. Judicial Confusion over Shared Competences, Verfassungsblog v. 31.05.2017, abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/mixity-after-opinion-215-judicial-confusion-over-shared-competences/>.

- weitergehenden, gemischten Zuständigkeiten aus), der Rat also sein Handlungsermessen (Abschluss durch EU oder die Mitgliedstaaten) gar nicht vernünftig ausüben konnte.
52. Ein zweiter Erklärungsversuch setzt bei der Grundregel von Art. 2 (2) AEUV an. Diese wird teilweise als Regel vor allem für die Wahrnehmung von Innenkompetenzen wahrgenommen, sodass man die Frage aufwerfen kann, ob Art. 2 (2) überhaupt das Vorgehen bei gemischten Außenkompetenzen regelt.⁸² Insofern wird in der Literatur diskutiert, ob eine Sperrwirkung von Art. 2 (2) zugunsten der Union voraussetzt, dass die Union ihre entsprechende Innenkompetenz schon wahrgenommen hat oder wenigstens beabsichtigt, sie nach innen oder außen wahrzunehmen.⁸³ In eine ähnliche Richtung geht eine (wohl auch von GAin Sharpston angedeutete) Frage, ob eine geteilte Außenkompetenz nur gleichzeitig mit der entsprechenden Innenkompetenz ausgeübt werden kann⁸⁴ oder ob die geteilte Zuständigkeit nach außen in der Form begrenzt ist, dass sie nur so weit reicht, wie auch das Recht zum Erlass von Rechtsakten nach innen reichen würde.⁸⁵
53. Der Widerspruch im Gutachten 2/15 entfiele nämlich auch dann, wenn mangels einer ausgeübten Innenkompetenz (oder angesichts der Beschränkungen dieser Kompetenz) der Rat gar keine Möglichkeit gehabt hätte, sich für die Ausübung der Außenkompetenz durch die Union zu entscheiden. Denkbar sei, dass der Gerichtshof gemeint habe, dass die Regelungen, die die Union nach innen auf der Grundlage von Art. 64 AEUV zum freien Kapitalverkehr erlassen könne, weniger weit reichen als die Regelungen, die das EUSFTA (nach außen) enthielten, gerade hinsichtlich der Portfolioinvestitionen.⁸⁶ Dieser zweite Erklärungsansatz ließe aber die Frage unbeantwortet, welche Unterschiede zwischen einer geteilten Außenkompetenz und einer ausschließlichen Kompetenz der Mitgliedstaaten dann noch verblieben.
54. Einem solchen Ansatz hat allerdings der Gerichtshof hinsichtlich Art. 216 (1) 2. Alternative jüngst ausdrücklich eine Absage erteilt. Schon Generalan-

82 Siehe oben, Rn. 41; sowie Behrends, u.a., BT-Gutachten, aaO. (Fn. 77), S. 10, Grzesick, Stellungnahme, aaO. (Fn. 66), S. 46, unter Hinweis auf F. Kaiser, Gemischte Abkommen im Lichte bundesstaatlicher Erfahrungen, Mohr, 2009, S. 14.

83 Kaiser, Gemischte Abkommen, aaO. S. 14, 25; Mayer, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, Rechtsgutachten, aaO. Fn. 20, S. 6; S.D. Engbrink, Die Kohärenz des auswärtigen Handelns der Europäischen Union, Mohr, 2014, S. 124.

84 Schlussantrag GAin Sharpston, Gutachten 2/15, Rn. 73: "However, the text of Article 2 (2) TFEU can be read as permitting the European Union to exercise its right of pre-emption in relation to both external and internal competence." Die Generalanwältin weist in anderem Kontext (Handelspolitik und Art. 3 (1) e) AEUV) darauf hin, dass hinsichtlich ausschließlicher Kompetenzen die parallele Ausübung von Innenkompetenzen nicht erforderlich ist (Rn. 109, Fn. 60, in Abgrenzung zu GAin Kokott)), andererseits deutete der Gerichtshof im Gutachten 1/94 noch auf die Notwendigkeit der Ausübung von Innenkompetenzen hin (Slg. 1994, I-5267, Rn. 77). Gegen eine Begrenzung der Außenkompetenzen auf ausgeübte Binnenkompetenzen auch GA Szpunar, C-600/14, Deutschland/Rat, ECLI:EU:C:2017:296, Rn. 104-115 m.w.N.

85 Thym, Mixity after Opinion 2/15 - Judicial Confusion over Shared Competences, Verfassungsblog v. 31.05.2017, abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/mixity-after-opinion-215-judicial-confusion-over-shared-competences/>.

86 Thym, ibid., s.a. Behrends u. a., BT-Gutachten, aaO., Fn. 77, S. 10.

walt Szpunar hatte sich in der Sache C-600/14 hinsichtlich Art. 216 (1) 2. Alternative ausdrücklich gegen eine Begrenzung einer geteilten Außenkompetenz auf ausgeübte Binnenkompetenzen ausgesprochen.⁸⁷ Dem ist der Gerichtshof gefolgt (unter Betonung des Unterschieds der 2. zur 4. Alternative; hinsichtlich letzterer sei die Ausübung von Kompetenzen durch Sekundärrecht erforderlich).⁸⁸ Gegen eine Begrenzung einer geteilten Außenkompetenz auf ausgeübte Binnenkompetenzen im Falle von Art. 216 (1) 1. Alternative AEUV spricht auch, dass wenn ausdrückliche primärrechtliche Vertragsschlusskompetenzen bestehen, diese Kompetenzen weitgehend inhaltsleer wären, wenn sie nur zusammen mit oder in den Grenzen von gemischten Binnenkompetenzen ausgeübt werden könnten.

55. Bisher hat sich zu dieser Frage noch keine „herrschende“ oder überwiegende Meinung in der deutschen „Doktrin“ herausgebildet.

4. Erste Reaktionen aus Politik und Verwaltung

56. Interessant sind die politischen Reaktionen, die sich allerdings nicht spezifisch mit dem Gutachten 2/15 auseinandersetzen. Die EU-Handelspolitik war Thema der gescheiterten Sondierungsgespräche („Jamaika Koalition“) für die Regierungsbildung nach der deutschen Bundestagswahl im Herbst 2017. Mit erstaunlicher Einmütigkeit heißt es in den Papieren zum Sachstand der Sondierungsgespräche: „*Wir wollen die Architektur künftiger Handelsabkommen nach dem Prinzip „EU-only“ gestalten und Transparenz sowie Parlamentsbeteiligung im Verfahren von Anbeginn an stärken.*“⁸⁹
57. Einigkeit bestand auch darüber, dass „*freier und fairer Handel Wohlstand schafft und dass Globalisierung gerecht gestaltet werden muss*“ und dass „*in der Handelspolitik die Sustainable Development Goals (SDGs) beachtet werden sollen.*“ Ein „*regelbasiertes multilaterales Handelssystem*“ und „*die zentrale Rolle der WTO*“ sollen gestärkt werden. Bis das erreicht sei, seien weitere bilaterale Handelsabkommen notwendig, mit denen der Marktzugang für deutsche und europäische Unternehmen verbessert werden soll.⁹⁰ Aus Sicht des Verfassers spricht manches dafür, dass eine ähnliche Haltung auch im Falle einer Regierungsbildung durch CDU und SPD vorherrschen würde.
58. Hinsichtlich von Reaktionen der Verwaltung ist mein Eindruck, dass dort die jetzt deutlich gewordenen Unterschiede zwischen Art. 3 (2) 2. Alternative

87 Schlussanträge GA Szpunar, C-600/14, Deutschland/Rat, ECLI:EU:C:2017:296, Rn. 104-115 m.w.N.

88 EuGH, Urt. v. 05.12.2017, C-600/14, Deutschland/Rat (OTIF), ECLI:EU:C:2017:935, Rn. 61 ff., 67.

89 Arbeitspapier: Ergebnis der Sondierungsgespräche zwischen CDU/CSU, FDP und Bündnis 90/Die Grünen (15.11.2017), S. 56, Zeile 1999-2001; ebenso bereits die ersten Sondierungspapiere, z. B. Anlage 11, Sondierungsgesamt Internationale Politik (03.11.2017) S. 3 (Stichwort „Handel“).

90 Ibid., Zeile 1989-1997. Das bedeutet aber nicht, dass alle Parteien die zur Ratifikation anstehenden Abkommen (insb. CETA) gutheißen, die Gründen möchten (im Gegensatz zu FDP, CDU und CSU) CETA nicht ratifizieren.

- ve (Außenzuständigkeit, die zur internen Kompetenzwahrnehmung notwendig ist) und Art. 216 (1) 2. Alternative (Kompetenz zur Zielverwirklichung) aufmerksam verfolgt werden. Art. 216 (1) 2. Alternative sei wesentlich weiter gefasst, begründe aber eben keine ausschließliche Zuständigkeit. Die konturenlose Weite der Vorschrift sei allerdings aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts nicht ganz unproblematisch (siehe dazu unten, Rn. 67).
59. Weiterer Klärungsbedarf wird anscheinend hinsichtlich der Zuständigkeitsanalyse des Gerichtshofs gesehen, weil die Grenzen der Zuständigkeitsübertragung unklar blieben. Bei der Übertragung von Verbandskompetenzen sei jeweils streng zu prüfen, ob alle von einem EU-only-Abkommen zu erfassenden Regelungsbereiche auf die EU übertragen wurden. Demgegenüber dürfe auf den Schwerpunkt der Zuständigkeiten nur abgestellt werden, wenn es bei unstreitig bestehender Verbandskompetenz nur darum gehe, die richtige Rechtsgrundlage für das Vorgehen der Union zu bestimmen.⁹¹
60. Hinsichtlich der Konsequenzen von geteilten Zuständigkeiten nach dem Gutachten 2/15 ist das Urteil in der Rechtssache C-600/14 (Deutschland/Rat) (OTIF) natürlich gerade von deutscher Seite (als Verfahrenspartei) zur Kenntnis genommen worden, das manche Zweifel über die Konsequenzen von geteilten Zuständigkeiten ausgeräumt hat.⁹²

C. Zu den Aktuellen Entwicklungen

61. Die Generalberichterstatter bitten (neben der oben stehenden rechtlichen Analyse der AETR-Rechtsprechung und ihrer Kodifizierung im AEUV) um praktische Beispiele für die Relevanz des „AETR-Effekts“ in jüngster Zeit und zwar sowohl was die politische Diskussion als auch was rechtliche Auseinandersetzungen betrifft. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit lassen sich aus deutscher Perspektive folgende Beispiele erwähnen.
1. *Freihandelsabkommen - CETA, TTIP etc.*
62. Die Bedeutung des AETR-Effekts ist in der öffentlichen Diskussion und der juristischen Fachwelt in den vergangenen Jahren im Zusammenhang mit der öffentlichen Debatte über die Sinnhaftigkeit und die Zuständigkeit des Abschlusses der umfassenden Freihandelsabkommen (comprehensive Free-Trade-Agreements) wie TTIP und CETA angesprochen worden. Die vorherrschende Sorge in diesem Zusammenhang war die Entkopplung der sich erweiternden EU-Zuständigkeiten (durch ausdrückliche Kompetenzübertragungen, aber auch den AETR-Effekt) von parlamentarischer Kontrolle, wo-

91 Wie etwa EuGH, C-377/12, Kommission/Rat, ECLI:EU:C:2014:1903.

92 EuGH, Urt. v. 05.12.2017, C-600/14, Deutschland/Rat (OTIF), ECLI:EU:C:2017:935; siehe dazu oben, Rn. 44 f., 50.

bei gerade die Investitionsschutzregeln (mit Investor-State Dispute Settlement) als Beschränkung zukünftiger Souveränitätsausübung als problematisch und als Gefahr für die parlamentarische Willensbildung verstanden werden, speziell wenn die obligatorische Streitschlichtung außerhalb von staatlichen Gerichten erfolgt und deshalb außerhalb des Systems der Gewaltenteilung und von gegenseitigen „checks and balances“ steht.⁹³

63. Der Deutsche Bundestag hat dazu eine Expertenanhörung durchgeführt⁹⁴ in deren Rahmen Abgeordnete und die angehörten Experten nachdrücklich die Auffassung vertraten, der Deutsche Bundestag müsse, gerade auch zur Wahrung der verbliebenen deutschen Zuständigkeiten, von der Bundesregierung befasst werden und dem Abschluss solcher Verträge ausdrücklich zustimmen.⁹⁵

2. BVerfG – Gegenüber schleichender Kompetenzerweiterung

64. Das kritische Verhältnis des deutschen Bundesverfassungsgerichts zu Kompetenzertragungen an die EU ist inzwischen auch über die deutschen Grenzen hinaus bekannt. In jüngerer Zeit fokussiert sich das Interesse des BVerfG auf die Frage, ob die Union sich im Rahmen der Rechtssetzung und Rechtsanwendung in den kompetenzrechtlichen Grenzen hält, die aus dem Prinzip der „beschränkten Einzelermächtigung“ erwachsen. Dabei prüft das BVerfG *zum einen*, ob die Union sich an die Grenzen der auf sie übertragenen Zuständigkeiten hält, und *zum anderen* die Frage, welche Zuständigkeiten der Union nach deutschem Verfassungsrecht überhaupt übertragen werden können.
65. Hinsichtlich der ersten Frage nimmt das Gericht das Recht für sich in Anspruch, festzustellen, ob Rechtsakte der Union über die Zuständigkeiten hinausgehen, die das Kompetenzgefüge des Unionsrechts vorsehen. Solche „ausbrechenden“ Rechtsakte seien *ultra vires*, wenn sie gegen den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (jetzt Art. 5 (1) und (2) EUV) oder das Subsidiaritätsprinzip (jetzt Art. 5 (3) EUV) verstießen.⁹⁶ Hinsichtlich der zweiten Frage unterzieht das Gericht Kompetenzertragungen einer „Identitätskontrolle“ (so in der Entscheidung über die Frage, ob der Vertrag

93 Vgl. Müller-Ibold, Recht ohne Rechtsschutz? Die (ausgeschlossene) unmittelbare Wirkung jüngerer Freihandelsabkommen der EU und Rechtsschutz durch Investor-State Dispute Settlement Verfahren, in: Marc Bungenberg, Christoph Herrmann (Hrsg.), Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union – Fünf Jahre nach Lissabon, 2016, S. 137 ff., siehe auch Christoph Ohler, Demokratische Legitimation und rechtsstaatliche Bindung von Investor-Staat Schiedsverfahren, in: Bungenberg/Herrmann, ibid. 2016, S. 119 ff.

94 Vgl. Wortprotokoll der 82. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz Berlin, den 13.01.2016, <https://www.bundestag.de/blob/409794/4c7fb2623ff719116fa94548a1be67e/wortprotokoll-data.pdf>; <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2016/kw02-pa-recht/400432>.

95 Vgl. Presseerklärung des Bundestages, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2016/kw02-pa-recht/400432>.

96 BVerfG v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155; (BVerfG v. 30.6.2009 – 2 BvE 2, 5/08 u. a., BVerfGE 123, 267).

von Lissabon mit dem Grundgesetz vereinbar war)⁹⁷ und prüft, ob die Übertragung von Kompetenzen an die Union nicht die sog. Ewigkeitsgarantien verletzen (dazu gehört gemäß Art. 1, 20 und 79 (3)GG der Kerngehalt von Vorschriften des Grundgesetzes, die sich auch durch Verfassungsänderung durch Bundestag und Bundesrat nicht ändern lassen (insbesondere das Demokratieprinzip)).

66. Vor diesem Hintergrund hat sich das BVerfG kritisch mit Art. 352 AEUV auseinandergesetzt (die im Folgenden wichtigen Passagen der Vorschrift sind nachstehend hervorgehoben): „*Erscheint ein Tätigwerden der Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen, und sind in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen, so erlässt der Rat einstimmig [...] die geeigneten Vorschriften.*“ (Hervorhebung durch den Verfasser.) Nach Auffassung des BVerfG stößt diese Vorschrift „*im Hinblick auf das Verbot zur Übertragung von Blankettermächtigungen oder zur Übertragung der Kompetenz-Kompetenz auf verfassungsrechtliche Bedenken, weil es die neu gefasste Regelung ermöglicht, Vertragsgrundlagen der Europäischen Union substantiell zu ändern.*“⁹⁸ Das von ihm konstatierte verfassungsrechtliche Problem hat das BVerfG für Art. 352 AEUV durch verfahrensrechtliche Sicherungen (Einstimmigkeit im Rat und Bindung des deutschen Vertreters im Rat an einen vorherigen Parlamentsbeschluss) „gelöst“.
67. Art. 216 (1) AEUV oder die AETR Rechtsprechung wurden im Urteil des BVerfG nicht direkt angesprochen. Doch sind die Voraussetzungen für die Außenkompetenz nach dem Wortlaut von Art. 216 (1) 2. Alternative AEUV dem Wortlaut von Art. 352 AEUV (s.o.) recht ähnlich: „*Die Union kann [...] eine Übereinkunft schließen, [...] wenn der Abschluss einer Übereinkunft im Rahmen der Politik der Union [...] zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich*“ ist (Hervorhebung durch den Verfasser). Da die Beschlussfassung nach Art. 216 (1) in vielen Bereichen keine Einstimmigkeit voraussetzt, ließe sich die verfahrensrechtliche „Lösung“ des BVerfG auch nicht auf den Bereich von Art. 216 (1) übertragen. Es gibt deshalb Stimmen in der Literatur, die zur Vermeidung von verfassungsrechtlichen Problemen die Frage aufwerfen, ob eine Außenkompetenz nach Art. 216 (1) 2. Alternative nur angenommen werden kann, wenn eine interne Kompetenz zur Regelung des Gegenstands der Übereinkunft besteht oder sogar ausgeübt wurde.⁹⁹

97 BVerfG v. 30.06.2009 – 2 BvE 2, 5/08 u. a., BVerfGE 123, 267.

98 BVerfG v. 30.06.2009 – 2 BvE 2, 5/08 u. a., BVerfGE 123, 267, Rn. 328.

99 Thym, Mixity after Opinion 2/15. Judicial Confusion over Shared Competences, Verfassungsblog v. 31.05.2017, abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/mixity-after-opinion-215-judicial-confusion-over-shared-competences/>; Mögeli, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 31; differenziert zur Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung Vöneky/Beylage Haarmann, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 216 AEUV, Rn. 11.

68. Aber das BVerfG äußert solche Bedenken nicht zum ersten Mal. Im Lissabon-Urteil hat es für materielle Zuständigkeitsverweiterungen zugunsten der Union (ob durch Vertragsänderung oder schlechend) ein innerstaatliches Zustimmungsgesetz i. S. v. Art. 23 Grundgesetz gefordert.¹⁰⁰ Daraufhin sind mögliche Anwendungsfälle im sog. „Integrationsverantwortungsgesetz“¹⁰¹ geregelt worden.
69. Kritik richtet sich vor diesem Hintergrund auch gegen Art. 216 (1) 3. Alternative AEUV, soweit dieser für die Entstehung einer Außenkompetenz der Union eine entsprechende Feststellung in einem Sekundärrechtsakt genügen lasse, weil dies mit dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 (2) EUV unvereinbar sei.¹⁰² Soweit die entsprechende Innenkompetenz aber der Union wirksam übertragen wurde, halte ich diese These allerdings für wenig überzeugend.

3. Die EU-Türkei-Eklärung zur Steuerung von Migrationsströmen

70. Am 15. Oktober 2015 vereinbarten die Republik Türkei und die Europäische Union einen gemeinsamen Aktionsplan, mit dessen Hilfe die Zusammenarbeit bei der Migrationssteuerung verbessert werden sollte, insbesondere auch um die massenhafte Migration von syrischen Flüchtlingen über die Türkei nach Griechenland einzuschränken. Im Rahmen eines Treffens des Europäischen Rates unter Beteiligung der Türkei am 29. November 2015 wurde beschlossen, den gemeinsamen Aktionsplan in Kraft zu setzen. Am 18. März 2016 traf sich der Europäische Rat erneut mit dem türkischen Ministerpräsidenten und veröffentlichte danach eine Presseerklärung.¹⁰³ Darin heißt es (unter Bezugnahme auf den Aktionsplan): „Um das Geschäftsmodell der Schleuser zu zerschlagen, [...] haben die EU und die [Republik] Türkei heute beschlossen, die irreguläre Migration aus der Türkei in die [Union] zu beenden. Um dieses Ziel zu erreichen, haben sie die folgenden zusätzlichen Maßnahmen vereinbart: [...] 1) Alle neuen irregulären Migranten, die ab dem 20. März 2016 von der Türkei auf die griechischen Inseln gelangen, werden in die Türkei rückgeführt.“
71. Zwei pakistanische und ein afghanischer Asylbewerber fürchteten, wegen dieser „Vereinbarung“ aus Griechenland (wo sie Asylanträge gestellt hatten) in die Türkei zurückgeschoben zu werden, und klagten gemäß Art. 263 AEUV auf Nichtigerklärung der Vereinbarung, für deren Abschluss der Europäische Rat nicht zuständig gewesen sei. Das Gericht der EU hat die Kla-

100 BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (433 ff.) – Lissabon (http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html).

101 Gesetz über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (Integrationsverantwortungsgesetz - IntVG), v. 22.09.2009, BGBl. 2009 I S. 3022 (mit nachfolgenden Änderungen).

102 Grzeszick, Stellungnahme, aaO. (Fn. 66), S. 47; unter Hinweis auf Dörr, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 47 EUV, Rn. 45.

103 <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>.

ge abgewiesen¹⁰⁴ mit dem Argument, es handele sich bei der Türkei-Erklärung nicht um eine Vereinbarung, an der die EU beteiligt gewesen sei, vielmehr hätten die Mitglieder des europäischen Rates als Vertreter der Mitgliedstaaten gehandelt.

72. Dieses Urteil ist in Deutschland kritisch kommentiert worden.¹⁰⁵ Dabei werden zwar die Schwierigkeiten bei der Zuständigkeitsbegründung zugunsten des EuG anerkannt.¹⁰⁶ Doch liegt der Schwerpunkt der Begründung des EuG auf dem Fehlen eines anfechtbaren Rechtsaktes, und hier setzt die Kritik (und der Vergleich mit dem AETR-Urteil) an.¹⁰⁷ Auch damals hatten sich die Mitgliedstaaten im Rahmen des Rates auf ein gemeinsames Vorgehen in den Verhandlungen zum AETR-Abkommen geeinigt, ohne die Zuständigkeit der Union anzuerkennen. Die Union habe das Flüchtlingsrecht (insbesondere das Asylverfahrensrecht) und das Einwanderungsrecht (insbesondere die Rückführung von Migranten ohne Aufenthaltsrecht) so weitgehend durch interne Gesetzgebung geregelt, dass ein völkerrechtliches Handeln der Mitgliedstaaten außerhalb des institutionellen Rahmens der Union „diese gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern“ würde. Hinzu käme, dass zentrale politische Zugeständnisse der Unionsseite (finanzielle Hilfen zu Lasten des Unionshaushalts, Visafreiheit für türkische Staatsangehörige) nur durch ein Handeln der Unionsorgane eingelöst werden können. Für relevante Teile des Türkei-Deals sei deshalb allein die Union als Völkerrechtssubjekt zuständig, nicht die Mitgliedstaaten. Der Ansatz des EuG (Zulassung des Ausweichens auf nationale Maßnahmen) konterkarriere die Grundlage der AETR-Entscheidung, nämlich der justiziellen Durchsetzung der Kompetenzordnung.

III. Kapitel 2: Verhandlungen und Abschlüsse internationaler Übereinkünfte (Art. 218 AEUV)

73. Die Fragen der Generalberichterstatter zu Kapitel 2 werden nachfolgend in der Reihenfolge beantwortet, in der sie gestellt wurden.

104 EuGH, Urt. v. 28.02.2017, T-192/16, NF/Europäischer Rat, ECLI:EU:T:2017:128, (sowie die Urteile in den Parallelsachen T-193/16, und T-257/16).

105 Vgl. etwa: <http://www.zeit.de/politik/ausland/2017-02/fluechtlingsabkommen-eu-gericht-unzustaendig>; <http://www.euractiv.de/section/eu-aussenpolitik/news/griechenland-hoehstes-gericht-prueft-rechtmaessigkeit-von-fluechtlingspakt/>.

106 Die Alternative, Klage vor nationalen Gerichten und Vorlage an den EuGH, hat insoweit offenbar keinen Erfolg gehabt, <http://www.euractiv.de/section/eu-aussenpolitik/news/griechenland-hoehstes-gericht-prueft-rechtmaessigkeit-von-fluechtlingspakt/> und <https://www.proasyl.de/news/nach-dem-urteil-des-hoehchten-griechischen-gerichts-zum-tuerkei-deal-last-exit-strassburg/>.

107 Bast, Jürgen: Scharade im kontrollfreien Raum: Hat die EU gar keinen Türkei-Deal geschlossen?, VerfBlog, 03.03.2017, <http://verfassungsblog.de/scharade-im-kontrollfreien-raum-hat-die-eu-gar-keinen-tuerkei-deal-ge-schlossen/>, DOI: <http://dx.doi.org/10.17176/20170303-144337>.

A. Frage 5 – Kooperation Verhandlungsführer - Rat

5. Welche Erfahrungen haben die Mitgliedstaaten hinsichtlich des Zusammenspiels zwischen dem Verhandlungsführer/dem Verhandlungsteam und dem Sonderausschuss nach Artikel 218 (4) AEUV gemacht? Was ist der Standpunkt der Mitgliedstaaten? Wie interpretieren die Mitgliedstaaten den Standpunkt der Organe der Union?

74. Nach Art. 218 (4) AEUV kann der Rat dem Verhandlungsführer (also meist der Kommission) „*Richtlinien erteilen und einen Sonderausschuss bestellen; die Verhandlungen sind im Benehmen mit diesem Ausschuss zu führen.*“ Die Vorschrift erlaubt es dem Rat, sowohl inhaltlich (durch Richtlinien) also auch verfahrensrechtlich (durch die Verpflichtung des Verhandlungsführers, sich mit einem Sonderausschuss ins Benehmen zu setzen) auf die Verhandlungsführung Einfluss zu nehmen.¹⁰⁸ Die Richtlinien können das zu erzielende Verhandlungsergebnis nicht im Detail vorwegnehmen, müssen also der Kommission einen gewissen Verhandlungsspielraum lassen.¹⁰⁹ Der Sonderausschuss und Richtlinien sollen die laufende Rückkopplung von Verhandlungsergebnissen an die politischen Entscheidungsträger sicherstellen, die im Rat letztlich über das Verhandlungsergebnis entscheiden.¹¹⁰
75. Dies hat der Gerichtshof jüngst betont.¹¹¹ Der Rat hatte im Rahmen eines Verhandlungsmandats für ein Abkommen zur Verknüpfung des Emissionshandelssystems der Europäischen Union mit dem Australiens Verhandlungsrichtlinien erlassen und einen Sonderausschuss bestellt. Dabei wurde die Kommission zu regelmäßiger und rechtzeitiger Berichterstattung an den Ausschuss verpflichtet und gleichzeitig geregelt, dass die Verhandlungspositionen der Union im Sonderausschuss im Einzelnen festgelegt würden. Der Gerichtshof sah in den detaillierten Berichtspflichten kein Problem; insoweit könne der Rat die Kommission ohne Verstoß gegen die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit binden.¹¹² Auch könne der Rat Verhandlungsrichtlinien vorgeben, doch obliege die Festlegung der Details der Verhandlungspositionen dem Verhandlungsführer, mithin der Kommission. Dieses institutionelle Gleichgewicht könne der Rat nicht durch die Verhandlungsrichtlinien und die Bindung an den Sonderausschuss überspielen.¹¹³
76. Mein Eindruck von der Beurteilung der Zusammenarbeit durch deutsche Behörden ist, dass diese Frage nicht einheitlich bewertet wird. In der Tendenz habe ich manche individuelle Reaktionen als Spuren von Frustration hinsichtlich der praktischen Anwendung gedeutet. Das Verhalten der Kom-

¹⁰⁸ Bungenberg, in; von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 218, Rn. 41; Lorenzmeier, in Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 218, Rn. 29.

¹⁰⁹ Schmalenbach, in: Callies/Ruffert, aaO. (Fn. 11), Art 218 AEUV, Rn. 13.

¹¹⁰ Bungenberg, in: von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 218, Rn. 39.

¹¹¹ EuGH, C-425/13, Kommission/Rat, ECLI:EU:C:2015:483.

¹¹² Ibid., Rn. 78.

¹¹³ Ibid., Rn. 89 f.

mission entspreche nicht immer den Erwartungen oder den Anforderungen des Gerichtshofes. Hinsichtlich von Verhandlungsmandaten und Richtlinien habe die Kommission gelegentlich die Tendenz, diese nicht als verbindliche Vorgaben anzusehen. Als praktisches Beispiel wird auf die Verhandlung der neuen Generation von Freihandelsabkommen verwiesen, hinsichtlich derer das Verhandlungsmandat den Abschluss von gemischten Abkommen vorsehen habe, während die Kommission ein EU-only Abkommen verhandelt habe.

77. Hinsichtlich der Abstimmung der Kommission mit dem Rat ist mein Eindruck, dass auch die Ratsarbeitsgruppen sich von der Kommission teilweise sehr spät (und zu wenig detailreich) über den Stand der Verhandlungen informiert fühlten, die auch auf ausdrückliche Nachfrage nicht oder ausweichend antworte. Dies erkläre die Tendenz, Berichtspflichten im Detail vorzuschreiben. Teilweise wird im Vorgehen der Kommission ein gewisser Widerspruch zu den Überlegungen gesehen, die dem Entwurf des Verfassungsvertrages und später des Vertrages von Lissabon zugrunde gelegen hätten, dass nämlich die Mitgliedstaaten Außenkompetenzen an die Union abtreten, dafür aber in den Verhandlungsprozess verstärkt einbezogen werden.

B. Frage 6 – Vorläufige Anwendung

6. Welchen Standpunkt nehmen die Mitgliedstaaten zu der Frage ein, welche Regelungen von internationalen Übereinkünften Gegenstand der vorläufigen Anwendung solcher Übereinkünfte sein sollen? Der AEUV sieht einen Vorschlag des Verhandlungsführers und einen Beschluss des Rates der Union vor. Sollte die Mithilfe des Europäischen Parlaments erwogen werden, selbst wenn dies im AEUV nicht vorgesehen ist? Wenn ja, in welcher Form?

78. Da völkerrechtliche Abkommen der Union erst mit ihrer völkerrechtlichen Wirksamkeit „integraler Bestandteil“ der EU-Rechtsordnung werden¹¹⁴ und sich das Inkrafttreten durch die Notwendigkeit der Ratifikation oft erheblich verzögert (gerade bei gemischten Abkommen), besteht ein praktisches Bedürfnis für die vorläufige Anwendung eines Abkommens. Völkerrechtlich eröffnet Art. 25 WVRK¹¹⁵ die Möglichkeit dazu.
79. Die Zuständigkeit der Union, ein Abkommen vorläufig anzuwenden, beschränkt sich auf den Bereich der eigenen Außenkompetenzen. Hinsichtlich

¹¹⁴ EuGH, Rs 181/73, Haegeman, Slg. 1974, 449, Rn. 5; Rs 12/86, Demirel, Slg. 1987, 3719, Rn. 7, und C-301/08, Bogiatzi, Slg. 2009, I-10185, Rn. 23.

¹¹⁵ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.05.1969 (Wiener Vertragsrechtskonvention, WVRK), BGBl. 1985 II, S. 926. Der gleiche Gedanke kommt in Art. 25 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisationen v. 21.03.1986 (BGBl. 1990 II, S. 1415) zum Ausdruck, letzteres ist aber noch nicht in Kraft getreten. Die Regelungen in Art. 25 beider Übereinkommen kodifizieren aber ohnehin nur geltendes Völkerrechtsgewohnheitsrecht.

von gemischten Abkommen kann die EU daher nur zu den Vorschriften eine vorläufige Anwendung vereinbaren und beschließen, für die sie selbst zuständig ist.¹¹⁶

80. Mein Eindruck von der deutschen Haltung ist, dass im Grundsatz sowohl das Recht der Union, über eine solche vorläufige Anwendung zu entscheiden, als auch ein praktisches Bedürfnis für eine vorläufige Anwendung anerkannt werden. Allerdings wird betont, dass gerade bei gemischten Abkommen eine besondere Zurückhaltung erforderlich sei, um legitime politische Prozesse auch in den Mitgliedstaaten nicht zu präjudizieren. Eine Mitwirkung des Europäischen Parlaments (EP) an Beschlüssen für die vorläufige Anwendung wurde nicht gefordert.
81. Art. 218 (5) AEUV enthält auch keine ausdrücklichen Regelungen zur Mitwirkung des EP an Beschlüssen über die vorläufige Anwendung. Das entspricht dem Gedanken, dass keine irreversiblen völkerrechtlichen Bindungen entstehen und somit die Mitwirkung des Parlaments erst zu dem Zeitpunkt erforderlich ist, in dem über die endgültige Inkraftsetzung der Übereinkunft entschieden wird.¹¹⁷
82. Andererseits hat die vorläufige Anwendung Wirkungen im Unionsrecht. Drittstaatsangehörige können die Vorteile und Rechte aus dem Abkommen bereits in Anspruch nehmen, und deren rückwirkende Beseitigung für den Fall, dass das endgültige Abkommen nicht in Kraft tritt, unterliegt den Grenzen des Vertrauensschutzes. Vor diesem Hintergrund liegt es durchaus nahe, die in Art. 218 (6), (2) AEUV geregelten Mitwirkungsrechte für den endgültigen Abschluss bereits für den Fall zu berücksichtigen, dass eine vorläufige Anwendung geplant ist.¹¹⁸ Die Mitwirkungsrechte des Parlaments dienen dazu, eine Umgehung der Legislativbefugnisse des EP bei der Ausübung der Innenkompetenzen zu verhindern. Der dem AETR-Urteil zugrundeliegende Rechtsgedanke, dass eine Präjudizierung der Union durch die Mitgliedstaaten verhindert werden soll, lässt sich durchaus auf die Situation des EP übertragen, dessen Mitwirkungsrechte gerade im Falle einer längerfristigen „vorläufigen“ Anwendung präjudiziert werden könnten.
83. In der deutschen Literatur ist die Frage umstritten, ob dem EP in entsprechender Anwendung von Art. 218 (6), (2) AEUV Mitwirkungsrechte auch hinsichtlich des Beschlusses über die vorläufige Anwendung eingeräumt werden sollten.¹¹⁹ Gerade im Zusammenhang mit den neuen umfassenden Freihandelsabkommen sind Forderungen nach aktiver Beteiligung des Par-

¹¹⁶ So auch Bäumler, Vom Vertragstext zum Inkrafttreten, EuR 2016, 607, 625.

¹¹⁷ Müller-Ibold, in: Lenz, EU Verträge, Art. 218 AEUV, Rn. 16; Bungenberg, in: von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 218 AEUV, Rn. 58; Schmalenbach, in: Callies/Ruffert, Art. 218 AEUV, Rn. 7.

¹¹⁸ Bungenberg, in: von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 218, Rn. 58, Müller-Ibold, in: Lenz, EU Verträge, Art. 218, Rn. 16.

¹¹⁹ Dafür: Weisgerber, CETA und TTIP: Abschluss als gemischte Abkommen und Entscheidung über die vorläufige Anwendung, Saar Blueprints, 02/2017 DE, online verfügbar unter: http://jean-monnet-saar.eu/?page_id=67; für die grundsätzliche Möglichkeit auch Müller-Ibold, in: Lenz, EU Verträge, aaO. (Fn. 3), Art. 218,

- laments erhoben worden,¹²⁰ die in Deutschland auch auf politischer Ebene Gehör fanden (siehe oben, bei Rn. 56).
84. Jedenfalls hat das EP ein Recht auf unverzügliche und umfassende Unter-richtung (Art. 218 (10) AEUV) während der Verhandlung und des Ab-schlusses von internationalen Übereinkünften¹²¹ und gerade auch anlässlich von Entscheidungen über die vorläufige Anwendung.¹²² Die daraus folgen-den Rechte hat das EP durch eine interinstitutionelle Vereinbarung mit der Kommission abgesichert. Danach soll das Parlament ebenso umfassend in-formiert werden, wie der Rat bzw. ein von ihm bestellter Sonderaus-schuss.¹²³ Das Europäische Parlament selbst hat in Art. 108 und 109 seiner Verfahrensordnung¹²⁴ Regeln darüber beschlossen, wie das Parlament vor-gehen wird, wenn es denn beteiligt oder zumindest angehört wird. Aus der Existenz der Regelungen lässt sich im Übrigen die Erwartung des EP ablei-ten, auch tatsächlich von Kommission und Rat beteiligt zu werden.
85. Nach den Erfahrungen im Ratifizierungsverfahren für das „ACTA-Abkom-men“¹²⁵ (das Parlament hatte dem Abkommen die Zustimmung verweigert, u. a. weil es von Kommission und Rat unzureichend beteiligt worden sei) haben Rat und Kommission begonnen, das Parlament tatsächlich in den Verhandlungs- und Vertragsschlussprozess mit einzubinden,¹²⁶ auch weil vermieden werden soll, dass eine vorläufige Anwendung vereinbart wird, das Parlament aber später seine Zustimmung zum Abkommen selbst ver-weigert.¹²⁷

Rn. 16; Bungenberg, in: von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 218, Rn. 58; a.A. Schmalenbach in: Calliess/Ruffert, aaO. (Fn. 62) Art. 218 AEUV, Rn. 7; Mögele in: Streinz, Art. 218 AEUV, Rn. 11.

120 Europäischer Gewerkschaftsverband für den öffentlichen Dienst, Aktueller Lagebericht über die EGÖD-Roadmap für den Widerstand gegen die CETA-Ratifizierung [...], <http://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/2016.12.15%20Update%20CETA%20December%202016%20%26%20request%20for%20action%20DE.pdf>.

121 EuGH, C-263/14, EP/Rat, ECLI:EU:C:2016:435, Rn. 75 m.w.N.

122 Müller-Ibold, Lenz, EU Verträge, aaO. (Fn. 3), Art. 218, Rn. 9; Bungenberg, von der Groeben, u.a., Europäi-sches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 218, Rn. 48.

123 Rahmenvereinbarung über die Beziehungen zwischen dem Europäischen Parlament und der Europäischen Kommission, ABI. 2010, L 304/47–62.

124 Veröffentlicht auf der Website des EP, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+RULES-EP+20150909+TOC+DOC+XML+V0//DE>.

125 Müller-Ibold, Lenz, EU Verträge, Art. 218, Rn. 9; das EP hatte im Juli 2012 das sog. ACTA Abkommen ab-gelehnt, u. a. weil es sich nicht ausreichend in den Verhandlungsprozess eingebunden fühlte, vgl. Entschlie-ßung v. 10.03.2010 zur Transparenz und zum Stand der Verhandlungen über das ACTA, ABI. 2010 C 349/E/47) sowie Matthews/Žikowská, The Rise and Fall of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (AC-TA): Lessons for the European Union, IIC 2013, 626.

126 Weisgerber, CETA und TTIP: Abschluss als gemischte Abkommen und Entscheidung über die vorläufige Anwendung, Saar Blueprints, 02/2017 DE, online verfügbar unter: http://jean-monnet-saar.eu/?page_id=67; Bäumler, EuR 2016, S. 607, 625.

127 Vgl. die Beschreibung von Bäumler, Vom Vertragstext zum Inkrafttreten, EuR 2017, 607, 625; über die praktische Vorgehensweise im Rahmen der Freihandelsabkommen mit Peru und Kolumbien.

C. Frage 7 – Vorläufige Anwendung trotz Nichtratifikation

7. Was sollte hinsichtlich der vorläufigen Anwendung eines gemischten Abkommens geschehen, wenn ein Mitgliedstaat das Abkommen nicht ratifiziert? Sollte die vorläufige Anwendung beendet werden? Wenn ja, sollte eine neue Übereinkunft, dieses Mal nur zwischen der Europäischen Union und dem betreffenden Drittstaat, geschlossen werden?
86. Die vorläufige Anwendung einer völkerrechtlichen Übereinkunft dient dazu, bestimmte Wirkungen vorzuverlagern, also bereits vor dem eigentlichen Inkrafttreten anzuwenden. Das kommt in Art. 25 (1) WVRK¹²⁸ zum Ausdruck: „Ein Vertrag oder ein Teil eines Vertrags wird bis zu seinem Inkrafttreten vorläufig angewendet, [wenn ...].“
87. Dementsprechend entfällt nach Meinung des Verfassers die *raison d'être* einer vorläufigen Anwendung, wenn nicht mehr damit zu rechnen ist, dass ein Abkommen noch in Kraft treten wird. Auch das kommt in Art. 25 (2) WVRK zum Ausdruck, in dem es heißt: „Sofern der Vertrag nichts anderes vorsieht oder die Verhandlungsstaaten nichts anderes vereinbart haben, endet die vorläufige Anwendung eines Vertrags oder eines Teiles eines Vertrags hinsichtlich eines Staates, wenn dieser den anderen Staaten, zwischen denen der Vertrag vorläufig angewendet wird, seine Absicht notifiziert, nicht Vertragspartei zu werden.“ Die WVRK bestimmt daher, dass wenn eine Vertragspartei erklärt, nicht mehr Vertragspartei werden zu können (z.B. weil das innerstaatliche Ratifikationsverfahren endgültig gescheitert ist), die vorläufige Anwendbarkeit in der Regel endet, soweit nichts anderes vereinbart ist.
88. Damit betont die Vorschrift auch, dass die Vertragsparteien zu der Frage abweichende Regelungen treffen können. Eine unabänderliche völkerrechtliche Pflicht zur Beendigung der vorläufigen Anwendung in solchen Situationen besteht deshalb nicht. Völkerrechtlich ist es deshalb möglich, die Regelungen im Übereinkommen über die vorläufige Anwendung so zu fassen, dass die vorläufige Anwendung weiterläuft, z.B. bis ein Nachfolgeabkommen vereinbart und vorläufig angewendet werden kann. Ob eine solche Regelung getroffen wird, liegt dabei im Ermessen der Vertragsparteien. Entsprechende Regelungen unter den Parteien sind auch nach Unterzeichnung des Übereinkommens noch möglich, z.B. wenn sich die Ratifikationsschwierigkeiten einer Partei abzeichnen (obwohl es dann oft politisch dafür „zu spät“ ist).
89. Gemeinschaftsrechtlich spielen in diesem Zusammenhang die gegenseitigen Loyalitätspflichten der Mitgliedstaaten und der Union eine zentrale Rolle,

128 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, s.o., Fn. 115.

- die gerade für gemischte Abkommen betont wurden.¹²⁹ Beschränkt sich die vorläufige Anwendung des Abkommens auf Bereiche der ausschließlichen Zuständigkeit der Union, ist es zweifelhaft, ob die Verweigerung der Ratifikation durch einen Mitgliedstaat die weitere vorläufige Geltung von Vorschriften aufhalten kann, hinsichtlich derer der betreffende Mitgliedstaat keine Kompetenz (mehr) hat.
90. Allerdings sind solche Situationen zumeist von erheblicher politischer Brisanz. Rechtlich (sowohl aus Sicht des Völkerrechts, als auch aus Sicht des Unionsrechts) sind flexible Lösungen möglich, so dass in der Praxis ein weites Ermessen der Vertragsparteien anzunehmen ist, für die entstehenden Schwierigkeiten eine politisch adäquate Lösung zu finden. Diese Lösungen ermöglichen es zugleich, politischen Erpressungsversuchen von Regierungen (oder Gerichten!) der Mitgliedstaaten zu widerstehen.
91. Die Entscheidung des Gerichtshofs im Gutachten 2/15 wird dabei die Tendenz verstärken, Freihandelsabkommen und Investitionsschutzabkommen wieder zu trennen, um die politischen Schwierigkeiten hinsichtlich des Investitionsschutzes von den Fragen der Handelserleichterungen zu trennen. Die Kommission hat dies im Rahmen ihrer neuen Handelsstrategie bereits angekündigt.¹³⁰ Freihandelsabkommen sollen mit Vorschriften über Direktinvestitionen, aber ohne Regelungen zum Schutz von Portfolioinvestitionen und ISDS-Verfahren abgeschlossen werden (siehe auch unten, Rn. 192).
92. Aus Sicht der deutschen Rechtswissenschaft kommen hinsichtlich der vorläufigen Anwendung noch die Besonderheiten hinzu, die sich, jedenfalls nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts in seinen Beschlüssen zu CETA, aus dem deutschen Verfassungsrecht ergeben.¹³¹ Die Bundestagsfraktion der LINKEN und 68.015 Beschwerdeführer hatten vor dem Bundesverfassungsgericht beantragt,¹³² der Bundesregierung zu untersagen, im Rat dem von der Kommission vorgeschlagenen Beschluss über die Unterzeichnung und vorläufige Anwendung von CETA als gemischem Abkommen zuzustimmen. Zugleich waren Anträge auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt worden, die das Bundesverfassungsgericht (allerdings nur unter Auflagen) abwies.
93. Das Gericht prüft anhand seiner jüngeren Rechtsprechung zu den Grenzen deutscher Souveränitätsübertragung an die EU,¹³³ ob es „ausgeschlossen“

129 Vgl. etwa EuGH, C-459/03, Kommission/Großbritannien, Slg. 2006, I-4635, Rn. 175 f.; Bungenberg, von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 218 AEUV, Rn. 77.

130 Mitteilung der Kommission: „Durch eine ausgewogene und fortschrittliche Handelspolitik die Globalisierung meistern“ COM [2017] 492.

131 BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 – 2 BvR 1368/16 u. a., NJW 2016, 3583 ff., https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/10/rs20161013_2bvr136816.html; vgl. dazu näher Holterhus: Eilanträge in Sachen CETA – Europäische Außenhandelspolitik im Mehrebenengeflecht von Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht, EuZW 2016, 896.

132 Die Bundestagsfraktion der LINKEN im Wege des sog. Organstreits, die Beschwerdeführer durch Verfassungsbeschwerden.

133 Siehe dazu oben, Rn. 64 ff.

ist, dass mit der Entscheidung der EU zur vorläufigen Anwendung von CETA ultra-vires gehandelt wird. Zum Zwecke dieser Prüfung stellt das Gericht dann zu verschiedenen Themen (Investitionsschutz, aber auch Anerkennung von Berufsqualifikationen, Teilen des Seeverkehrs, etc.) fest, „*der Europäischen Union dürfte es [an der eignen Kompetenz] ... fehlen.*“ Außerdem, so das Gericht, bestünde die Gefahr, dass der durch CETA geschaffene gemischte Ausschuss weitere Regeln trafe, die in verbleibende Zuständigkeiten Deutschlands eingriffen, obwohl nicht sichergestellt sei, dass Deutschland in dem gemischten Ausschuss vertreten sei und weil Deutschland im Rat durch qualifizierte Mehrheit überstimmt werden könne. Deshalb sei es insoweit „*nicht ausgeschlossen, dass hierdurch das Gesetzgebungsrecht und die Integrationsverantwortung des Bundestages verletzt würden.*“¹³⁴

94. Hinsichtlich der vorläufigen Anwendung sei ein Verstoß gegen diese Grenzen zwar nicht naheliegend, aber auch nicht unmöglich. Deshalb müsse Deutschland zum einen sicherstellen, dass nur die Teile des Abkommens, die „unstreitig“ in die Zuständigkeit der Union fallen, für vorläufig anwendbar erklärt werden, und zum anderen (unabhängig von den anderen Mitgliedstaaten und der Union) die Möglichkeiten haben (z.B. im Rahmen von Art. 30.7.IIc CETA), selbst einseitig die vorläufige Anwendung zu beenden.
95. Soweit das Urteil auf den Überlegungen zur Abgrenzung der Zuständigkeiten (in diesem Urteil ebenso wie in der früheren Entscheidung zum Lissabonner Vertrag) beruht, ist das Urteil durch die Plenarentscheidung des Gerichtshofs im Gutachten 2/15 teilweise überholt (selbst wenn natürlich nicht ganz auszuschließen ist, dass das BVerfG ohne Vorlage an den EuGH auf den Gedanken kommen könnte, die Entscheidung, was „unstreitig“ in die Zuständigkeit der Union falle, liege vor allem bei ihm).
96. Die Entscheidung des BVerfG ist in der Literatur überwiegend kritisch kommentiert worden;¹³⁵ z.T. wird das Herangehen des BVerfG als der Versuch beschrieben, den „Luxemburger Kompromiss“ kraft justizialer Einflussnahme erneut einzuführen. Die Entscheidung zeigt zugleich eine neue Tendenz des BVerfG, seine hinsichtlich der Übertragung von Zuständigkeiten an die EU entwickelte Rechtsprechung auch auf andere internationale Übereinkünfte zu übertragen, selbst wenn diese von der EU mit Drittstaaten angeschlossen werden. Diese Tendenz mag der Logik der Rechtsprechung entsprechen,¹³⁶ ist aber an sich mit dem Ansatz des Grundgesetzes, dass Zuständigkeiten auf die EU und internationale Organisationen übertragen wer-

134 BVerfG, 2 BvR 1368/16 u. a., aaO. NJW 2016, 3583 ff., Rn. 65.

135 Nowrot/Tietje, CETA an der Leine des BVerfG, EuR 2017, 137; Krajewski, Spielstand nach dem CETA-Beschluss: 2:2 u. Karlsruhe behält das letzte Wort, Verfassungsblog v. 13.10.2016. Vgl. aber Holterhus: Eilanträge in Sachen CETA – Europäische Außenhandelspolitik im Mehrebenengeflecht von Verfassungs-, Uni-

ons- und Völkerrecht, EuZW 2016, 896.

136 Nowrot/Tietje, CETA an der Leine des BVerfG, EuR 2017, 137.

den können und dann nicht mehr der laufenden Einzelfallkontrolle deutscher Hoheitsträger unterliegen, nur schwer vereinbar.¹³⁷

D. Frage 8 – Zustimmungsrechte des Europäischen Parlaments

8. Was das Zustimmungsverfahren durch das Europäische Parlament angeht: Wie sind die folgenden Bestimmungen auszulegen: Artikel 218 (6) a) iii) „Übereinkünfte, die durch die Einführung von Zusammenarbeitsverfahren einen besonderen institutionellen Rahmen schaffen“ und iv) „Übereinkünfte mit erheblichen finanziellen Folgen für die Union“?

97. Die Mitwirkungsbefugnisse des EP bei der Aushandlung und dem Abschluss völkerrechtlicher Verträge sind durch den Lissabon-Vertrag erheblich erweitert worden.
98. Das Zustimmungserfordernis aus Art. 218 (6) a) iii) betrifft Abkommen, die durch Einführung von Verfahren der Zusammenarbeit mit den jeweiligen Vertragspartnern einen besonderen institutionellen Rahmen schaffen. Das sind insbesondere Assoziierungs- und Freihandelsabkommen, die durch „gemischte Ausschüsse“, Assoziationsräte o.ä., Institutionen schaffen, die (in aller Regel) durch Konsens, also einstimmig, begrenzte Änderungen an den vereinbarten Vertragstexten ermöglichen. Dabei ist nicht jede Gründung eines Gremiums ausreichend; es kommt vielmehr darauf an, ob die geschaffenen Gremien eigenständige Entscheidungsbefugnisse haben, durch die die vorherige Rechtslage verändert werden kann.¹³⁸ Das CETA-Abkommen schafft z.B. einen solchen „institutionellen Rahmen“ durch den gemischten Ausschuss, dessen Rolle und Einbindung in einen demokratischen Prozess offenbar das BVerfG umtreibt, wie aus den Entscheidungen über die Ablehnung einer einstweiligen Anordnung zu CETA folgt.¹³⁹
99. Die Zustimmung des EP ist gemäß Art. 218 (6) a) iv) AEUV hinsichtlich von Übereinkünften erforderlich, die „erhebliche finanzielle Folgen“ für die EU haben. Die Vorschrift schützt das Budgetrecht des EP.¹⁴⁰ Der EuGH hat dazu in einer Plenarentscheidung¹⁴¹ hervorgehoben, dass die Frage, ob die finanziellen Folgen „erheblich“ sind, nach objektiven Kriterien zu ermitteln sei. Der Rat hat insoweit also kein Beurteilungsermessen. Der EuGH lehnte es auch ab, die finanzielle Bedeutung am Gesamtvolumen des Haushalts zu messen; ein solcher Ansatzpunkt würde die Vorschrift „ihrer praktischen

137 So auch Nowrot/Tietje, CETA an der Leine des BVerfG, EuR 2017, 137.

138 Müller-Ibold, in Lenz: EU-Verträge, Art. 218, Rn. 12; s.a. Schmalenbach, in: Callies/Ruffert, aaO. (Fn. 11), Art. 218, Rn. 23 m.w.N, weiter wohl Bungenberg, in: von der Groeben, aaO. (Fn. 3), Art. 218 AEUV Rn. 69.

139 So auch Bäumler, Vom Vertragstext zum Inkrafttreten, EuR 2016, 607, 621.

140 Müller-Ibold, in: Lenz: EU-Verträge, Art. 218, Rn. 13; vergl. auch Bungenberg, Bungenberg, in: von der Groeben, aaO. (Fn. 3), Art. 218 AEUV Rn. 70.

141 EuGH, C-189/97, EP/Rat, Slg. 1999, I-4741.

Wirksamkeit beraubten.“¹⁴² Richtigerweise sei die Bedeutung eines Einzelabkommens aus den Kosten während der Gesamtaufzeit im Vergleich entweder zu den Gesamtkosten der außenpolitischen Maßnahmen der EU oder – bei sektorbezogenen Abkommen – im Vergleich zu den Gesamtausgaben im entsprechenden Sektor vorzunehmen. Ausgaben von 1 % der außenpolitischen Gesamtausgaben und von 5 % der sektorbezogenen Gesamtausgaben seien noch nicht „erheblich“.¹⁴³

100. Das Urteil führt dazu, dass nur wenige (zu wenige?) Abkommen als Abkommen mit „erheblichen finanziellen Auswirkungen“ dem Zustimmungsvorbehalt für das EP unterfallen, weil es unwahrscheinlich ist, dass mit einem oder mehreren einzelnen Ländern Übereinkünfte mit finanziellen Konsequenzen dieser Größenordnung abgeschlossen werden.¹⁴⁴

E. Frage 9 – Aussetzung von Übereinkünften

9. Im Falle der Aussetzung der Anwendung von internationalen Übereinkünften entscheidet der Rat der Union auf Vorschlag der Europäischen Kommission oder des Hohen Vertreters der Union. Was ist der generelle Standpunkt der Mitgliedstaaten bzgl. der Anwendung dieser Vorschrift des AEUV? Welche Überlegungen gibt es bezüglich von Aussetzungentscheidungen aus jüngerer Zeit?

101. Der Verfasser ist der Auffassung, dass Art. 218 (9) AEUV das Verfahren der (vorläufigen) Aussetzung der Anwendung von völkerrechtlichen Übereinkünften regelt. Die Aussetzung ist im Vergleich zur Kündigung ein „Minus“ (weil die Übereinkunft grundsätzlich in Kraft bleibt), kann allerdings, wenn die Aussetzung auf Dauer angelegt ist, in ihren Wirkungen einer Kündigung weitgehend entsprechen.
102. Die EU kann von ihr geschlossene Übereinkünfte kündigen (analog Art. 54 ff. WVRK). EUV und AEUV enthalten dafür keine besonderen Verfahrensregelungen. Der EuGH lässt die Suspendierung oder Kündigung eines Abkommens durch die EU zu, weil keine unionsrechtlichen Vorschriften entgegenstehen.¹⁴⁵ Die Kündigung wird überwiegend als *actus contrarius* zum Vertragsschluss gesehen, deshalb ist das Vertragsschlussverfahren entsprechend anzuwenden. Da die Kündigung oft ohne „Verhandlungen“ ausgesprochen werden wird, kann das Verfahren entsprechend abgekürzt werden. Daher ist der Rat für die Kündigungserklärung zuständig; er handelt auf Vorschlag der Kommission (und/oder des Hohen Vertreters). Be-

142 EuGH, *ibid.*, Rn. 25-29.

143 EuGH, *ibid.*, Rn. 31-33.

144 Müller-Ibold, in: Lenz, EU-Verträge, Art. 218, Rn. 13; Lorenzmeier, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 218 AEUV, Rn. 47 mit Fn. 7, „überaus restriktiver Standard.“.

145 EuGH, C-162/96, Racke, Slg. 1998, I-3655.

- durfte der Vertragsschluss der Zustimmung des EP, so gilt dies nach der in Deutschland wohl vorherrschenden Meinung auch für die Kündigung.¹⁴⁶
103. Hinsichtlich der vorläufigen Aussetzung (Suspendierung) enthält Art. 218 (9) verfahrensrechtliche Sonderregeln. Diese sehen die Beteiligung des EP nicht vor, weder durch Zustimmungs- noch durch Anhörungsrechte; vielmehr ist das EP nur zu unterrichten. Das mag für den Fall angemessen sein, in dem das Verhalten des Vertragspartners eine schnelle Reaktion erfordert.¹⁴⁷ Wenn aber keine besondere Eile geboten ist und gerade wenn die Suspendierung auf Dauer angelegt ist, stellt sich die Frage, ob in einem solchen Fall nicht ein Eingriff in die Rechte des Parlaments vorliegt, weil ein von diesem ja gebilligtes Vertragswerk unangewendet bleiben soll.
104. Nicht besonders geregelt ist auch die Frage der Kündigung und Aussetzung von gemischten Abkommen.¹⁴⁸ Immerhin ist dem Gutachten 2/15 zu entnehmen, dass wenn die Union hinsichtlich eines Abkommens durch Zeitablauf oder weitere Zuständigkeitsübertragungen eine weitergehende ausschließliche Zuständigkeit erwirbt, auch die Kündigungs- (und damit die Aussetzungs-)rechte auf die Union übergehen.¹⁴⁹ Grundsätzlich müssten im Fall eines gemischten Abkommens, in dem ausschließliche Zuständigkeiten bei den Mitgliedstaaten verblieben sind, sowohl die Union als auch die Mitgliedstaaten die Aussetzung aussprechen, es sei denn, das auszusetzende Abkommen sehe etwas anderes vor.
105. Die Gründe, die die EU zu einer Kündigung bzw. Aussetzung berechtigen, sind nicht in Art. 218 geregelt, sondern sind entweder dem zu kündigenden Übereinkommen oder dem allgemeinen Völkerrecht zu entnehmen. Kündigungsgründe können z.B. als Folge einer Verletzung oder Nickerfüllung eines Abkommens durch die Vertragsgegenseite in Betracht kommen.¹⁵⁰

¹⁴⁶ So auch Lorenzmeier, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 218 AEUV, Rn. 59-61; Bäumler, *Vom Vertragstext zum Inkrafttreten*, EuR 2016, 607, 628; Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, aaO. (Fn. 62), Art. 218 AEUV, Rn. 16; nuancierter Bungenberg von der Groeben, u.a., *Europäisches Unionsrecht*, aaO. (Fn. 3), Art. 218, Rn. 83 unter Hinweis auf die frühere Praxis das EP nicht einzubeziehen.

¹⁴⁷ Bungenberg, in: von der Groeben, u.a., *Europäisches Unionsrecht*, aaO. (Fn. 3), Art. 218, Rn. 83, weist darauf hin, dass diese Situation schon früher als Rechtfertigung dafür gedient hatte, auch hinsichtlich der Kündigung keine Mitwirkung des EP zu fordern.

¹⁴⁸ Bäumler, *Vom Vertragstext zum Inkrafttreten*, EuR 2016, 607, 628 geht (unter Hinweis auf Lorenzmeier, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 218 AEUV, Rn. 59-61) davon aus, dass die Union „ihren“ Teil des Abkommens allein kündigen kann (ggf. nach Konsultation mit den Mitgliedstaaten) und dass wenn (wie bei den Freihandelsabkommen) der ganz überwiegende Teil des Abkommens davon betroffen ist, völkerrechtlich der gesamte Vertrag hinfällig wird.

¹⁴⁹ Der Gerichtshof hat der Union jedenfalls das Recht zugestanden, Aufhebungsvereinbarung zu schließen, EuGH, Gutachten 2/15, aaO. Rn. 245-251, a.A. die GAin Sharpston, ibid., Rn. 376 ff.; ähnlich wohl die Argumentation Deutschlands im Gutachtenverfahren 2/15. Im Gutachten 2/15 ging es um Aufhebungsvereinbarungen (die im Einvernehmen mit dem Drittstaat erfolgen), nicht um die einseitige Kündigung. Es liegt nahe die Zuständigkeit zur Kündigung ebenso zu behandeln wie die Zuständigkeit einen Aufhebungsvertrag zu schließen, selbst wenn sich im Falle der Kündigung noch andere völkerrechtliche Fragen stellen mögen.

¹⁵⁰ Vgl. dazu EuGH, C-162/96, Racke, Slg. 1998, I-3655, Rn. 41 ff.; Bungenberg, in: von der Groeben, u.a., *Europäisches Unionsrecht*, aaO. (Fn. 3), Art. 218, Rn. 83.

F. Frage 10 – Unionsstandpunkt in gemischten Ausschüssen o.ä.

10. Der AEUV sieht Verfahren zur Bestimmung des Standpunktes vor, den die Union im Rahmen von Institutionen einnehmen wird, die durch internationale Übereinkünfte geschaffen wurden. Gibt es auf dieser Grundlage entstandene Beschlüsse, die auf nationalem Niveau angefochten oder diskutiert wurden und die nicht Gegenstand einer Anfechtung vor dem EuGH waren?

106. In Deutschland sind Beschlüsse von gemischten Ausschüssen (oder Assoziationsräten) regelmäßig Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten und von Diskussionen im politischen Raum. Beschlüsse dieser Art sind verbindliche Beschlüsse hinsichtlich derer die Union oder die Mitgliedstaaten ein Stimmrecht haben; die Formulierung einer Position z. B. vor Streitschlichtungsgremien oder dem internationalen Seegerichtshof (bei dem dann unabhängige Richter oder Schiedsrichter eine Entscheidung treffen) sind nicht Gegenstand der nachstehenden Überlegungen des Verfassers.¹⁵¹
107. Deutschland und eine Reihe von anderen Mitgliedstaaten waren der Auffassung, dass sich die Regelung in Art. 218 (9) AEUV nur auf Beschlüsse im Rahmen von internationalen Übereinkünften bezieht, hinsichtlich derer die Union Vertragspartei ist. Der Gerichtshof hat dies hinsichtlich eines Standpunktes, der im Rahmen der Internationalen Organisation für Rebe und Wein (OIV) einzunehmen war, anders gesehen und entschieden, dass ein Ratsbeschluss auch dann ergehen kann, wenn mehrere Mitgliedstaaten Vertragsparteien eines Übereinkommens sind, „*dessen Wirkungen den Inhalt der vom Unionsgesetzgeber im Bereich der gemeinsamen Marktorganisation für Wein erlassenen Regelung maßgeblich*“ beeinflussen kann.¹⁵²
108. Beschlüsse zur internen Festlegung der Position nach Art. 218 (9) AEUV müssen als förmliche Beschlüsse im Sinne von Art. 288 (4) AEUV gefasst werden.¹⁵³ Das bedeutet, dass die Kommission (oder der hohe Vertreter) einen Vorschlag machen muss, über den zumeist mit qualifizierter Mehrheit abzustimmen ist. Will der Rat den Vorschlag ändern, kann er das nur einstimmig tun (Art. 293 (1) AEUV).
109. Hinsichtlich des Verfahrens zur Bestimmung eines EU-internen Standpunktes in einer solchen Institution sind aus Sicht der deutschen Rechtswissenschaft die Entscheidungen des BVerfG zu CETA interessant. Das BVerfG führt zu den in CETA vorgesehenen gemischten Ausschüssen Folgendes aus:¹⁵⁴

„(1) Es erscheint ferner auch nicht völlig ausgeschlossen, dass die Ausgestaltung des in CETA vorgesehenen Ausschusssystems die Grundsätze des Demokratieprinzips als Teil

151 EuGH, C-73/14, Rat/Kommission, ECLI:EU:C:2015:663.

152 EuGH, C-399/12, Deutschland/Rat, ECLI:EU:C:2014:2258, Rn. 63.

153 EuGH, C-687/15, Kommission/Rat, ECLI:EU:C:2017:308.

154 BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 - 2 BvR 1368/16 u. a., Rn. 62-64; http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/10/rs20161013_2bvr136816.html.

der Verfassungsidentität des Grundgesetzes berührt. Art. 26.1 CETA-E sieht einen Gemischten Ausschuss vor, der für alle Fragen zuständig ist, die die Handels- und Investitionstätigkeit zwischen den Vertragsparteien und die Umsetzung und Anwendung von CETA betreffen (vgl. Art. 26.1 III CETA-E). Seine Beschlüsse sind für die Vertragsparteien – „vorbehaltlich der Erfüllung etwaiger interner Anforderungen und des Abschlusses etwaiger interner Verfahren“ – bindend und von ihnen umzusetzen (Art. 26.3 II CETA-E). Zu den wichtigen Befugnissen des Gemischten CETA-Ausschusses gehört, soweit in CETA vorgesehen, die Befugnis, Änderungen des Abkommens zu beschließen (Art. 26.1 V Buchst. c CETA-E) und Protokolle und Anhänge zu ändern (Art. 30.2 II 1 CETA-E). (...) [Das BVerfG schildert Beispiele für Regelungsmöglichkeiten.]

(2) Nach dem Wortlaut des Abkommens und den bisher vorgesehenen Regelungen hat die Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf die Tätigkeit des Ausschusssystems keine gesicherten Einflussmöglichkeiten. Die Zusammensetzung der Ausschüsse und ihre Entscheidungsverfahren sind in dem Abkommen selbst nur rudimentär geregelt. Es sieht insbesondere nicht vor, dass die Mitgliedstaaten dort durch eigene Vertreter mit Sitz und Stimme mitwirken, und zwar unabhängig davon, ob die Ausschüsse Gegenstände behandeln, die in die unionale oder nationale Zuständigkeit fallen. Für den Gemischten CETA-Ausschuss ist lediglich bestimmt, dass er sich aus „Vertretern der Europäischen Union und Vertretern Kanadas“ zusammensetzen soll (Art. 26.1 I 1 CETA-E). Es erscheint daher denkbar, dass deutsche Stellen von Einflussmöglichkeiten insoweit gänzlich ausgeschlossen werden, so dass eine personelle und sachliche Legitimation der Ausschusstätigkeit ebenso unmöglich wäre wie ihre Verantwortung gegenüber den Bürgern. (...) [Das BVerfG zählt die von CETA erfassten Regelungsbereiche auf.]

Mit Blick auf die Entscheidungsverfahren sieht das Abkommen vor, dass der Gemischte CETA-Ausschuss seine Beschlüsse einvernehmlich trifft (Art. 26.3 III CETA-E). Auch wenn er Beschlüsse daher nicht gegen die Stimme der Europäischen Union fassen kann, gibt es insoweit keine gesicherte Einwirkungsmöglichkeit der Bundesrepublik Deutschland. Vergleichbares gilt für die Sonderausschüsse (vgl. etwa Art. 26.2 IV 3, 13.18, 21.7 V und VII CETA-E). Soweit die Mitgliedstaaten in den Ausschüssen nicht vertreten sind, können sie lediglich mittelbar auf deren Verfahren und Entscheidungen einwirken, indem sie nach Art. 218 IX AEUV in einem Beschluss des Rates den Gemeinsamen Standpunkt festlegen, den der Vertreter der Europäischen Union in den CETA-Ausschüssen zu vertreten hat. Dieser Einfluss ist indes dadurch begrenzt, dass der Rat – soweit nichts anderes festgelegt ist – mit qualifizierter Mehrheit beschließt (Art. 16 III EUV, 218 VIII UAbs. 1 AEUV). (...) (3) Die demokratische Legitimation und Kontrolle derartiger Beschlüsse erscheint mit Blick auf Art. 20 I und II GG prekär und dürfte wohl nur gewährleistet sein, wenn Mitgliedstaatliche Zuständigkeiten oder die Reichweite des Integrationsprogramms berührende Beschlüsse nur mit der Zustimmung Deutschlands gefasst werden. Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen, dass hierdurch das Gesetzgebungsrecht und die Integrationsverantwortung des Bundestags verletzt würden.“

110. Diese Äußerungen des BVerfG stammen aus einer Entscheidung zum vorläufigen Rechtsschutz. Ob das Gericht auch für die Entscheidung in der Hauptsache an dieser Haltung festhält, muss abgewartet werden. Das Risiko

besteht, denn die Wortwahl setzt die bisherige Logik der Rechtsprechung fort. Das BVerfG scheint Gremien, die vor allem geschaffen wurden, um technische Anpassung komplexer Regelungen in effizienten Verfahren zu ermöglichen, einem deutschen Zustimmungsvorbehalt unterwerfen zu wollen, obwohl die meisten der vom BVerfG selbst aufgezählten Zuständigkeitsbereiche der ausschließlichen Zuständigkeit der Union unterliegen.¹⁵⁵

111. Andererseits sind die Erklärungen, die anlässlich der Unterzeichnung und der Einigung über die vorläufige Anwendbarkeit von CETA tatsächlich abgegeben worden sind, weniger weitreichend. Das hatte einige der Antragsteller, deren Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz am 13. Oktober 2016 abgewiesen worden waren, veranlasst, erneut einen Eilantrag beim BVerfG zu stellen. Auch diese weiteren Eilanträge hat das BVerfG am 7. Dezember 2016 abgewiesen. Im Beschluss des Gerichts heißt es dazu:¹⁵⁶ „Zwar folgt aus dem Wortlaut der Erklärungen zu Beschlüssen des Gemischten CETA-Ausschusses (Erklärung Nr. 18 der Kommission sowie Erklärung Nr. 19 des Rates und der Kommission, Ratsdokument 13463/1/16 REV 1) nicht, dass eine zur Gewährleistung demokratischer Legitimation und Kontrolle von Beschlüssen des Gemischten CETA-Ausschusses wohl erforderliche Zustimmung Deutschlands in jedem Fall eingeholt werden wird. Allerdings ist die Erklärung Nr. 19 des Rates und der Mitgliedstaaten dahingehend auszulegen, dass bei einer etwaigen Beschlussfassung des Gemischten CETA-Ausschusses im Rahmen der vorläufigen Anwendung von CETA alle Mitgliedstaatlichen Belange berücksichtigt werden.“
112. Das BVerfG zeigt also eine gewisse Flexibilität. Der Versuch allerdings, Aussagen des Rates gesichtswahrend quasi „authentisch“ zu interpretieren, ist dabei wenig überzeugend. Dennoch darf man auf die Entscheidung in der Hauptsache gespannt sein, in der das BVerfG das Gutachten 2/15 wird „verarbeiten“ müssen (in juristischer und psychologischer Hinsicht), das allerdings zum Thema Portfolioinvestitionen und ISDS auch Elemente enthält, die das Gericht als wohltuend empfinden wird.
113. Die rechtliche Diskussion um existierende Beschlüsse solcher institutioneller Ausschüsse in vorhandenen Abkommen in Deutschland betrifft insbesondere die Beschlüsse, denen der Europäische Gerichtshof unmittelbare Wirkung zuerkannt hat.¹⁵⁷ Dies ist zum Beispiel im Aufenthaltsrecht oder im Zollrecht anerkannt und hat in Deutschland gerade auch hinsichtlich der Integration und des Aufenthaltsrechts türkischer Staatsangehöriger große

¹⁵⁵ Das BVerfG erwähnt (Rn. 62) alle Kapitel von Kapitel 3 bis 20, Urt. v. 13.10.2016, aaO.http://www.bverfg.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/10/rs20161013_2bvr136816.html; vgl. auch Holterhus: Eilanträge in Sachen CETA – Europäische Außenhandelspolitik im Mehrenbenengeflecht von Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht, EuZW 2016, 896, 899 f.

¹⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 07.12.2016, 2 BvR 1444/16 u. a., Rn. 30;http://www.bverfg.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/12/rs20161207_2bvr144416.html.

¹⁵⁷ EuGH, C-230/03, Sedef/Hamburg, ECLI:EU:C:2006:5, Slg. 2006 I-157, Rn. 33.

- praktische Bedeutung. Exemplarisch sei auf die Beschlüsse Nr. 1/80¹⁵⁸ und 1/95¹⁵⁹ des Assoziationsrats EG/Türkei verwiesen. Zu diesen Beschlüssen gibt es eine Vielzahl nationaler Entscheidungen, die z. T. zu Vorlagen an den Gerichtshof geführt haben, zum Teil (angesichts der bestehenden Rechtsprechung) aber auch ohne neue Vorlagen ausgekommen sind. Außerdem gibt es zum Beschluss 1/80 eine Verwaltungsanweisung von 101 Seiten Länge, die die Konsequenzen des Beschlusses aus Sicht der Verwaltung sehr detailliert darstellt.¹⁶⁰ Diese Beispiele zeigen, dass solche Beschlüsse die deutsche Lebenswirklichkeit (und die praktische Rechtsanwendung) zum Teil stark prägen.
114. Das zeigt, gerade was die Beschlüsse des Assoziationsrats aufgrund des Abkommens mit der Türkei betrifft, auch die Tatsache, dass angesichts politischer Spannungen mit der Türkei aktiv darüber nachgedacht wird, wie solche Beschlüsse rückgängig gemacht, suspendiert oder gekündigt werden können. Überlegungen dazu hat zum Beispiel der wissenschaftliche Dienst des deutschen Bundestages angestellt, der sich in einem mehrseitigen Gutachten unter dem neutralen Titel „Rechtsfragen zur Zollunion zwischen der EU und der Türkei“ mit den Beendigungsmöglichkeiten befasste.¹⁶¹

G. Frage 11 – Unterrichtung des EP und der nationalen Parlamente

11. Gemäß Artikel 218 (10) AEUV wird das Europäische Parlament in allen Phasen des Abschlusses einer internationalen Übereinkunft unverzüglich und umfassend unterrichtet. Wie verstehen die Mitgliedstaaten diese Verpflichtung? Welche Rolle spielen in diesem Zusammenhang die nationalen und/oder regionalen Parlamente?

115. Die Beteiligungsrechte des Europäischen Parlaments sind nach allgemeiner Meinung der deutschen Literatur durch die letzten Vertragsänderungen weiter gestärkt worden.¹⁶² „Das EP wird in allen Phasen des Verfahrens unver-

158 Beschlüsse auf der Grundlage des „Assoziierungsabkommens zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei“ v. 12.09.1963, ABl. 1964, Nr. 217, S. 3685 (BGBL. 1964 II S. 509, 510) und des „Zusatzprotokolls (...) für die Übergangsphase der Assoziation“ v. 23.11.1970 ABl. 1972 L 293/1 (BGBL. 1972 II S. 385), der Beschluss 1/80 ist nicht im EU Abl. veröffentlicht, vgl. aber z.B. <http://www.migrationrecht.net/arb/1-80-nur-deutsche-fassung.html?catid=120>.

159 Beschlusses Nr. 1/95 des Assoziationsrates EG–Türkei v. 22.12.1995 über die Durchführung der Endphase der Zollunion, ABl. 1996, L 35/1; zu seiner unmittelbaren Anwendbarkeit vgl. EuGH, C-65/16, Istanbul Logistik Ltd, ECLI:EU:C:2017:770, Rn. 38 ff.

160 Allgemeine Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zum Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG/Türkei und zu Art. 41 (1)des Zusatzprotokolls zum Assoziierungsabkommen (AAH – ARB 1/80) – Fassung 2013 – v. 26.11.2013 https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/themen/migration/n/anwendungshinweise-assoziationsrecht-ewg-tuerkei.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

161 Deutscher Bundestag, wissenschaftliche Dienste, Rechtsfragen zur Zollunion zwischen der EU und der Türkei, WD 2 - 3000 - 147/16, v. 01.12.2016, <https://www.bundestag.de/blob/490498/6e13d1ca7340d0c961593904ddfdb33f/wd-2-147-16-pdf-data.pdf>.

162 Bungenberg, in: von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 218 AEUV, Rn. 47f.; M. Krajewski, Die neue handelspolitische Bedeutung des Europäischen Parlaments, in: Bungenberg/Herrmann, Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 2011, S. 55 ff.

züglich und umfassend unterrichtet“, heißt es in Art. 218 (10) AEUV. Nach Auffassung des Verfassers, beschränkt sich die Unterrichtung nicht auf das Verfahren zum Abschluss der Übereinkunft; auch während des laufenden Verhandlungsprozesses muss unterrichtet werden, und zwar auch über Zwischenergebnisse der Verhandlungen.¹⁶³ Die Veröffentlichung eines Beschlusses über die Unterzeichnung und den Abschluss einer Übereinkunft im Amtsblatt der Europäischen Union ist keine geeignete Form der Unterrichtung, weil „*das Erfordernis der Unterrichtung gemäß Art. 218 (10) AEUV vorgesehen ist, um sicherzustellen, dass das Parlament gerade infolge der Wahl der Rechtsgrundlage für einen Beschluss über den Abschluss einer Übereinkunft in die Lage versetzt wird, eine demokratische Kontrolle über das Außenhandeln der Union auszuüben und – spezifischer – zu überprüfen, dass seine Befugnisse gewahrt worden sind.*“¹⁶⁴

116. Art. 218 (10) AEUV ist durch eine interinstitutionelle Rahmenvereinbarung zwischen Kommission und EP konkretisiert worden, aus der sich ergibt, dass die Kommission dem EP zusichert, es in ähnlicher Weise wie und gleichzeitig mit dem Rat zu informieren,¹⁶⁵ wobei die Intensität der Unterrichtung besonders ausgeprägt sein soll, wenn es sich um Abkommen handelt, denen das Parlament letztlich zustimmen muss.¹⁶⁶
117. Hinsichtlich der Beteiligung nationaler Parlamente enthält der AEUV keine besonderen Vorschriften. Das entspricht der Struktur des Vertrages, der den Mitgliedstaaten bestimmte Rechte zuweist und die Wahrnehmung solcher Rechte dem nationalen (Verfassungs-)Recht überlässt.¹⁶⁷
118. Hinsichtlich der Beteiligungsrechte des deutschen Bundestages hat sich das BVerfG in seiner Rechtsprechung mehrfach dazu geäußert, dass die Bundesregierung den Bundestag auch hinsichtlich der Ausübung von Außenkompetenzen unterrichten muss und ihm Gelegenheit geben muss, seiner „Integrationsverantwortung“ gerecht zu werden.¹⁶⁸ Unter anderem in den Entscheidungen zu Griechenland-Hilfen¹⁶⁹ oder im OMT-Urteil¹⁷⁰ betont das BVerfG, dass das Demokratieprinzip (und das Budgetrecht des Bundes-

163 EuGH, C-263/14, EP/Rat, ECLI:EU:C:2016:435, Rn. 75, 77 unter Hinweis auf C-658/11, Parlament/Rat, EU:C:2014:2025, Rn. 86.

164 EuGH, C-263/14, EP/Rat, ECLI:EU:C:2016:435, Rn. 80, unter Hinweis auf C-658/11, Parlament/Rat, EU:C:2014:2025, Rn. 79.

165 Vgl. Rahmenvereinbarung, ABI. 2010, L304/47.

166 Rahmenvereinbarung, Anhang II Ziffer 5 (im Vergleich zu Ziffer 6).

167 Vgl. dazu für das deutsche Recht: Holterhus: Die Rolle des Deutschen Bundestags in der auswärtigen Handelspolitik der Europäischen Union – Insb. zu den parlamentarischen Einflussmöglichkeiten im völkerrechtlichen Vertragsschlussverfahren, EuR 2017, 234.

168 BVerfG, Lissabon Urt., BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2b-ve000208, Rn. 236 ff.

169 BVerfG, (Griechenland Hilfen), Urt. v. 07.09.2011 - 2 BvR 987/10, BVerfGE 129, 124 – 186, ECLI:DE:BVerfG:2011:rs20110907.2bvr098710, Rn. 124 ff.

170 BVerfG, (OMT), Urt. v. 21.06.2016 - 2 BvR 27 n. 212 ff., (m.w.N. auch zu den früheren Entscheidungen des BVerfG in dieser Sache und den Vorlagebeschluss an den EuGH, der zum Urt. des EuGH, v. 16.06.2015, C-62/14, Gauweiler, EU:C:2015:400, führte). Vgl. dazu auch Holterhus: Die Rolle des Deutschen Bundestags in der auswärtigen Handelspolitik, aaO. EuR 2017, 234, 254 ff. (m.w.N.).

- tages) auch durch verfahrensrechtliche Sicherungen verwirklicht werden muss, indem eine hinreichende Beteiligung des deutschen Bundestages sichergestellt wird.
119. Zu der Frage, wie seine eigene Beteiligung gerade bei gemischten Abkommen sichergestellt werden kann, und zu den praktischen Modalitäten hat der Bundestag eine öffentliche Expertenanhörung durchgeführt, in der (auch unter Bezugnahme auf die Entscheidungspraxis des BVerfG) die aktive Unterrichtung und Beteiligung des Bundestages für notwendig erachtet wurde.¹⁷¹

IV. Kapitel 3: Rechtswirkungen der internationalen Übereinkünfte

120. Die Fragen der Generalberichterstatter zu Kapitel 3 werden nachfolgend in der Reihenfolge beantwortet, in der sie gestellt wurden.

A. Frage 12 – Nationale Entscheidungen zu EU-Abkommen

12. Gibt es Entscheidungen nationaler Gerichte zur Anwendung und/oder Interpretation von ausschließlich von der Europäischen Union geschlossenen internationalen Übereinkünften oder von gemischten Abkommen, die nicht Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens waren? Gibt es Entscheidungen nationaler Gerichte zur Wirksamkeit von ausschließlich von der Europäischen Union geschlossenen internationalen Übereinkünften oder von gemischten Abkommen, ohne dass die Gültigkeit Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens geworden wäre? Wenn ja, bitte beschreiben Sie kurz diese Fälle.

121. Aus Sicht der deutschen Rechtswissenschaft sind jedenfalls zwei Verfahren bemerkenswert, die sich mit der Zulässigkeit von handelspolitischen Abkommen der EU beschäftigen. Beide Verfahren betreffen das Freihandelsabkommen mit Kanada (CETA). Zum einen sind die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu nennen, die bereits oben, in Rn. 92, 107 und 118 näher beschrieben wurden.
122. Zum anderen ist ein Urteil des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs interessant, mit dem die Zulassung eines Volksbegehrens gegen CETA abgelehnt wird.¹⁷² Am 14. Oktober 2016 hatten 30.002 Antragsteller in Bayern (einem deutschen Bundesland) den Antrag gestellt, ein Volksbegehr unter dem Titel „Nein zu CETA!“ zuzulassen. Gegenstand des Volksbegehrens war ein Gesetz, mit dem die Vertreter Bayerns im Bundesrat (der zweiten Kammer des deutschen Parlaments auf Bundesebene) verpflichtet werden

171 Öffentliche Anhörung, Wortprotokoll (und schriftlich vorbereitete Statements der Experten), <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2016/kw02-pa-recht/400432>.

172 Bayerischer VerfGH München, Entscheidung v. 15.02.2017 – Vf 60-IX-16, DÖV 2017, 641; <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-102360?hl=true>.

- sollten, in allen Abstimmungen gegen CETA zu stimmen. Die Zulassung hatte die Bayerische Staatsregierung abgelehnt. Dagegen wandten sich die Kläger vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof.
123. Die Bayerische Verfassung sieht in Art. 70 (4) BV im Grundsatz die Möglichkeit vor, die Bayerische Staatsregierung im Zusammenhang mit der Übertragung von Hoheitsakten an die Europäische Union hinsichtlich der Wahrnehmung ihrer verfassungsrechtlichen Aufgaben durch Gesetz Weisungen zu erteilen (also grundsätzlich auch hinsichtlich des Abstimmungsverhaltens ihrer Vertreter im Bundesrat (Art. 51 (1) Grundgesetz)). Dieser Art. war erst 2013 in die bayerische Landesverfassung eingefügt worden und soll die Mitwirkungsrechte des Landesgesetzgebers in Angelegenheiten der Europäischen Union stärken. Hintergrund der Verfassungsänderung war die Sorge vor einem „Demokratiedefizit“ und der Aushöhlung der Befugnisse der Gesetzgeber in den Bundesländern. Die Präsidenten der deutschen Landesparlamente hatten dies in einer Erklärung anlässlich ihrer Jahrestagung am 21./22. Juni 2010 problematisiert.¹⁷³
124. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof erläutert, dass die „Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union“ nach Art. 70 (4) S. 2 BV bewusst an die Regelung des Art. 23 GG anknüpfe, der die spezielle Ermächtigung zur Mitwirkung an der europäischen Integration enthält. Dem Landesgesetzgeber soll dann – und nur dann – eine unmittelbare Beteiligung durch gesetzliche Weisung gegenüber der Staatsregierung für die Abstimmung im Bundesrat ermöglicht werden, wenn die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union durch ein Bundesgesetz im Sinne des Art. 23 (1) S. 2 GG das Gesetzgebungsrecht des Landtags betrifft. Solche Eingriffe in die Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers sollten – nach dem Willen des Gesetzgebers – auf eine breite demokratische Legitimation gestützt werden.¹⁷⁴
125. Ob eine solche Weisung überhaupt zulässig sei, hält der Bayerische VerfGH angesichts einer schon älteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁷⁵ für zweifelhaft, weil nach dem Grundgesetz der Bundesrat aus Vertretern der Landesregierungen gebildet wird und deshalb Weisungen des Landtages bundesverfassungsrechtlich zumindest zweifelhaft seien. Die Frage könnte aber dahinstehen,¹⁷⁶ weil jedenfalls die konkreten Voraussetzungen nach Art. 70 (4) BV nicht vorlägen, solange dem Bundesrat kein Zuständigkeitsübertragungsgesetz im Sinne von Art. 23 GG zur Abstimmung vorliege. Zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshof lag eine entsprechende Gesetzesvorlage dem Bundesrat nicht vor (und mit einer solchen Vorlage war, nach Auffassung des Ge-

173 Sog. Stuttgarter Erklärung, Landtag von Baden-Württemberg, Landtags-Drs. 14/6554.

174 Bayerischer VerfGH München, Entscheidung v. 15.02.2017 – Vf 60-IX-16, DÖV 2017, 641, Rn. 52.

175 BVerfG, Urt. v. 30.07.1958, BVerfGE 8, 104/120 f.

176 Bayerischer VerfGH München, Entscheidung v. 15.02.2017 – Vf 60-IX-16, DÖV 2017, 641, Rn. 53 ff.

- richts, auch nicht zu rechnen, weil etwa das deutsche Zustimmungsgesetz für das Freihandelsabkommen mit Korea nicht auf Art. 23 GG gestützt worden war).¹⁷⁷
126. Aus der Sicht des Verfassers ist das Interessante an der Entscheidung weniger, dass ein Volksbegehren im konkreten Fall nicht zugelassen wurde, sondern die sichtbare Tendenz, Fragen der EU-Kompetenzen nicht nur auf der Ebene der Union und nicht nur auf der der Zentralstaaten, sondern auch auf der Ebene der Länder und Regionen auf den Prüfstand zu stellen, was die Einheitlichkeit der Willensbildung in der Union durch die Vervielfältigung von Akteuren (im Namen der Verringerung des Demokratiedefizits) verkompliziert. Das Beispiel der Maßnahmen der Wallonie (wallonische Region Belgiens) zeigt die Risiken, die eine solche Verlagerung birgt.¹⁷⁸

B. Frage 13 – Unmittelbare Anwendung

13. Wie bewerten die Mitgliedstaaten die jüngste Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Anwendung von internationalen Übereinkünften? Gab es, auf nationalem Niveau, spezifische Diskussionen zu dieser Rechtsprechung?

127. Im Grundsatz genießen völkerrechtliche Übereinkommen unionsintern Vorrang vor abgeleitetem Unionsrecht. Da gemäß Art. 216 (2) AEUV völkerrechtliche Übereinkommen für die Institutionen verbindlich sind, muss sich die Rechtmäßigkeit des Sekundärrechts an den Anforderungen solcher Übereinkünfte messen lassen.¹⁷⁹
128. Damit sich allerdings Parteien in Verfahren vor den EU-Gerichten (oder nationalen Gerichten) auf den Inhalt der Übereinkünfte unmittelbar berufen können, müssen diese „unmittelbar anwendbar“ oder „self-executing“ sein. Die konkreten Voraussetzungen dafür hat der EuGH in seinem Urteil „International Fruit Company“ beschrieben: „Die Gültigkeit der Handlungen der Organe im Sinne von Artikel 177 EWG-Vertrag kann an einer Bestimmung des Völkerrechts gemessen werden, wenn diese Bestimmung die Gemein-

177 Bayerischer VerfGH München, Entscheidung v. 15.02.2017 – Vf 60-IX-16, DÖV 2017, 641, Rn. 62 ff.

178 Zur Ablehnung von CETA durch die Wallonie siehe, Cécile Ducourieux in: Le Monde, Le rejet wallon du traité commercial CETA avec le Canada plonge l'UE dans le désarroi, 20.10.2016, http://www.lemonde.fr/europe/article/2016/10/20/la-wallonie-maintient-son-opposition-au-traite-commercial-ceta-avec-le-canada_5017686_3214.html; letztlich wurde die belgische Bundesregierung verpflichtet, beim Gerichtshof ein Gutachtenverfahren zur inhaltlichen Vereinbarkeit von CETA mit EU Recht in Gang zu setzen, Eric Deffet, in: Le Soir, La Belgique va saisir la Cour européenne de Justice sur le Ceta, 05.09.2017, <http://plus.lesoir.be/112577/article/2017-09-05/la-belgique-va-saisir-la-cour-europeenne-de-justice-sur-le-ceta>; und die Wallonie könnte, gerade in der Folge des Gutachtens 2/15, den Ratifikationsprozess erneut blockieren, La Libre (Belgique), La Wallonie pourra (encore) bloquer (un peu) le Ceta, <http://www.lalibre.be/actu/international/la-wallonie-pourra-encore-bloquer-un-peu-le-ceta-591b4bf5cd70022542ddb74e>.

179 Siehe auch Lachmayer/von Förster, in von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 216 AEUV, Rn. 24; Mögele, in Streinz, EUV/AEUV, aaO. (Fn. 16), Art. 216, Rn. 52 ff.

schaft bindet und ein Recht der Gemeinschaftsangehörigen begründet, sich vor Gericht auf sie zu berufen.“¹⁸⁰

129. Nach Auffassung des Verfassers kommt es deshalb darauf an, ob die völkervertraglichen Regelungen subsumtionsfähig sind und deshalb von den Institutionen oder nationalen Behörden und Gerichten ohne Weiteres angewendet werden können oder ob sie den Institutionen oder den Behörden und Gerichten einen Umsetzungsspielraum belassen.¹⁸¹ Das ergibt sich aus der Interpretation der jeweiligen Norm, die hinreichend bestimmt und geeignet sein muss, um dem Einzelnen Rechte zu verleihen.¹⁸² Diese Überlegungen hatte die Rechtsprechung insbesondere zu den Freihandelsabkommen mit den EFTA-Staaten entwickelt.¹⁸³ So führte der EuGH in der Rechtssache Kupferberg aus: „*Deshalb begründet Artikel 21 (1) des Abkommens für die Vertragsparteien eine unbedingte Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung im steuerlichen Bereich, die allein von der Feststellung abhängt, daß die einem bestimmten Steuersystem unterliegenden Erzeugnisse einander gleichartig sind, und deren Grenzen sich unmittelbar aus dem Zweck des Abkommens ergeben. Diese Bestimmung kann als solche von einem Gericht angewandt werden und kann daher unmittelbare Wirkungen in der gesamten Gemeinschaft erzeugen.*“¹⁸⁴
130. Hinsichtlich des WTO-Abkommens (und seiner diversen Teile) war der EuGH von Anfang an kritischer. Der EuGH hat die unmittelbare Wirkung schon für das GATT 1947 grundsätzlich abgelehnt¹⁸⁵ und seine Ablehnung auf das WTO-Abkommen und das GATT 1994 erstreckt, wobei er darauf hinwies, dass die Besonderheiten dieses Abkommens, das durch große Flexibilität seiner Bestimmungen gekennzeichnet sei, der Begründung derartiger Rechte entgegenstünden.¹⁸⁶ Das schließt es nach Auffassung des EuGH auch aus, dass Mitgliedstaaten sich gegenüber den EU-Institutionen auf das WTO-Abkommen berufen¹⁸⁷ (obwohl sie wie die Union Vertragsparteien sind), während die Institutionen berechtigt sind, die Mitgliedstaaten durch

180 Rs 21/72 u. a., International Fruit Company, ECLI:EU:C:1972:115, Slg. 1972, 1219 (GATT), Tenor des Urteils, Ziffer 1; fortgeführt in EuGH-C-149/96, Portugal/Rat, Rn. 47 ff.

181 Schroeder, in Streinz, aaO. (Fn. 16), Art. 288 AEUV, Rn. 48.

182 EuGH, Rs 21/72 u. a., International Fruit Company, ECLI:EU:C:1972:115, Slg. 1972, 1219, Rn. 19, 20.

183 EuGH, C-235/99, Barkoci, Slg. 2001, I-6557, Rn. 51 f.; 270/80, Polydor/Harlequin, Slg. 1982, 329, Rn. 14ff.; 104/81, HZA Mainz/Kupferberg (I), Slg. 1982, 3641, Rn. 28 ff.; siehe andererseits EuGH, C-207/91, Eurim Pharm/BGA, Slg. 1993, I-3723, Rn. 21 ff. und C-63/99, Glosczuk, Slg. 2001, 1-6369, Rn. 52). Von den ursprünglichen Abkommen ist (nach Inkrafttreten des EWR) nur noch das Abkommen mit der Schweiz in Kraft ist (ABL 1972 L 300/189), die zitierte Rechtsprechung ist aber nach wie vor für die Auslegung von völkerrechtlichen Übereinkünften mit Drittstaaten von Bedeutung.

184 EuGH, Rs 104/81, Hauptzollamt Mainz/Kupferberg & Cie., EU:C:1982:362, Rn. 26; siehe auch EuGH, Rs 17/81, Pabst&Richarz KG/Hauptzollamt Oldenburg, EU:C:1982:129, Rn. 27.

185 EuGH, 267/81 u. a., Amministrazione delle finanze/SPI u. a., Slg. 1983, 801, Rn. 15; 21/72 u. a., International Fruit Company/Produktschap, Slg. 1972, 1219, Rn. 10 f.

186 EuG, T-2/99, T.Port/Rat, Slg. 2001, II-2093, Rn. 51; EuGH, C 27/00, Omega Air, Slg. 2002, I 2569, Rn. 89 ff.

187 EuGH, C-149/96, Portugal/Rat, Slg. 1999, I-8395, Rn. 40, 43–47; C-377/02, Léon Van Parys/BIRB, Slg. 2005, I-1465, Rn. 39, 48; dazu Steinbach, Zur Rechtswirkung von WTO-Streitbeilegungsentscheidungen, EuZW 2005, 331.

- den EuGH zur Einhaltung ihrer Verpflichtungen aus dem Abkommen zu zwingen.¹⁸⁸
131. In jüngerer Zeit hat der EuGH begonnen, die Logik seiner ablehnenden Haltung zu den WTO-Abkommen auf „klassische“ völkerrechtliche Übereinkünfte zu übertragen, möglicherweise aber auch nur einheitliche Kriterien anzuwenden, um die Kohärenz seiner Rechtsprechung zu erhöhen:¹⁸⁹ „[Es] können die Bestimmungen eines internationalen Vertrags, dessen Vertragspartei die Union ist, zur Begründung einer Klage auf Nichtigerklärung einer Handlung des Sekundärrechts der Union oder einer Einrede der Rechtswidrigkeit einer solchen Handlung nur unter der Voraussetzung geltend gemacht werden, dass zum einen Art und Struktur des betreffenden Vertrags dem nicht entgegenstehen und zum anderen diese Bestimmungen inhaltlich unbedingt und hinreichend genau erscheinen.“¹⁹⁰
132. Durch den Verweis auf die „Art und Struktur“ von internationalen Übereinkünften werden für die unmittelbare Anwendung durch den EuGH tendenziell weitere Hürden errichtet. Es kommt hinzu, dass die vertieften Freihandelsabkommen, die gegenwärtig verhandelt werden (TTIP, CETA etc.), Klauseln enthalten, die eine unmittelbare Anwendung ausdrücklich ausschließen sollen.¹⁹¹ Es besteht kein Zweifel, dass der Gerichtshof die Art und Struktur von Übereinkünften an solchen Regelungen messen und hinsichtlich solcher Übereinkünfte keine unmittelbare Anwendung zulassen wird.
133. In Deutschland ist auch aus einem anderen Grund mit einer Einschränkung der deutschen Rechtsprechung zu rechnen, die bisher der unmittelbaren Wirkung von Freihandelsabkommen, aber auch der WTO-Abkommen, aufgeschlossen gegenüber stand.¹⁹² Eine solche unmittelbare Wirkung war in den Bereichen möglich, die inhaltlich der deutschen Zuständigkeit unterfielen (z.B. hinsichtlich von Teilen von TRIPS).¹⁹³ Durch die Erweiterung der Zuständigkeiten der Union und die Einbeziehung solcher Bereiche in die gemeinsame Handelspolitik, ist diese Möglichkeit seit Inkrafttreten des Ver-

¹⁸⁸ EuGH, C-61/94, KOM/Deutschland, Slg. 1996, I-3989.

¹⁸⁹ In diese Richtung wohl Bungenberg, in: von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 218, Rn. 129 ff.

¹⁹⁰ Siehe aus jüngerer Zeit EuGH, Urt. v. 13.01.2015, C-401/12 P, Vereniging Milieudefensie, ECLI:EU:C:2015:4, Rn. 54 m.w.N. (hinsichtlich des umweltrechtlichen Übereinkommens von Århus); in Abgrenzung zu EuGH, Rs 188/85, Fediol, Rn. 19-22 und EuGH, C-69/89, Nakajima All Precision/Rat, EU:C:1991:186, Rn. 36 ff.

¹⁹¹ So statuiert etwa Art. 14.6 CETA (ähnlich Art. 17.15 EU-Singapur FTA): “Nothing in this Agreement shall be construed as conferring rights or imposing obligations on persons other than those created between the Parties under public international law, nor as permitting this Agreement to be directly invoked in the domestic legal systems of the Parties. No Party may provide for a right of action under its domestic law against the other Party on the ground that a measure of the other Party is inconsistent with this Agreement.”

¹⁹² Vgl. BGH, NJW 1999, 1953, 1958 – Kopienversanddienst; GRUR 2002, 1046, 1048 – Faxkarte.

¹⁹³ Der EuGH hatte das Recht der Mitgliedsstaaten anerkannt – soweit sie selbst für die Umsetzung der WTO-Abkommen zuständig sind und keine Maßnahmen der EU zur Umsetzung existieren – zu entscheiden, ob dem Abkommen von ihren Gerichten unmittelbare Wirkung zukommen soll, EuGH, C-300/98, Parfums Christian Dior, Slg. 2000, I 11307, Rn. 48 f. zu Art. 50 TRIPS; C-89/99, Schiering-Nijsted/Groeneveld, Slg. 2001, I 5851, Rn. 53 ff.

trages von Lissabon weitgehend entfallen, weil jetzt insoweit die restriktivere Sicht des Gerichtshofs zum Tragen kommt.¹⁹⁴

C. Frage 14 – Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten

14. Existieren zur Zeit von der Kommission gegen Mitgliedstaaten eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren wegen Verstoßes gegen von der Europäischen Union eingegangene internationale Verpflichtungen? Wenn ja, bitte beschreiben Sie kurz diese Fälle.

134. Solche Fälle sind dem Verfasser nicht bekannt.

D. Frage 15 – Nationale Kontrollmaßnahmen

15. Welche Kontrollmaßnahmen bzgl. des Respekts internationaler, die Europäische Union bindende Übereinkünfte existieren seitens der Mitgliedstaaten (unabhängig von der Rolle der Europäischen Kommission als Hüterin der Verträge)?

135. In Deutschland unterliegt das Handeln von Behörden, den Parlamenten und Gerichten dem Rechtsstaatsprinzip. Deshalb sind alle Träger staatlicher Gewalt grundsätzlich verpflichtet, zunächst selbst sicherzustellen, dass sie bei ihrem Handeln Recht und Gesetz beachten; dazu gehört auch das Recht der Europäischen Union, einschließlich der von der Union abgeschlossenen internationalen Übereinkünfte, die integraler Bestandteil des Unionsrechts sind.¹⁹⁵ Dabei ist auch der Grundsatz anerkannt, dass dem EU-Recht gegenüber deutschem Recht der Vorrang zukommt.
136. Darüber hinaus unterliegen nachgeordnete Behörden der Rechtsaufsicht der Bundesregierung bzw. der Landesregierungen. Die Landesbehörden (einschließlich der Landesregierungen) sind auch nach dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens verpflichtet, Verstöße gegen EU-Recht zu unterlassen. Dies kann der Bund notfalls auch gerichtlich gegenüber den Ländern durchsetzen. Auch insofern sind die von der Union abgeschlossenen internationalen Übereinkünfte integraler Bestandteil des Unionsrechts.
137. Schließlich gibt es auf der Ebene der Bundesregierung ein gut strukturiertes Instrumentarium zur europarechtlichen Koordinierung, dessen Hauptziel zwar die politische Koordinierung ist, in dessen Rahmen aber auch die Eu-

194 Siehe aber die von Bungenberg angedeutete Möglichkeit einer „abgeschwächten, mittelbaren Direktwirkung“ von TRIPS, Bungenberg, in: von de Groeben, aaO. (Fn. 3), Art. 218 AEUV, Rn. 133, m. w. N., u. a. unter Hinweis auf EuGH, C-300/98, Parfums Christian Dior, Slg. 2000, I 11307, Rn. 44, 47 zu Art. 50 TRIPS.

195 EuGH, Rs 181/73, Haegeman, Slg. 1974, 449, Rn. 5; Rs 12/86, Demirel, Slg. 1987, 3719, Rn. 7, und C-301/08, Bogiatzi, Slg. 2009, I-10185, Rn. 23.

roparechtskonformität des Regierungshandelns sichergestellt wird.¹⁹⁶ Das wichtigste Koordinierungsgremium ist der Staatssekretärsausschuss für Europafragen, dem traditionell ein Staatsminister oder Staatssekretär des Auswärtigen Amtes vorsitzt.¹⁹⁷ Dort werden europapolitische Grundsatzfragen und wichtige EU-Angelegenheiten von ressortübergreifendem Interesse geklärt. Unterhalb der Staatssekretärsebene hat die Runde der mit Europafragen befassten Abteilungsleiter der verschiedenen Ministerien die Aufgabe, politisch relevante und/oder konfliktträchtige Dossiers zu identifizieren. Gesetzgebungsvorhaben und das Verwaltungshandeln auf Bundesebene werden dabei einer Rechtskontrolle hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Europarecht unterzogen, das auch Verstöße gegen internationale Abkommen feststellen und vermeiden soll.

V. Kapitel 4: Handel und Investitionsschutz

138. Die Fragen der Generalberichterstatter zum Kapitel 4 werden in der Form beantwortet, dass das Oberthema von Frage 16 (Begriff der gemeinsamen Handelspolitik) aus Sicht der deutschen Rechtswissenschaft nach der Entscheidung des Gerichtshofs im Gutachten 2/15 nachfolgend im Abschnitt A. dargestellt wird. Danach wird in Abschnitt B auf die konkreten Einzelfragen der Generalberichterstatter eingegangen.

A. Zum Begriff der gemeinsamen Handelspolitik

139. Die gemeinsame Handelspolitik (GHP) ist Teil von Titel II des Fünften Teils des AEUV („Das auswärtige Handeln der Union“). Ihr Ziel ist es, die EU in die Lage zu versetzen, sowohl im internationalen Bereich als handlungsfähiger Partner die GHP nach außen zu vertreten als auch diese Politik intern umzusetzen.

1. Die Entwicklung der gemeinsamen Handelspolitik vor Lissabon

140. Mit der Gründung der EWG haben die Mitgliedstaaten eine Zollunion geschaffen und später nach Schaffung der EG einen Binnenmarkt etabliert, in dem Waren und Dienstleistungen frei zirkulieren, ohne dass es auf ihren Ursprung ankommt. Der freie Warenverkehr mit eingeführten Waren und die Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt können nur störungsfrei funktionieren, wenn für deren Einfuhr die gleichen Regeln gelten. Dabei ergänzt die GHP die Bestimmungen des Dritten Teils des AEUV, insbesondere dessen

¹⁹⁶ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Europa/gestaltung-der-deutschen-europapolitik.html>.

¹⁹⁷ Vgl. Auswärtiges Amt: Koordinierungsfunktion, <https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/europa/deutsche-europapolitik/entscheidungsfindung-node>.

Vorschriften über den Binnenmarkt (Titel I), den freien Warenverkehr (Titel II; speziell zur Zollunion und den GZT dort Kapitel I) sowie über den freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehr (Titel IV).

141. Der Begriff „gemeinsame Handelspolitik“ ist vor dem Hintergrund dieser Funktion der GHP und der sich wandelnden Struktur des Welthandels zu sehen. Ausgangspunkt für die Definition ist die (nicht abschließende) Aufzählung („insbesondere“) in Art. 207 (1) (Änderung von Zollsätzen, Abschluss von Zoll- und Handelsabkommen etc.). Nach der ursprünglichen Meinung des Rates waren deshalb solche Rechtsakte „handelspolitischer“ Natur, die die Beeinflussung der Handelsströme zum Ziel hatten.¹⁹⁸ Demgegenüber neigte die KOM zu der Auffassung, dass der Einsatz handelspolitischer Instrumente die Natur eines Rechtsaktes determiniert.¹⁹⁹ Der Wandel der Schwerpunkte im Welthandel und die Diskussion der unterschiedlichen Positionen gerade im Rahmen des Naturkautschukverfahrens hatten den Gerichtshof zunächst bewogen, den Begriff der GHP „in einer offenen Perspektive“ zu sehen,²⁰⁰ also eine gewisse Kohärenz zwischen dem Inhalt handelspolitischer Regelungen, die international beobachtbar waren, und dem innergemeinschaftlichen Verständnis von der Bedeutung des Begriffs zugelassen. Doch mit der Gründung der WTO ergaben sich auf einen Schlag erhebliche Änderungen der Regelungsinhalte und -dichte handelspolitischer Regelungen durch die WTO-Abkommen von 1994. Die Mitgliedstaaten waren nicht länger bereit, die von ihnen empfundene Erosion ihrer Zuständigkeiten zugunsten der EU hinzunehmen; es kam zum Streit über die Grenzen des Begriffs der GHP und zum Gutachten 1/94 des EuGH.²⁰¹
142. Angesichts des Ausmaßes der neuen Regelungsmaterien der WTO (im Vergleich zum früheren GATT) änderte der Gerichtshof seine Rechtsprechung. Im Gutachten 1/94 legte der EuGH den Schwerpunkt eher auf eine statische Interpretation und entschied (wenn auch unter Bezugnahme auf den „offenen“ Charakters des Begriffs),²⁰² dass Regelungen über Dienstleistungen (das „GATS“-Abkommen) und den Schutz geistigen Eigentums (das TRIPS-Übereinkommen) nur zum Teil unter den Begriff der Handelspolitik i. S. v. ex-Art. 133 EG fielen, weil sie nicht den freien Warenverkehr beträfen, sondern andere Grundfreiheiten. Dies vertiefte der Gerichtshof im spä-

198 Stellungnahme zum Gutachten 1/78, Naturkautschuk-Übereinkommen, Slg. 1979, 2871, 2887; 08.09.2009, C-411/06, KOM/EP u. a., Rn. 38. Die Bezugnahme auf die früheren Auffassungen von Rat und Kommission wird in der deutschen Literatur z. T. kritisiert, doch ist die Nähe der heutigen Definition des Gerichtshofs (vgl. unten, Rn. 150) zur ursprünglichen Position des Rates durchaus interessant.

199 Stellungnahme zum Gutachten 1/78, Naturkautschuk-Übereinkommen, Slg. 1979, 2871, 2884; 08.09.2009, C-411/06, KOM/EP u. a., Rn. 31.

200 EuGH, Gutachten 1/78, „Naturkautschuk“, Slg. 1979, 2871, 2913, siehe unten Rn. 9; zur Position der deutschen „Doktrin“ siehe etwa Ehlermann, FS Teitgen 1984, 145; Koutrakos, Eur. L. Rev. 1998, 235, 250; siehe auch Weiß, in Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 207 AEUV, Rn. 68.

201 Gutachten 1/94, WTO, Slg. 1994, I-5276, Rn. 35 ff.; die geänderte Rechtsprechung stieß auf vielfältige Kritik, vgl. statt vieler Krenzler/da Fonseca-Wollheim, EuR 1998, 223, 229.

202 Ibid., Rn. 41.

ter erstatteten Gutachten 2/92,²⁰³ in dem er, auch soweit der Warenverkehr betroffen war, ex-Art. 133 EG mit dem Argument für unanwendbar erklärte, es gehe im konkreten Fall mehr um Harmonisierung im Binnenmarkt und weniger um die Regelung von Außenhandel. Diese Überlegung setzt sich in der Rechtsprechung bis heute fort.

143. Die Änderungen von ex-Art. 133 EG durch die Verträge von Amsterdam und Nizza erweiterten die handelspolitischen Kompetenzen punktuell, beseitigten aber die Schwierigkeiten nicht, die sich ergaben, weil EU-Kompetenzen und der typische Regelungsbereich angestrebter handelspolitischer Übereinkommen auseinanderfallen und weil solche Übereinkommen deshalb als „gemischte Abkommen“ zu schließen sind.

2. Die Änderungen der Gemeinsamen Handelspolitik durch Lissabon

144. Der *Lissabon-Vertrag* hat die GHP demgegenüber auf eine neue Grundlage gestellt und zugleich konsolidiert. Die GHP ist nun Teil und Instrument des auswärtigen Handelns der EU insgesamt: Gem. Art. 207 (1) S. 2 AEUV wird die GHP „im Rahmen der Grundsätze und Ziele des auswärtigen Handelns der Union gestaltet.“ Damit hat der Vertrag von Lissabon die ursprüngliche – auf Liberalisierung und handelspolitische Schutzmaßnahmen fokussierte – Zielsetzung der GHP erheblich modifiziert. Dieser bindet die GHP an sehr viel komplexere, an den Gesamtinteressen der EU ausgerichtete Zielvorgaben (s. Art. 21 (mit Art. 7, 9, 11) EUV und Art. 205, 206 AEUV).²⁰⁴
145. Außerdem wurden die gewandelten Realitäten des internationalen Wirtschaftssystems berücksichtigt und die Bereiche, die schon die Gründungsverträge zur WTO der internationalen Handelspolitik zuordneten, wieder in den einheitlichen Zuständigkeitsbereich der EU integriert (einschl. der Einbeziehung von nichttarifären („anderen“) Beschränkungen des internationalen Handelsverkehrs, der Dienstleistungen, der handelsbezogenen Aspekte des geistigen Eigentums und der ausländischen Direktinvestitionen in den Begriff der GHP durch Art. 206, 207 AEUV).
146. Allerdings wird der Zustand, der vor dem Gutachten 1/94 bestand, nicht vollständig wiederhergestellt. Denn der Begriff der GHP bleibt eher statisch, weil durch den Wortlaut determiniert. Es ist nicht erkennbar, dass der Vertrag von Lissabon zugleich den Auftrag enthält, den Begriff der Handelspolitik wieder in „einer offenen Perspektive“ zu sehen, so dass die Begriffsbildung etwa auf der Ebene der WTO den europarechtlichen Begriff

203 Gutachten 2/92 (OECD-Beschluss zur Inländerbehandlung, Slg. 1995, I-525, Rn. 24 ff.; ähnlich für das Verhältnis Außenhandel und Umweltschutz, EuGH, 08.09.2009, C-411/06, KOM/EP u. a., Rn. 46 f.).

204 Vedder, Die außenpolitische Zielbindung der gemeinsamen Handelspolitik, in: Bungenberg/Herrmann, aaO. (Fn. 162), 2011, S. 121 ff.; Müller-Ibold, in: Lenz, aaO. (Fn. 3), Art. 205, Rn. 2 ff.

erneut prägen könnte,²⁰⁵ selbst wenn nach der Änderung durch den Vertrag von Lissabon nur noch wenige Bereiche verbleiben, die von den Handelspartnern als Teil von handelspolitischen Abkommen gesehen werden, ohne Teil der GHP i. S. v. Art. 207 AEUV zu sein (das betrifft z.B. Portfolioinvestitionen, bestimmte Verkehrsfragen und jetzt den Bereich „*Investor State Dispute Settlement*“).

147. Eine gewisse Dynamik hinsichtlich der Zuständigkeiten der EU ist aber aufgrund anderer Mechanismen des AEUV dennoch möglich. Insbesondere der in Art. 3 (2) und Art. 216 (1) kodifizierte „AETR-Effekt“ erlaubt es,²⁰⁶ durch Wahrnehmung von Innenkompetenzen den Kompetenzrahmen der Union auch nach außen abzurunden, und zwar auch insoweit, als der Wortlaut von Art. 207 (oder andere Vorschriften des AEUV) eine einschränkende Auslegung des Begriffs „Handelspolitik“ erfordern (wie z. B. im Bereich Verkehr oder der Portfolioinvestitionen).

3. Die Rechtsprechung nach Lissabon, einschließlich des Gutachtens 2/15 (Freihandelsabkommen mit Singapur)

148. Der Gerichtshof hat nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon auf die Vertragsänderungen reagiert, die er als „*bedeutsame Entwicklung des Primärrechts der Union*“ bezeichnet.²⁰⁷ Dabei nimmt der Gerichtshof zum einen auf die expliziten Änderungen in Art. 207 (1) AEUV Bezug, wodurch die Handelspolitik um „neue Aspekte des heutigen internationalen Handels“ erweitert worden sei (also insbesondere unter Einbeziehung aller Dienstleistungen (außer Verkehrsdienstleistungen), der nichttarifären („anderen“) Beschränkungen des internationalen Handelsverkehrs, der handelsbezogenen Aspekte des geistigen Eigentums und der ausländischen Direktinvestitionen).²⁰⁸
149. Der Gerichtshof knüpft hinsichtlich von Inhalt und Grenzen der gemeinsamen Handelspolitik an den Wortlaut an:²⁰⁹ „*Gemäß Art. 207 (1) AEUV wird diese Politik, nach einheitlichen Grundsätzen gestaltet; dies gilt insbesondere für die Änderung von Zollsätzen, für den Abschluss von Zoll- und Handelsabkommen, die den Handel mit Waren und Dienstleistungen betreffen, und für die Handelsaspekte des geistigen Eigentums, die ausländischen Direktinvestitionen, die Vereinheitlichung der Liberalisierungsmaßnahmen, die Ausfuhrpolitik sowie die handelspolitischen Schutzmaßnahmen[...]. Die*

205 In den Worten des EuGH, Gutachten 1/78, „Naturkautschuk“, Slg. 1979, 2871, 2913. Eine erneute dynamische Interpretation befürworten Cottier/Trinberg, in: von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 207, Rn. 10. Eine (offenbar begrenzte) interpretatorische Dynamik hält auch GAin Sharpston für möglich, vgl. SA. Gutachen 2/15, Rn. 98 ff.

206 Siehe dazu oben, Kapitel 1.

207 EuGH, Daiichi Sankyo, C-414/11, EU:C:2013:520, Rn. 46 und 48; EuGH (Plenum), Gutachten 2/15 v. 16.05.2017, ECLI:EU:C:2017:376, (siehe Fn. 1), Rn. 141.

208 Behrends, u.a., BT-Gutachten, aaO. (Fn. 77), S. 8.

209 EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 34 ff.

gemeinsame Handelspolitik wird im Rahmen der Grundsätze und Ziele des auswärtigen Handelns der Union gestaltet. Aus dieser Bestimmung, insbesondere aus ihrem Satz 2, wonach die gemeinsame Handelspolitik zum „auswärtigen Handeln der Union“ gehört, geht hervor, dass diese Politik den Handelsverkehr mit Drittländern betrifft.“²¹⁰

150. Innerhalb der Wortlautgrenzen ist für den Gerichtshof das Ziel des zu beurteilenden Abkommens entscheidend. Wie schon im Gutachten 2/92 ange deutet, betont der Gerichtshof jetzt, dass „nach ständiger Rechtsprechung ein Rechtsakt der Union, wie ein von dieser geschlossenes Abkommen, nicht schon deshalb zu der Kategorie von Rechtsakten, die unter die gemeinsame Handelspolitik fallen, zählt, weil er bestimmte Auswirkungen auf den Handelsverkehr mit einem oder mehreren Drittstaaten haben kann. Dagegen ist ein Rechtsakt der Union Teil der gemeinsamen Handelspolitik, wenn er speziell diesen Handelsverkehr betrifft, weil er ihn im Wesentlichen fördern, erleichtern oder regeln soll und sich direkt und sofort auf ihn auswirkt.“²¹¹
151. Diese Rechtsprechung nähert sich hinsichtlich der Begriffsbestimmung von Maßnahmen, die zur gemeinsamen Handelspolitik gehören, damit der historischen Rechtsauffassung des Rates an, nach der handelspolitische Maßnahmen solche seien, die der „Beeinflussung von Handelsströmen dienen“.²¹²
152. Allerdings ist für den Gerichtshof der Strukturwandel durch die Einbeziehung der GHP in das Gesamtkonzept des auswärtigen Handels der EU durch Art. 21 EUV und Art. 205 AEUV (der Gerichtshof erwähnt Art. 206 nicht ausdrücklich) ebenso bedeutsam.²¹³ Dadurch muss sich auch die GHP an den dort genannten Grundsätzen (u. a. Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Menschen- und Grundrechte) und Zielen der EU orientieren.²¹⁴ Der Gerichtshof verweist darüber hinaus auf die sog. Querschnittsklauseln in Art. 9 und 11 AEUV (allerdings ohne Art. 7 AEUV (Kohärenzgebot) oder die Querschnittsklauseln in Art. 12 und 13 AEUV ausdrücklich zu erwähnen).²¹⁵ Der Gerichtshof folgert aus der Bindung der GHP an diese Grundvorgaben, dass deren Berücksichtigung, und damit auch die Regelung von solchen Querschnittsthemen, in handelspolitischen Übereinkünften möglich sein muss. Hinsichtlich des Freihandelsabkommens mit Singapur hat der Gerichtshof so insbesondere die Regelungen in dessen Kapitel 13 (zu Handel

210 EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 35 unter Hinweis auf seine Urteile Daiichi Sankyo, C-414/11, EU:C:2013:520, Rn. 50, sowie Kommission/Rat, C-137/12, EU:C:2013:675, Rn. 56.

211 EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 36, unter Hinweis auf seine „ständige Rechtsprechung“, u. a. Urt. Daiichi Sankyo, C-414/11, EU:C:2013:520, Rn. 51, sowie Kommission/Rat, C-137/12, EU:C:2013:675, Rn. 57, und Gutachten 3/15 [Vertrag von Marrakesch über den Zugang zu veröffentlichten Werken], EU:C:2017:114, Rn. 61.

212 Vgl. Stellungnahme des Rates im Gutachtenverfahren 1/78 [Naturkautschuk], Slg. 1979, 2871, 2887, sowie seine Position in des Sache C-411/06, Kommission/EP und Rat, Slg. 2009, I-7585, Rn. 38).

213 EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 142.

214 Vgl. EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 143–145; Behrends u. a., BT-Gutachten, aaO., Fn. 77, S. 8; vgl. Herrmann/Müller-Ibold in: Die Entwicklung des europäischen Außenwirtschaftsrechts, EuZW 2016, 646, (647).

215 Vgl. EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 143–145; Behrends u. a., BT-Gutachten, aaO., Fn. 77, S. 8.

und nachhaltiger Entwicklung) als Teil der ausschließlichen, handelspolitischen Zuständigkeiten der EU eingeordnet,²¹⁶ soweit diese inhaltlich einen spezifischen Bezug zum Handelsverkehr haben. (Eine nähere Diskussion der Bedeutung von Art. 21 EUV und der komplexen Zielvorgaben folgt unten im Zusammenhang mit Frage 20 (Rn. 201 ff.).

153. Hinsichtlich der von der GHP erfassten Bereiche, hat der EuGH inzwischen Folgendes entschieden:

- Das TRIPS-Übereinkommen der WTO fällt in den Bereich der GHP und damit in die ausschließliche Zuständigkeit der Union;²¹⁷
- Das Europäische Übereinkommen über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten²¹⁸, in dem es darum ging, einheitliche Standards zum Schutz solcher Dienste, die unionsintern bestanden (und allenfalls im Detail geändert wurden),²¹⁹ auch im Verhältnis zu Drittstaaten zu vereinbaren, fällt in den Bereich der gemeinsamen Handelspolitik, u. a. weil das Hauptziel die Förderung rechtmäßigen Handels und das Unterbinden illegalen Handels mit Drittstaaten war;²²⁰
- Demgegenüber fällt der Vertrag von Marrakesch über den Zugang zu veröffentlichten Werken (insbesondere durch behinderte Personen) nicht unter die gemeinsame Handelspolitik, weil darin nichtkommerzielle Erleichterungen für Behinderte geregelt wurden, vor allem aber, weil die Regelungen zu einer Änderung der bestehenden Binnenmarktregelung geführt hätten, also eine inhaltliche Harmonisierung und weniger der (kommerzielle) Handel mit Drittstaaten im Vordergrund steht.²²¹ Dennoch fällt das Abkommen gemäß Art. 3 (2) AEUV in die ausschließliche Zuständigkeit der Union.²²²
- Die folgenden Regelungsbereiche des Freihandelsabkommens mit Singapur:
 - Die Regelungen, die den Marktzugang betreffen, ordnet der EuGH der GHP zu, und sieht insbesondere den Handelsbezug als ohne Weiteres gegeben an.²²³ Dazu gehören Inländerbehandlung, Marktzugang für Waren, handelspolitische Schutzmaßnahmen, technische Handelshemmisse, gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen, Zoll- und Handelserleichterungen, Abbau nichttarifärer

216 Vgl. EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 147 ff.; Behrends u. a., BT-Gutachten, aaO., Fn. 77, S. 9, 13 f.

217 EuGH, Daichi Sankyo, C-414/11, EU:C:2013:520, Rn. 49-61, vgl. Herrmann/Müller-Ibold in: Die Entwicklung des europäischen Außenwirtschaftsrechts, EuZW 2016, 646.

218 ABl. 2011, L 336/2.

219 Richtlinie 98/84/EG über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten, ABl. 1998 L 320, S. 54).

220 EuGH, C-137/12, Kommission/Rat, ECLI:EU:C:2013:675, Rn. 74, vgl. Herrmann/Müller-Ibold in: Die Entwicklung des europäischen Außenwirtschaftsrechts, EuZW 2016, 646.

221 Gutachten 3/15 [Vertrag von Marrakesch über den Zugang zu veröffentlichten Werken], EU:C:2017:114, Rn. 101.

222 Gutachten 3/15, ibid., Rn. 102-130.

223 EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 40 ff.

Handelshemmnisse, Investitionen im Bereich der Erzeugung erneuerbarer Energien, Regelungen zu Dienstleistungen aller Art (unabhängig von der Art ihrer Erbringung (außer Verkehr)), Niederlassungsfreiheit und elektronischem Geschäftsverkehr sowie im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens (außer Verkehr)).

- Hinsichtlich der Regelungen, die nicht unmittelbar dem Marktzugang dienen (sondern Bereiche betreffen wie Investitionsschutz für Direktinvestitionen (durch Inländerbehandlung, Willkürverbot, Schutz vor entschädigungsloser Enteignung, Schutz vor Diskriminierung und Rechtsunsicherheit),²²⁴ Schutz des geistigen Eigentums²²⁵ und des Wettbewerbs²²⁶), prüft der EuGH die Handelsauswirkungen genauer und betont, dass die Regelungen im konkreten Fall nicht den Binnenmarkt regeln oder harmonisieren, sondern auf die Erleichterung des Handelsverkehrs mit Singapur abstellen und deshalb der GHP zugeordnet werden können.²²⁷ Dies entspricht dem Ansatz im Gutachten 3/2015 und der Rechtssache C-137/12.
- Nicht zur GHP gehören demgegenüber Regelungen zu Verkehrsdiendstleistungen (wegen der ausdrücklichen Ausnahme in Art. 207 (5) AEUV),²²⁸ des öffentlichen Beschaffungswesens im Bereich Verkehr (aus dem gleichen Grund)²²⁹ und der Portfolioinvestitionen (wegen des auf Direktinvestitionen beschränkten Wortlauts von Art. 207 (1)).²³⁰
- Der Gerichtshof betont, dass im Grundsatz alle institutionellen Vorschriften, die Vorschriften über Transparenz, das Verfahren sowie die Streitbeilegung in internationalen Übereinkünften akzessorischen Charakter haben und damit in den Regelungsbereich der GHP fallen, soweit die materiellen Regeln der Übereinkunft in den Bereich der GHP fallen oder sonst der ausschließlichen Zuständigkeit der Union unterliegen.²³¹ Nur hinsichtlich des „*Investor-State Dispute Settlement*“ macht er eine Ausnahme, weil diese Vorschriften tief in das Prozessrecht der Mitgliedstaateneingreifen (was hinsichtlich der zwischenstaatlichen Streitbeilegung nicht der Fall sei).²³²

224 EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 78-110.

225 EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 111-130.

226 EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 131-138.

227 Behrends u. a., BT-Gutachten, aaO., Fn. 77, S. 13 f.

228 EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 57 ff.; die Ausnahme für den Verkehr erfasst auch „andere Dienstleistungen, wenn sie naturgemäß mit einer körperlichen Handlung der Beförderung von Personen oder Waren von einem Ort zum anderen mittels eines Verkehrsmittels verbunden sind“, aaO. Rn. 61 unter Hinweis auf EuGH, C-168/14, Grupo Itevelesa u. a., EU:C:2015:685, Rn. 45, 46).

229 EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 77.

230 EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 83.

231 EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 276 ff. unter Hinweis auf seine ständige Rspr.: Gutachten 1/76 [Stilllegungsfonds für die Binnenschifffahrt], EU:C:1977:63, Rn. 5; Gutachten 1/78 [Internationales Naturkautschukübereinkommen], EU:C:1979:224, Rn. 56, 48; und Kommission/Rat, C-137/12, EU:C:2013:675, Rn. 70, 71).

232 EuGH, Gutachten 2/15, Rn. 285-293 (ISDS), Rn. 294-304 (SSDS).

4. Ergebnis: Der Begriff der Handelspolitik nach Lissabon und Singapur

154. Vor diesem Hintergrund lässt sich als Zwischenergebnis festhalten, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs, so wie sie sich im Gutachten 2/15 manifestiert hat (jüngst bestätigt im Urteil vom 25. Oktober 2017 in der Rechtsache C-389/15),²³³ eine Maßnahme der gemeinsamen Handelspolitik i. S. v. Art. 207 AEUV unterliegt, wenn sie:
- „speziell den Handelsverkehr [für Waren und Dienstleistungen aller Art] mit einem oder mehreren Drittstaaten betrifft, weil er ihn im Wesentlichen fördern, erleichtern oder regeln soll und sich direkt und sofort auf ihn auswirkt“;
 - nicht vorrangig der Harmonisierung von Regeln im Binnenmarkt dient und
 - nicht einem Bereich zuzuordnen ist, für den der AEUV ausdrücklich Sonderregeln vorsieht (d.h. Verkehr und im Umkehrschluss des Wortlauts von Art. 207 Portfolioinvestitionen).
155. Dabei kommt es darauf an, dass die Regelung „im Wesentlichen“ dem Ziel der Regelung des Handelsverkehrs dient; untergeordnete Nebenziele ändern daran nichts. Zulässig sind auch Vorschriften, mit denen weitergehende Querschnittsmaterien geregelt werden, damit den weiteren Außenpolitischen Zielen der Union, in die die GHP eingebettet ist, Rechnung getragen werden kann.

B. Die konkreten Fragen der Generalberichterstatter

1. Frage 16

16. Was sollte vom Begriff „gemeinsame Handelspolitik“ nach Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags umfasst sein? Was ist der Standpunkt der Mitgliedstaaten, hinsichtlich der ausländischen Direktinvestitionen? Beinhaltet dieser Begriff auch Portfolioinvestitionen? Inwieweit sind Abkommen im Bereich „Verkehr“ erfasst? Ist das gesamte „TRIPS-Übereinkommen“ von dem Begriff der gemeinsamen Handelspolitik erfasst?

156. Hinsichtlich der Frage nach dem Begriff der gemeinsamen Handelspolitik aus deutscher Sicht nach der Entscheidung des Gerichtshofs im Gutachten 2/15 hat der Verfasser soeben unter A. seine Analyse dargestellt. Nachfolgend wird auf die konkreten Einzelfragen der Generalberichterstatter eingegangen.

²³³ EuGH, C-389/15, Kommission/Rat [Lissabonner Abkommen über Ursprungsbezeichnungen], Rn. 49 ff.

a. Frage 16 – GHP und Investitionen

Was ist der Standpunkt der Mitgliedstaaten, hinsichtlich der ausländischen Direktinvestitionen? Beinhaltet dieser Begriff [gemeinsame Handelspolitik] auch Portfolioinvestitionen?

157. Mein Eindruck ist, dass der Auffassung des Gerichtshofs, die Union sei für internationale Übereinkünfte im Bereich der ausländischen Direktinvestitionen ausschließlich zuständig, während die Zuständigkeiten für den Bereich der Portfolioinvestitionen bei den Mitgliedstaaten verblieben seien, zunehmend zugestimmt wird. Deren Richtigkeit ergäbe sich aus dem Wortlaut und dem Willen der Mitgliedstaaten bei der Abfassung des Vertrages von Lissabon. Diese Auffassung hat auch das Bundesverfassungsgericht wiederholt vertreten.²³⁴
158. Die Anknüpfung der Definition von „Direktinvestitionen“ an Kontrollerwerb und Teilhabe an der Verwaltung des Zielunternehmens durch den Gerichtshof sei im Grundsatz richtig.²³⁵ Die Feststellung des Gerichtshofs, dass sich „Art. 207 (1) AEUV allgemein auf Handlungen der Union im Bereich der „ausländischen Direktinvestitionen“ [bezieht], ohne danach zu unterscheiden, ob die Handlungen die Zulassung oder den Schutz dieser Investitionen zum Gegenstand haben“²³⁶, wurde aufmerksam registriert. Die Zuständigkeiten für die Außenvertretung im Bereich der Portfolioinvestition können sich durch interne Rechtssetzung der Union weiter verschieben, womit aber nicht unmittelbar zu rechnen sei.
159. In Deutschland wird auch aufmerksam beobachtet, dass die Kommission offenbar eine Trennung von Freihandelsabkommen (EU-only) und Investitionsschutzabkommen (gemischte Abkommen) anstrebt (siehe dazu unten, Rn. 192). Dies wird als technisch machbare Lösung angesehen, die aber in der Praxis komplexe Frage aufwerfe, weil es zunehmend schwerer sei, Marktzugang inhaltlich vom Investitionsschutz zu trennen.
160. Demgegenüber habe ich den Eindruck, dass die Haltung des Gerichtshofs, der Union stehe das Recht zu bestehende Investitionsschutzabkommen der Mitgliedstaaten im Einvernehmen mit dem Drittstaat aufzuheben, mit einer gewissen Skepsis begegnet wird. Denkbar sei, dass die Mitgliedstaaten unionsrechtlich zur Kündigung bestimmter Abkommen verpflichtet seien und

234 Vgl. etwa BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 (Lissabon) - 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208, Rn. 371.

235 Gutachten 2/15, aaO. Rn. 80: „*Direktinvestitionen bestehen nach ständiger Rechtsprechung in Investitionen jeder Art durch natürliche oder juristische Personen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen denjenigen, die die Mittel bereitstellen, und den Unternehmen, für die die Mittel zum Zweck einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt sind. Eine Beteiligung an einem als Aktiengesellschaft gegründeten Unternehmen ist eine Direktinvestition, wenn die Aktien ihrem Inhaber die Möglichkeit geben, sich tatsächlich an der Verwaltung dieser Gesellschaft oder an deren Kontrolle zu beteiligen*“ unter Hinweis auf EuGH, C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, EU:C:2006:774, Rn. 181, 182, C-326/07, Kommission/Italien, EU:C:2009:193, Rn. 35, und C-464/14, SECIL, EU:C:2016:896, Rn. 75, 76).

236 Gutachten 2/15, aaO. Rn. 87.

dass die Kommission dies im Wege von Vertragsverletzungsverfahren durchsetzen könne. Aber eine „Ersatzvornahme“ durch die Kommission unmittelbar sei völkerrechtlich problematisch, und es sei zweifelhaft, ob betroffenen Drittstaaten einseitige Kündigungen solcher Abkommen akzeptieren würden.

161. In der deutschen Literatur sind bis zum Urteil im Gutachten 2/15 ganz gegensätzliche Auffassungen vertreten worden, die von einer weitgehenden Kompetenzerhaltung der Mitgliedstaaten über eine (naheliegende) Mittelmeinung²³⁷ bis zur ausschließlichen Zuständigkeit der Union (analog der Argumentation der Kommission im Gutachtenverfahren 2/15) reichen.²³⁸ Für eine weite Unionskompetenz wird vorgetragen, (i) schon die Ausübung der externen Zuständigkeiten begründe die Kompetenz, (ii) die Zuständigkeit sei i. S. v. Art. 3 (2) notwendig zur Zielerreichung, (iii) die Union habe bereits ausreichend viel Sekundärrecht erlassen oder (iv) der eigentumsrechtliche Schutz beider Investitionsformen sei sachlich verwandt und es bestünde ein Bedürfnis, beide Investitionsformen einheitlich zu behandeln, sodass jedenfalls eine ausschließliche Zuständigkeit der Union gemäß Art. 3 (2) anzunehmen sei.²³⁹
162. Nach Verkündung des Gutachtens 2/15 ist noch nicht absehbar, ob die Autoren, die von einer weiteren Zuständigkeit ausgegangen sind, an dieser Auffassung festhalten (oder auf weitere interne Regelungen warten, um über Art. 3 (2) AEUV später eine erstarkte ausschließliche Zuständigkeit der Union für Portfolioinvestitionen begründen zu können).

b. Frage 16 – GHP und Verkehr

Inwieweit sind Abkommen im Bereich „Verkehr“ erfasst?

163. Nach einer im deutschen Schrifttum verbreiteten Auffassung fallen Übereinkünfte im Bereich Verkehr nicht unter den Begriff der gemeinsamen Handelspolitik. Art. 207 (5) AEUV sei insoweit deutlich und eindeutig.²⁴⁰ Nur in engen Ausnahmebereichen (Reservierungssysteme) sei eine Zuständigkeit (entsprechend den Überlegungen des Gerichtshofs) als Teil der gemeinsamen Handelspolitik denkbar.

237 Direktinvestitionen fallen in den Zuständigkeitsbereich der EU, Portfolioinvestitionen verbleiben im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten, so etwa Weiß, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 207 AEUV, Rn. 44 ff.; Cottier/Trinberg, in: von der Groeben, Art. 207 AEUV, Rn. 59; Mayr: „Mixed“ oder „EU-only“ – Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU „gedeckt“? EuR 2015, 575.

238 Vgl. die Übersicht bei Weiß, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 207 AEUV, Rn. 46, unter Hinweis etwa auf Herrmann, EuZW 2010, 207, 209 f.; zum Meinungsstand s.a. Herrmann/Müller-Ibold: Die Entwicklung des europäischen Außenwirtschaftsrechts, EuZW 2016, 646, 647 f.

239 Franz, Anmerkung zur CETA Beschluss des BVerfG, GewArch 2017, 26, unter Hinweis auf Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 6, 2011, Rn. 5040, 5063; vgl auch Müller-Ibold, Handelsaspekte geistigen Eigentums sowie Investitionen, in Herrmann, Krenzler, Streinz, 2009, S. 117, 124.

240 Cottier/Trinberg, in: von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 207 Rn. 39; Weiß, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 207 Rn. 54, m.w.N.).

164. Dies schließe jedoch nicht aus, dass eine ausschließliche Zuständigkeit der Union auf anderer Grundlage bestehe, namentlich Art. 3 (2) AEUV, gerade im Hinblick auf die vielfältigen verkehrspolitischen Regelungen, die in der Union bestehen. Diese weitere Frage ist in der deutschen Literatur durchaus umstritten.²⁴¹ Die Überlegungen von GAin Sharpston und des Gerichtshofs zu den Vertragsschlusskompetenzen im Bereich des Verkehrs sowie erste Reaktion darauf sind oben im Rahmen von Kapitel I (Rn. 27 ff.) näher dargestellt worden.
165. Dass die Union in diesem Bereich über weitreichende Zuständigkeiten auch für das Handeln nach außen verfügt, ist durch Urteil und Schlussanträge im Verfahren C-600/14 (Deutschland/Rat) (OTIF) jüngst noch einmal betont worden. Auch soweit es unionsintern zu zivilrechtlichen Haftungsfragen im Eisenbahnverkehr keine internen Regelungen gibt,²⁴² folgt aus der weiten Formulierung von Art. 216 (1) einerseits und dem weiten Regelungsbereich der Verkehrspolitik andererseits, dass die gemeinsame Festlegung eines im Rahmen der OTIF einzunehmenden Standpunkts „*im Sinne des Art. 216 Abs. 1 AEUV im Rahmen der Politik der Union zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich*“ ist, und deshalb in die Zuständigkeit der Union fällt.²⁴³

c. Frage 16 – GHP und TRIPS

Erfasst die GHP das gesamte TRIPS-Übereinkommen?

166. Die Rechtsprechung des EuGH lässt kaum Zweifel, dass das TRIPS-Übereinkommen („*Agreement on Trade related Aspects of Intellectual Property Rights*“) seit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages in seiner Gesamtheit in den Bereich der GHP und damit in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fällt.²⁴⁴ Dies hatte der Gerichtshof bereits im Urteil Daiichi Sankyo in relativ klarer Form zum Ausdruck gebracht, unter ausdrücklicher Aufgabe der Rechtsprechung zu früheren (vor Lissabon) Vertragsfassungen.²⁴⁵
167. In seinem Urteil Daiichi Sankyo stützte sich der Gerichtshof sowohl auf den Wortlaut von Art. 207 (1) AEUV (der nach dessen Änderung die GHP auf „*the commercial aspects of intellectual property*“ erstreckt) als auch auf

241 Behrends u. a., BT-Gutachten, aaO., Fn. 77, S. 17 m. w. N.

242 EuGH, Urt. v. 05.12.2017; C-600/14, Deutschland/Rat, ECLI:EU:C:2017:935; ebenso Schlussanträge GA Szpunar, C-600/14, ECLI:EU:C:2017:296, Rn. 136, 140-144, 151, 153-155.

243 EuGH, ibid., Rn. 43-72.

244 EuGH, Daiichi Sankyo, C-414/11, EU:C:2013:520, Rn. 49-61; Gutachten 2/15, FTA Singapore, Rn. 130.

245 EuGH, Daiichi Sankyo, C-414/11, EU:C:2013:520, Rn. 48: „Unter Berücksichtigung dieser bedeutsamen Entwicklung des Patentrechts ist [für] die Frage der (...) ausschließliche[n] Zuständigkeit der Union für die gemeinsame Handelspolitik (...) daher weder das Gutachten 1/94 (...), noch das Urteil Merck Genericos – Produtos Farmaceuticos [C-431/05, Slg. 2007, I-7001] erheblich, mit dem zu einem Zeitpunkt, zu dem Art. 133 EG galt, die von der Union übernommenen Verpflichtungen aus dem TRIPS-Übereinkommen von den bei den Mitgliedsstaaten verbliebenen abgegrenzt wurden.“.

den Sinn und Zweck von TRIPS. Der Gerichtshof betonte,²⁴⁶ dass „*der Hauptzweck des TRIPS-Übereinkommens darin besteht, den Schutz des geistigen Eigentums weltweit zu verstärken und zu harmonisieren [m.w.N]. Wie aus seiner Präambel hervorgeht, soll das TRIPS-Übereinkommen Verzerrungen des internationalen Handels dadurch verringern, dass es im Hoheitsgebiet aller WTO-Mitglieder einen wirksamen und angemessenen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums gewährleistet.*“ Die Regeln über die Verfügbarkeit, den Umfang und die Ausübung der Rechte des geistigen Eigentums dienten dazu, die einschlägigen Regeln weltweit zu vereinheitlichen und damit den internationalen Handelsverkehr zu erleichtern. Diese Regeln stünden daher „*im Zusammenhang mit der Liberalisierung des internationalen Handelsverkehrs und nicht mit der Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten der Union.*“

168. Gegen dieses Ergebnis hatten verschiedene Mitgliedstaaten und auch Deutschland Einwände erhoben. Im Rahmen des Gutachtenverfahrens 2/15 zum EUSFTA trugen sie u. a. vor, das Urteil Daiichi Sankyo habe sich nur auf Art. 27 TRIPS bezogen. Selbst wenn es weiter gemeint gewesen sei, könne man jedenfalls die Vorschriften zu „Zivil- und Verwaltungsverfahren und Rechtsbehelfe“ nicht unter den Begriff der GHP einordnen.
169. Schließlich seien Regelungen zu den Urheberpersönlichkeitsrechten (“*moral rights*”, die den Bestand, jedoch nicht die Ausübung der Rechte betreffen) nicht handelsbezogen und nicht Teil der GHP. Dazu konnten sich die Mitgliedstaaten zum einen darauf berufen, dass selbst das TRIPS-Übereinkommen diese “*moral rights*” weitgehend ausklammert (gemäß Art. 9 (1), (2) TRIPS). Außerdem konnten sie auf eine bestehende Rechtsprechung im Bereich des Binnenmarkts verweisen, die zwischen Bestand der Rechte und der binnenmarktrelevanten Ausübung dieser Rechte unterscheidet.²⁴⁷ Auf der anderen Seite ist inzwischen die Regelungsdichte im Sekundärrecht hinsichtlich der Harmonisierung der Regeln zum geistigen Eigentum so groß geworden, dass sich mit guten Argumenten vertreten lässt, die ausschließliche Zuständigkeit der Union bestünde jedenfalls auf der Grundlage von Art. 3 (2) AEUV.²⁴⁸
170. Schon die Schlussanträge von GAin Sharpston wiesen die meisten dieser Einwände zurück, mit Ausnahme der Fragen, die sich auf die Regelung von “*moral rights*” beziehen. Nach Auffassung der GAin habe sich das Ur-

246 EuGH, Daiichi Sankyo, C-414/11, EU:C:2013:520, Rn. 58–60.

247 Ständige Rechtsprechung etwa im Wettbewerbsrecht, vgl. EuGH, Consten Grundig, Rs 56/64 u. a., Slg. 1966, S. 394 (deutsche Fassung): „*Die in Artikel 3 des Entscheidungstextes enthaltene Anordnung, von den innerstaatlichen gewerblichen Schutzrechten nicht zur Verhinderung von Paralleleinführungen Gebrauch zu machen, lässt den Bestand dieser Rechte unberührt und beschränkt nur ihre Ausübung, soweit dies zur Durchsetzung des Verbots des Artikels 85 (1) erforderlich ist.*“ Darauf weisen u. a. Cottier/Trinberg, in: von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 207 AEUV, Rn. 40 hin.

248 Cottier/Trinberg, von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Rn. 40, 45, dazu auch näher, Müller-Ibold, Handelsaspekte geistigen Eigentums sowie Investitionen, in Herrmann, Krenzler, Streinz, Die Außenwirtschaftspolitik nach dem Verfassungsvertrag, 2006, S. 117.

teil Daiichi Sankyo auf das TRIPS-Übereinkommen insgesamt bezogen, und Vorschriften, die das „Zivil- und Verwaltungsverfahren und Rechtsbehelfe“ nach nationalem Recht beträfen, dienten der Transparenz und dem wirksamen Schutz der garantierten (handelsbezogenen) Rechte und zur Durchsetzung von Verpflichtungen und bildeten deshalb einen integralen Bestandteil der gemeinsamen Handelspolitik der Union.²⁴⁹ Die GAIn betont, sie stimme mit Generalanwalt Wahl darin überein, „dass Rechte des geistigen Eigentums von ihrer Natur her überwiegend handelsbezogen sind, da sie im Wesentlichen ausschließliche Rechte sind, die Monopole begründen, die den freien Waren- oder Dienstleistungsverkehr einschränken können. In einer Marktwirtschaft besteht die hauptsächliche Bedeutung dieser Rechte in ihrem wirtschaftlichen Wert. Sofern ihre Ausübung für die kommerzielle Nutzung des geschützten geistigen Eigentums auf einem grenzüberschreitenden Markt von wesentlicher Bedeutung ist, fallen diese Rechte unter die, Handelsaspekte des geistigen Eigentums.“²⁵⁰

171. Vor diesem Hintergrund sieht die GAIn einen Unterschied zwischen TRIPS und dem EUSFTA: „Anders als das TRIPS-Übereinkommen inkorporiert Art. 11.4 des EUSFTA (über den für das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte gewährten Schutz) alle Rechte und Pflichten aus der Berner Übereinkunft. Er umfasst somit Art. 6bis dieser Übereinkunft, der Urheberpersönlichkeitsrechte schützt. Art. 6bis selbst unterscheidet Urheberpersönlichkeitsrechte von vermögensrechtlichen Befugnissen des Urhebers.“²⁵¹ Sie habe „die gesonderte – und wichtige – Rolle der Urheberpersönlichkeitsrechte bereits betont. Diese Rolle wird im EUSFTA eindeutig anerkannt. Diese Rechte sind jedoch ebenso eindeutig nicht handelsbezogen. Ich komme daher zu dem Ergebnis, dass, soweit Kapitel Elf für nicht handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums gilt, die Zuständigkeit der Union für den Abschluss dieser Teile dieses Kapitels nicht auf Art. 207 (1)AEUV gestützt werden kann.“²⁵²
172. Der Gerichtshof kommt demgegenüber zu dem Ergebnis, dass alle Regelungen zu geistigem Eigentum im EUSFTA unter den Begriff der GHP und damit in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fallen. Er bestätigt zunächst, dass es auch insoweit darauf ankommt, ob die betroffenen Regelungen „einen spezifischen Bezug zum internationalen Handelsverkehr haben,

249 GAIn Sharpston, SA, Gutachten 2/15, FTA Singapore, Rn. 430, 449 f.

250 GAIn Sharpston, SA, Gutachten 2/15, FTA Singapore, Rn. 436, unter Hinweis auf die SA des GA Wahl zu Gutachten 3/15 (Vertrag von Marrakesch, EU:C:2016:657, Rn. 56).

251 GAIn Sharpston, SA, Gutachten 2/15, FTA Singapore, Rn. 452.

252 GAIn Sharpston, SA, Gutachten 2/15, FTA Singapore, Rn. 454. Dieses Ergebnis beruht auf der Überlegung der GAIn, dass „soweit eine Übereinkunft wie das EUSFTA die Entstehung und den Schutz von Persönlichkeitsrechten umfasst, die Rechtsgrundlage für den Abschluss dieser Übereinkunft nicht allein Art. 207 (1)AEUV sein kann“, ibid., Rn. 437.

- weil sie ihn im Wesentlichen fördern, erleichtern oder regeln sollen und sich direkt und sofort auf ihn auswirken.“²⁵³*
173. Der Gerichtshof beschreibt sodann die verschiedenen Bestimmungen in Kapitel 11 und fasst sein Ergebnis wie folgt zusammen: „*Aus dem Vorstehenden folgt erstens, dass die Bestimmungen von Kapitel 11 des geplanten Abkommens, wie in seinem Art. 11.1 (6) ausgeführt, tatsächlich darauf gerichtet sind, „die Produktion und Vermarktung innovativer und kreativer Erzeugnisse sowie die Erbringung von Dienstleistungen zwischen den Vertragsparteien zu erleichtern“ und „die Vorteile aus Handel und Investitionen [...] zu steigern“. Daraus folgt zweitens, dass dieses Kapitel keineswegs die Harmonisierung von Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten der Union betrifft, sondern dass es die Liberalisierung des Handelsverkehrs zwischen der Union und der Republik Singapur regelt. Drittens zeigt sich in Anbetracht der wesentlichen Bedeutung, die dem Schutz von Rechten des geistigen Eigentums im Waren- und Dienstleistungshandel allgemein [...] kommt [...], dass sich die Bestimmungen von Kapitel 11 des geplanten Abkommens direkt und sofort auf den Handelsverkehr zwischen der Union und der Republik Singapur auswirken können.“²⁵⁴*
174. Ausdrücklich (wenn auch sehr knapp) widmet sich der Gerichtshof den von Mitgliedstaaten und GAin Sharpston vorgetragenen Bedenken, dass Kapitel 11 auch Regelungen zum Urheberpersönlichkeitsrecht enthalte, die sich nicht unter den Begriff der „Handelsaspekte des geistigen Eigentums“ (und damit unter den Begriff der GHP) einordnen ließen. Ohne die ausführliche Analyse der GAin auch nur zu erwähnen, betont der Gerichtshof: „*Nach Ansicht einiger Mitgliedstaaten, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, umfasst Kapitel 11 des geplanten Abkommens auch nicht handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums, da Art. 11.4 für das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte auf multilaterale Übereinkünfte verweise, die auch die Urheberpersönlichkeitsrechte regelten. Der Verweis im geplanten Abkommen auf diese Übereinkünfte reicht jedoch im Rahmen der Bestimmung der Art der Zuständigkeit der Union zum Abschluss des geplanten Abkommens nicht für die Annahme aus, dass dieser Bereich fester Bestandteil des Abkommens ist, in dem die Urheberpersönlichkeitsrechte nicht erwähnt werden.“²⁵⁵*
175. Der Gerichtshof unterscheidet hier (in der französischen Fassung wird dies nach meinem Eindruck noch deutlicher) zwischen Regelungen im EUSFTA selbst (in dem “moral rights” nicht erwähnt werden) und einem Verweis

253 EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 112; unter Hinweis auf Daiichi Sankyo, C-414/11, EU:C:2013:520, Rn. 58, u. a.

254 Ibid., Rn. 127, ebenso EuGH, Urt. v. 25.10.2017, C-389/15, Kommission/Rat, Rn. 72 zum Lissabonner Abkommen über Ursprungsbezeichnungen und geografische Angaben.

255 Ibid., Rn. 129.

(« *renvoi* » oder “*reference*”) auf bestehende andere Abkommen.²⁵⁶ Der Gerichtshof hält offenbar einen reinen Verweis nicht für problematisch, selbst wenn dadurch Vorschriften aus anderen internationalen Übereinkünften in das EUSFTA „inkorporiert“ und inhaltlich verbindlich werden (eine Tatsache, die die GAin betont hatte). Hinsichtlich des EUSFTA spricht dafür immerhin, dass die Geltungskraft der in Bezug genommen Übereinkünfte (und der von der GAin für problematisch erachteten „*moral rights*“) zwischen den Vertragsparteien des EUSFTA nicht in erster Linie aus dem EUSFTA folgt, sondern unmittelbar aus den Übereinkünften, an die alle Mitgliedstaaten schon seit langem gebunden waren (als Parteien dieser Abkommen).

176. Andererseits zeigt die Entscheidung des Gerichtshofs (und der Vergleich zu den Schlussanträgen der GAin), dass die eigenständige Regelung von Urheberpersönlichkeitsrechten durch internationale Übereinkünfte der Union nicht ohne Weiteres in den Rahmen der GHP fallen würde.²⁵⁷ Wo genau die Grenze verläuft, ist noch nicht absehbar.²⁵⁸ Einige Mitgliedstaaten (möglicherweise auch Deutschland) sind offenbar geneigt, diesen Punkt im Rahmen zukünftiger Rechtsstreitigkeiten (oder in der politischen Auseinandersetzung) erneut zum Gegenstand der Debatte zu machen. Nach meinem Eindruck ist die Haltung der deutschen Verwaltung hierzu uneinheitlich.

2. Frage 17 – Verhältnis der Investitionsschutzabkommen von Mitgliedstaaten und EU

17. In welchem Verhältnis stehen nach Ansicht der Mitgliedstaaten bilateral geschlossene Investitionsabkommen zu denen, die auf diesem Gebiet von der Europäischen Union geschlossen wurden?

177. Eine amtliche Haltung der deutschen Behörden zu dieser Frage ist dem Verfasser nicht bekannt. Nach seiner Auffassung sind für die Antwort auf diese Fragen völkerrechtliche und unionsrechtliche Überlegungen relevant.²⁵⁹ Völkerrechtlich gilt zunächst der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“, aber

256 Ibid., Rn. 129, die französische Fassung lautet: « *Toutefois, le renvoi par l'accord envisagé à ces conventions ne suffit pas, aux fins de déterminer la nature de la compétence de l'Union pour conclure l'accord envisagé, pour considérer que cette matière constitue une composante à part entière de ce dernier, qui ne mentionne pas les droits moraux.* ». Die englische Fassung lautet: “*However, the reference by the envisaged agreement to those conventions is not sufficient, with a view to determining the nature of the competence of the European Union to conclude the envisaged agreement, for that subject to be regarded, in its own right, as a component of that agreement, which does not mention moral rights.*”

257 Anderer Auffassung (vor dem Gutachten 2/15): Cottier/Trinberg, von der Groeben, u.a., Europäisches Unionrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 207, Rn. 45.

258 Vgl. auch M. Nettesheim, Umfassende Freihandelsabkommen und Grundgesetz - Verfassungsrechtliche Grundlagen der Zustimmung zu CETA (Gutachten v. 25.06.17 für foodwatch), S. 71, (https://www.foodwatch.org/uploads/media/Nettesheim_Studie_CETA-Grundgesetz_25Juni2017.pdf).

259 Vergl. auch N. Weith, Die zukünftige Rolle der EU-Mitgliedstaaten in der EU Investitionsschutzpolitik, in: Bungenberg/Herrmann, Die gemeinsame Handelspolitik, aaO. (Fn. 162), 2011, S. 185 ff., S. Hindelang, Der primärrechtliche Rahmen einer EU-Investitionsschutzpolitik, in: Bungenberg/Herrmann, Die gemeinsame Handelspolitik, aaO. S. 157 ff.

auch das Verbot des „*venire contra factum proprium*“.²⁶⁰ Außerdem ist das Verhältnis von zeitlich aufeinanderfolgenden internationalen Übereinkünften in Art. 30 WVRK geregelt:

- (3) Sind alle Vertragsparteien eines früheren Vertrags zugleich Vertragsparteien eines späteren, ohne daß der frühere Vertrag beendet oder nach Artikel 59 suspendiert wird, so findet der frühere Vertrag nur insoweit Anwendung, als er mit dem späteren Vertrag vereinbar ist.
 - (4) Gehören nicht alle Vertragsparteien des früheren Vertrags zu den Vertragsparteien des späteren,
 - a) so findet zwischen Staaten, die Vertragsparteien beider Verträge sind, Absatz 3 Anwendung;
 - b) *so regelt zwischen einem Staat, der Vertragspartei beider Verträge ist, und einem Staat, der Vertragspartei nur eines der beiden Verträge ist, der Vertrag, dem beide Staaten als Vertragsparteien angehören, ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten.*²⁶¹
178. Diese Überlegungen liegen auch Art. 351 AEUV zugrunde. Hinsichtlich von Investitionsschutzabkommen der Mitgliedstaaten (fast alle in der Form von „*bilateralinvestment treaties*“, „BITs“) hatte der Gerichtshof noch unter Geltung des EGV entschieden, dass Art. 351 AEUV (damals Art. 307 EGV) Investoren ihre Rechte unter einem BIT erhält, das der Mitgliedstaat vor Inkrafttreten des EGV für den betreffenden Mitgliedstaat abgeschlossen hatte.²⁶² Dabei betonte er,²⁶³ dass ex-Art. 307 (1) EG „*nach ständiger Rechtsprechung [bezuweckt], gemäß den Grundsätzen des Völkerrechts, wie sie sich insbesondere aus Art. 30 (4) Buchst. b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 ergeben, klarzustellen, dass die Anwendung des EG-Vertrags nicht die Pflicht des betreffenden Mitgliedstaats berührt, die Rechte von Drittländern aus einer älteren Übereinkunft zu wahren und seine entsprechenden Verpflichtungen zu erfüllen.*“
179. Allerdings ist Art. 351 nach seinem Wortlaut nur auf mitgliedstaatliche Verträge anzuwenden, die vor dem 1. Januar 1958 bzw. dem Beitritt der betreffenden Mitgliedstaaten mit Drittländern abgeschlossen wurden. Das trifft auf eine Reihe von Investitionsschutzabkommen der Mitgliedstaaten zu, nicht aber auf solche, die gerade die Gründungsmitglieder der EWG ihre BITs z.T. seit den 60iger Jahren neu abgeschlossen oder erheblich modifiziert haben.
180. In der deutschen Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, das Art. 351 AEUV nicht nur auf mitgliedstaatliche Verträge anzuwenden ist,

260 Vgl. etwa, Art. 24 WVRK (aaO, Fn. 115).

261 Art. 30 (3), (4) WVRK (aaO, Fn. 115), wobei sich für Art. 30 (4) die Frage stellt, ob die Union auch völkerrechtlich Rechtnachfolger des Mitgliedstaates anzusehen ist, der das ursprüngliche Übereinkommen geschlossen hatte.

262 EuGH, C-264/09, Kommission/Slowakische Republik, Slg. 2011, I-8065, ECLI:EU:C:2011:580, Rn. 51 f.

263 EuGH, ibid., Rn. 41, unter Hinweis auf die Rechtssache 812/79, Burgoa, Slg. 1980, 2787, Rn. 8.

die vor Gründung bzw. dem Beitritt der betreffenden Mitgliedstaaten mit Drittländern abgeschlossen wurden, sondern *analog* auch auf spätere Verträge, wenn die Zuständigkeit zum Abschluss solcher Verträge erst nach dem Beitritt auf die Union übergegangen ist und das mitgliedstaatliche Abkommen zu einer Zeit in Kraft trat, als der Mitgliedstaat noch selbst für dessen Abschluss zuständig war.²⁶⁴ Dafür spricht, dass Art. 351 ohnehin nur völkerrechtliche Verpflichtungen kodifiziert, die von Sinn und Zweck auch in den Situation anwendbar werden, wo die Zuständigkeit erst nach Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages auf ein neues Völkerrechtssubjekt übergeht.

181. Die meisten bilateralen BITs sind aber vor dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages (mit dem Zuständigkeit zur Regelung von „Direktinvestitionen“ auf die Union überging) in Kraft getreten oder danach mit Zustimmung der Kommission abgeschlossen worden. Daraus folgt, dass Drittstaaten und „deren“ Investoren jetzt und in Zukunft Rechte aus solchen BITs herleiten können, solange sie nicht außer Kraft getreten sind.
182. Hinsichtlich der „Altverträge“ (vor dem 1. Dezember 2009) besteht aber auch die Pflicht der Mitgliedstaaten, diese möglichst unionsrechtskonform durchzuführen. Schon 1962 hatte der Gerichtshof daraus gefolgert, dass die Begriffe „Rechte und Pflichten“ im heutigen Art. 351 AEUV sich auf die *Rechte der Drittstaaten* (die zu wahren seien) und die *Pflichten der Mitgliedstaaten* aus solchen Verträgen bezögen.²⁶⁵ Die Rechte der Mitgliedstaaten aus solchen Verträgen seien nicht geschützt, diese seien daher unionsrechtskonform auszuüben.²⁶⁶
183. Diese Rechtslage wird durch die Verordnung 1219/2012 abgerundet.²⁶⁷ Darin wird bestätigt, dass die vor dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon unterzeichneten BITs zwar der Kommission notifiziert werden müssen, aber bis zum Inkrafttreten eines BIT zwischen der Union und dem betreffenden Drittstaat „nach Maßgabe des AEUV und dieser Verordnung“ in Kraft bleiben (Art. 3 der VO). Hinsichtlich von seit dem 1. Dezember 2009 abgeschlossenen Verträgen behält sich die Kommission ein Prüfrecht vor. Nach Zustimmung der Kommission kann der betroffene Mitgliedstaat

264 Lavranos, in: von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 351 Rn. 6, unter Hinweis auf Wohlfarth, in Wohlfahrt u. a., Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Art. 234 Rn. 5; so auch Weiß, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 207 AEUV, Rn. 48; Meessen, The Application of Rules of Public International Law within Community Law, CMLRev 1976,485; Terhechte, in Schwarze, EU-Kommentar, Art. 307 EGV, Rn. 15, a.A. wohl nur Manzini, EJIL 2001, 785.

265 Lavranos, in: von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 351 Rn. 4 unter Hinweis auf EuGH, Rs 10/61, Kommission/Italien, Slg. 1962, S. 7, 23; sowie C-324/93, Evans Medical, ECLI:EU:C:1995:84, Slg. 1995, I-596, I-607, Rn. 32.

266 Weiß, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 207 AEUV, Rn. 48; Lavranos, in: von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 351, Rn. 4.

267 Verordnung (EU) 1219/2012 zur Einführung einer Übergangsregelung für bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedsstaaten und Drittländern, ABl. 2012 L 351/40; vgl. dazu Hoffmeister, Uenuevar, From BITS and pieces towards European Investment Agreements, in: Bungenberg, Reinisch, Tietje, EU and Investment Agreements, 2013, S. 57-87; vgl. Herrmann/Müller-Ibold: Die Entwicklung des europäischen Außenwirtschaftsrechts, EuZW 2016, 646, 647.

- das Abkommen abschließen, in Kraft setzen und ändern (Art. 7, Art. 12 der VO).
184. BITs zwischen Mitgliedstaaten werden von der Verordnung nicht erfasst (so ausdrücklich der 15. Erwägungsgrund der VO). Dies folgt vor allem aus der Tatsache, dass die Zuständigkeit aus Art. 207 („ausländische“ Direktinvestitionen) nur Investitionen in oder aus Drittstaaten umfasst.²⁶⁸ Die Kommission steht solchen Abkommen zwischen Mitgliedstaaten seit einigen Jahren kritisch gegenüber. Hinsichtlich solcher BITs und insbesondere deren ISDS-Regeln, ist gegenwärtig vor dem Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen des deutschen Bundesgerichtshofs anhängig, in dem die Frage aufgeworfen wird, ob ISDS-Regeln und die daraus folgenden Schiedssprüche mit Grundprinzipien des AEUV unvereinbar sind, und deshalb (als mit dem *ordre public* unvereinbar) nicht vollstreckungsfähig sind. Generalanwalt Watheler hat diese Kritik für unberechtigt gehalten.²⁶⁹ Seine Haltung entspricht der Tendenz des Bundesgerichtshofs, der sich angesichts der wissenschaftlichen Diskussion zu dieser Frage aber zur Vorlage verpflichtet fühlte. Ein Urteil des Gerichtshofs steht noch aus.
185. Die vorstehend geschilderten Grundsätze sind in der deutschen Literatur weitgehend unbestritten. Allerdings sind zwei Fragestellungen noch unbeantwortet. Zum einen stellt sich die Frage, ob die Union mit ihrer Verordnung 1219/2012 wirksam in Rechte von Drittstaaten und deren Investoren eingreifen kann. Man stelle sich etwa vor, ein Mitgliedstaat unterlässt die Notifizierung eines „Alt-BIT“. Dies könnte die völkerrechtliche Wirksamkeit des Alt-BIT nicht berühren. Nach dem Wortlaut der VO könnte man aber zweifeln, ob ein solches Abkommen fortgelten kann. Dafür spricht, dass die Union durch Sekundärrecht nicht in die Wirksamkeit eines Altabkommens eingreifen kann, dessen Geltungsanspruch primärrechtlich abgesichert ist.²⁷⁰ Denkbar ist hingegen, dass die Kommission den betreffenden Mitgliedstaat zur Kündigung des Abkommens verpflichten kann.
186. Zweitens stellt sich die Frage, welche Folgen das Gutachten 2/15 auf den Grundansatz der VO 1219/2012 hat. Diese beruht nämlich auf dem Konzept, das Investitionsschutzabkommen insgesamt in die Zuständigkeit der Union fallen. Das zeigt zum Beispiel die etwas verklausulierte Bezugnahme der 2. Begründungserwägung der VO auf Art. 3 (2) AEUV auch für die Investitionen, die nicht Teil der gemeinsamen Handelspolitik sind (im „*Dritten Teil Titel IV Kapitel 4 AEUV [sind] gemeinsame Regeln zum Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern festgelegt, die auch für den Kapitalverkehr im Zusammenhang mit Investitionen gelten. Von den Mitgliedstaaten abgeschlossene internationale Abkommen über ausländische Investitionen können sich auf diese Regeln auswirken*“). Für Zwecke

268 Weiß, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 207 AEUV, Rn. 39.

269 Generalanwalt Watheler, Schlussantrag, C-284/16, Slowakische Republik/Achmea, ECLI:EU:C:2017:699.

270 Ebenso wohl Lavranos, aaO. Rn. 4 a.E.

von Art. 3 (2) AEUV hatte der Gerichtshof diese Argumentation zurückgewiesen, nahm aber eine geteilte Zuständigkeit auf Grundlage von Art. 216 (1) an:²⁷¹ „Der Abschluss einer internationalen Übereinkunft durch die Union, die solche Investitionen erfasst, kann sich jedoch als im Sinne von Art. 216 (1) AEUV ,zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich‘ erweisen.“ Könnte die Union diese Kompetenz zum Erlass der Verordnung (die inhaltlich Außenkompetenzen regelt) genutzt haben?²⁷² Insofern stellen sich ggf. noch Fragen zur Rechtmäßigkeit der Verordnung.

3. Frage 18 – ISDS in den neuen Freihandelsabkommen

18. Was ist der Standpunkt der Mitgliedstaaten bzgl. der Streitschlichtungsverfahren auf dem Gebiet des Investitionsschutzes in der neuen Generation von Freihandelsabkommen mit Partnern der EU (CETA, TTIP usw.)?
187. Die heute bestehenden deutschen bilateralen Investitionsschutzabkommen enthalten in aller Regel neben einem „State-to-State-Dispute-Settlement-Verfahren“ (SSDS) auch Regelungen über „Investor-State-Dispute-Settlement-Verfahren“ (ISDS) vor ICSID- oder UNCITRAL-Schiedsgerichten. Solche Regelungen haben deshalb in Deutschland eine lange Tradition.²⁷³
 188. Nach meinem Eindruck wird hinsichtlich von SSDS-Verfahren in Deutschland deren Notwendigkeit auch weiterhin anerkannt, mangels anderer Foren, in denen ein solcher Streit sinnvoll ausgetragen werden kann. Allerdings wurde hervorgehoben, dass solche Verfahren im Wesentlichen nur noch zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten (Nicht-EU-Mitgliedstaaten) möglich sind, wie sich aus dem Urteil des Gerichtshofs zur Unzulässigkeit von Schiedsverfahren nach der Seerechtskonvention zwischen Mitgliedstaaten ableiten lasse.²⁷⁴
 189. Hinsichtlich von ISDS ist das Spektrum der Meinungen nach meinem Eindruck sowohl innerhalb der Verwaltung als auch allgemein breit gefächert. Es handelt sich insoweit um hoch politische Fragen, hinsichtlich derer sich die Haltung einer künftigen Bundesregierung noch nicht prognostizieren lässt, und die von den meisten meiner Gesprächspartner aus der Verwaltung nicht kommentiert wurden.
 190. Grundsätzlich wird in Deutschland die Frage gestellt, ob solche Verfahren immer notwendig und noch zeitgemäß sind. Auf der einen Seite wird anerkannt, dass deutsche Unternehmen, die in Drittstaaten investieren, in denen rechtsstaatliche Defizite bestehen oder in denen Korruption und Vetternwirtschaft verbreitet sind, ein legitimes Interesse an neutralen Foren haben,

271 EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 239 ff.

272 Zweifelnd Weiß, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 207 AEUV, Rn. 46.

273 Vgl. Müller-Ibold, Recht ohne Rechtsschutz? in: Bungenberg, Herrmann aaO. (Fn. 93), S. 137 ff.

274 EuGH, C-459/03, Kommission/Irland, ECLI:EU:C:2006:345, Slg. 2006, I-4657.

um willkürliche Eingriffe in solche Investitionen neutral nachprüfen lassen zu können. Andererseits wird für den Rechtsverkehr mit hoch entwickelten Industriestaaten (USA, Kanada, Australien etc.) ein deutlich geringeres Bedürfnis für Streitschlichtungsverfahren außerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit gesehen. Schließlich wird darauf hingewiesen, dass durch die Änderung der Investitionsströme (deutlich mehr “*inward investment*” in die Bundesrepublik) auch das deutsche Interesse daran gestiegen ist, die eigenen politischen Entscheidungsspielräume gegen unvorhersehbare Einschränkungen zu verteidigen.²⁷⁵ Insofern deutet sich für Deutschland (abgesehen von politischen Vorgaben und deren Umsetzung durch die Verwaltung) insgesamt eine gewisse *case-by-case*-Analyse an, die, was ISDS-Verfahren im Rahmen von Freihandelsabkommen wie CETA oder TTIP betrifft, durchaus kritische Töne enthält.

191. Der von der Kommission vorgeschlagene Schiedsgerichtshof (wie er sich in dem geänderten Abkommen mit Kanada, Vietnam, Singapur etc. widerspiegelt) wird von manchen Beobachtern als Verbesserung empfunden, weil er das Risiko von interessengeleiteten Schiedsrichtern vermindere. Der Vorschlag der Kommission über ein Verhandlungsmandat für eine “*Convention establishing a multilateral court for the settling of investment disputes*”²⁷⁶ den Kommissionspräsident Juncker in seiner “*State of the Union address*” hervorgehoben hatte, wurde zum Zeitpunkt meiner Gespräche noch geprüft.
192. Im Zusammenhang mit der Rede von Kommissionspräsident Juncker hat die Kommission auch ihre neue Handelsstrategie vorgestellt.²⁷⁷ Freihandelsabkommen sollen künftig vor dem Hintergrund des Gutachtens 2/15 des Gerichtshofs mit Vorschriften über Direktinvestitionen, aber ohne die Regelungen zum Schutz von Portfolioinvestitionen und zur Investor-Staat-Streitbeilegung abgeschlossen werden. Dadurch werden aus Sicht der Kommission die Abkommen zu „EU-only“-Abkommen, was den Abschluss und die Ratifikation vereinfacht und beschleunigt. Investitionsschutzabkommen würden – soweit ein Bedarf besteht – gesondert verhandelt und abgeschlossen; sie fallen in die zwischen Union und Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit.²⁷⁸
193. Die Thematik spielte auch auf der deutschen politischen Bühne im Rahmen der gescheiterten Sondierungsgespräche für die Bildung einer neuen Bundesregierung eine Rolle. Während die FDP die laufenden Verhandlungen über bilaterale Handelsabkommen zügig und ohne Überfrachtung mit sach-

275 Diese Überlegungen spielen auch im deutschen Schrifttum eine Rolle, vgl. etwa Bungenberg, von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 207, Rn. 61, m.w.N. in Fn. 61.

276 KOM(2017)493.

277 „Durch eine ausgewogene und fortschrittliche Handelspolitik die Globalisierung meistern“ COM [2017] 492.

278 Stöbener de Mora: Investitionsschutzrecht: Kommissionsvorschläge zu künftigem Vorgehen und Verhandlungsmandat für multilateralen Gerichtshof, EuZW 2017, 787.

- fremden Themen abschließen will, betonen die Grünen, sie wollten faire Handels- und Investitionsabkommen ohne Investorenschiedsgerichte.²⁷⁹
194. In der deutschen wissenschaftlichen Literatur lässt sich insoweit ebenfalls ein breites Meinungsspektrum konstatieren, das von der Verteidigung der traditionellen ISDS-Verfahren²⁸⁰ bis zu einer vollständigen Ablehnung²⁸¹ reicht. Zugleich wird auf praktische Probleme verwiesen, etwa die Tatsache, dass die EU (im Gegensatz zu den Mitgliedstaaten) gegenwärtig nicht Mitglied der ICSID-Konvention ist und ein Beitritt für eine internationale Organisation nicht vorgesehen ist,²⁸² sodass die Mitgliedstaaten bis auf Weiteres (ggf. unter der Kontrolle der Kommission) die „Beklagtenfunktion“ in ICSID Verfahren weiter ausfüllen müssten und zugleich mit der Kommission konstruktiv zusammenarbeiten müssen.
4. *Frage 19 – Verantwortlichkeit für Vertragsverletzung durch Mitgliedstaaten und Union*
19. *Was ist der Standpunkt der Mitgliedstaaten bzgl. der Verantwortlichkeit der Union sowie der Mitgliedstaaten im Falle einer Verletzung dieser Abkommen?*
195. Die handelspolitischen Abkommen der Union werden mit ihrem Abschluss integraler Bestandteil der Rechtsordnung der Union. Soweit Verpflichtungen für die Union gegenüber dem Vertragspartner entstehen, handelt es sich um Pflichten, die die Union selbst, aber auch die Mitgliedstaaten zu erfüllen haben, denn gemäß Art. 216 (2) AEUV sind die Abkommen der Union auch für die Mitgliedstaaten verbindlich.
196. Nach Auffassung des Verfassers haftet völkerrechtlich (also im Außenverhältnis zur anderen Partei des Abkommens) vor allem die Union für die Einhaltung der von ihr (allein) abgeschlossenen Abkommen. Bei gemischten Abkommen ist die Frage komplexer, hier ist völkerrechtlich eine „gesamtschuldnerische“ Haftung denkbar. Nur wenn die Zuständigkeitsabgrenzung völlig eindeutig ist und die Union bzw. ein Mitgliedstaat zugleich Kompetenzinhaber und Verursacher der Verletzung ist, mag sich die Haftung im Einzelfall auf den „zuständigen Verursacher“ beschränken.

279 Ergebnis der Sondierungsgespräche, Stand 15.11.17, Zeile 2003-2007.

280 Müller-Ibold, Recht ohne Rechtsschutz? aaO. (Fn. 93) (m.w.N.); im Ergebnis für die Beibehaltung von ISDS in den neuen Freihandelsabkommen, Christian Tietje, Freya Baetens: The impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS), [2014], Study prepared for the Dutch Government, <https://www.rijksoverheid.nl/documen/rapporten/2014/06/24/the-impact-of-investor-state-dispute-settlement-isds-in-the-ttip> (zuletzt aufgerufen am 18.11.2017), S. 91, Tz. 186.

281 Karl A. Schachtschneider, Die Freihandelsabkommen TTIP und CETA - Vertraglicher Investitionsschutz versus Souveränität der Bürger und Völker <http://www.wissensmanufaktur.net/media/pdf/ttip-ceta.pdf>, S. 1 (3), (zuletzt aufgerufen am 18.11.2017); Deutscher Richterbund, Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP http://www.drb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitionsgericht.pdf – Nr. 4/2016, (zuletzt aufgerufen am 18.11.2017).

282 Cottier/Trinberg, von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 207, Rn. 62 f.; Weiß, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 207 AEUV, Rn. 41.

197. Sowohl in Fällen einer „gesamtschuldnerischen“ Haftung als auch im Fall einer Haftung der Union für eine Verletzung eines EU-only-Abkommens durch einen Mitgliedstaat stellt sich die Frage, wer im Innenverhältnis (also im unionsrechtlich geprägten Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten) die Folgen der Rechtsverletzung zu tragen hat. Für den Bereich der Haftung wegen Verstößen gegen die WTO-Abkommen hatte der Gerichtshof dazu bereits eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Zusammenarbeit mit der Kommission statuiert, z.B. für den Fall, dass einzelne Mitgliedstaaten ihren Verpflichtungen nicht nachkamen und die Handelspartner ihre nach WTO-Recht zulässigen Gegenmaßnahmen gegen die EU insgesamt richteten.²⁸³
198. Grundsätzlich wird für die Haftungszuordnung im Innenverhältnis das „Verursacherprinzip“ für einschlägig gehalten, wonach derjenige die Konsequenzen zu tragen hat, der für die Abkommensverletzung verantwortlich war. Hinsichtlich der Haftung als Folge von Investor-State-Dispute-Settlement-Verfahren hat sich dieser Gedanke auch in der Verordnung 912/2014 niedergeschlagen.²⁸⁴ Dort heißt es in Art. 3 (1) zur grundsätzlichen Aufteilung der Verantwortlichkeit:²⁸⁵ „*Die finanzielle Verantwortung, die sich aus einer unter eine Übereinkunft fallenden Streitigkeit ergibt, wird nach den folgenden Kriterien aufgeteilt:*
- a) bei der Union liegt die finanzielle Verantwortung, die sich aus einer von einem Organ, einer Einrichtung oder einer sonstigen Stelle der Union vorgenommenen Behandlung ergibt;
 - b) bei dem betroffenen Mitgliedstaat liegt die finanzielle Verantwortung, die sich aus einer von ihm vorgenommenen Behandlung ergibt;
 - c) als Ausnahme von Buchstabe b liegt die finanzielle Verantwortung, die sich aus einer von einem Mitgliedstaat vorgenommenen Behandlung ergibt, bei der Union, wenn die Behandlung nach Unionsrecht vorgeschrieben war.“
199. Daraus ergibt sich über das Verursacherprinzip hinaus eine Tendenz zur Zuordnung der Verantwortung auf die Mitgliedstaaten, die auch für ihre nach EU-Recht rechtmäßige Ermessensausübung bei der Umsetzung von EU-Recht haften; die EU selbst haftet für die Umsetzung von EU-Recht durch die Mitgliedstaaten nur, wenn diese zu der haftungsauslösenden „Behandlung“ des Geschädigten verpflichtet waren, weil ihnen das EU-Recht diese Behandlung vorschrieb.²⁸⁶ Tatsächlich obliegt der Vollzug des EU-Rechts in den meisten Fällen den Mitgliedstaaten. In vielen Fällen ist das Verwal-

²⁸³ EuGH, Gutachten 1/94, WTO, Slg. 1994, I-5276, Rn. 104 ff.

²⁸⁴ Verordnung (EU) Nr. 912/2014 v. 23.07.2014 zur Schaffung der Rahmenbedingungen für die Regelung der finanziellen Verantwortung bei Investor-Staat-Streitigkeiten vor Schiedsgerichten, welche durch internationale Übereinkünfte eingesetzt wurden, bei denen die Europäische Union Vertragspartei ist, ABl. 2014 L 257/121.

²⁸⁵ Verschiedene weitere Detailregelungen bestimmen die Haftung in Sonderfällen, z. B. wenn entweder die Union oder der Mitgliedstaat die Rolle des Schiedsbeklagten freiwillig übernommen hat, etc.

²⁸⁶ Vgl. Weiß, Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 207 AEUV, Rn. 41, unter Hinweis auf Tietje, EuZW, 2010, 647, 649.

- tungsverfahren, dessen Dauer und auch dessen Ergebnis (angemessene Berücksichtigung von Vertrauenschutz, angemessene Entschädigung bei enteignenden Eingriffen etc.) nicht abschließend EU-rechtlich determiniert, so dass eine Haftung der Mitgliedstaaten für insoweit entstehende Fehler nicht unangemessen ist.
200. Ungeregelt ist bisher die Frage, welche Konsequenzen sich in Fällen ergeben, in denen die Vertragspartner der Union auf Vertragsverletzungen der EU oder einzelnen Mitgliedstaaten nicht mit Schadensersatzforderungen, sondern mit Strafmaßnahmen (Retorsion oder Repressalie) begegnen, die nicht die gesamte Union gleichmäßig, sondern bestimmte Mitgliedstaaten oder einzelne Hersteller überproportional treffen. Folgendes hypothetische Beispiel: Eine staatliche Beihilfe sei EU-rechtlich von der Kommission genehmigt und von einem Mitgliedstaat ausgezahlt worden. Diese wird später auf Antrag eines WTO-Mitglieds von der WTO (*Dispute Settlement Body*, „DSB“) als WTO-rechtlich unzulässige Beihilfe eingestuft, kann aber vom Empfänger nicht effektiv zurückfordert werden. Dem betroffenen Drittstaat genehmigt der DSB daraufhin, Zollpräferenzen zugunsten der EU auszusetzen. Wurde die Beihilfe z.B. in Italien gewährt, während die ausgesetzten Zollpräferenzen (Erhebung von oft prohibitiven Sonderzöllen) vor allem in Frankreich hergestellte Luxusprodukte treffen, stellt sich die Frage, ob der Frankreich bzw. den französischen Herstellern entstandene Schaden von der Kommission (die die Beihilfen gemäß Art. 108 AEUV genehmigt hat) und/oder den italienischen Behörden (die die Beihilfen gewährt haben) ersetzt werden muss, und wenn ja, in welchem Verhältnis.²⁸⁷

5. Frage 20 – Verhältnis der GHP zu Art. 21 EUV

20. Gemäß Artikel 207 (1) letzter Satz (AEUV) wird die gemeinsame Handelspolitik im Rahmen der Grundsätze und Ziele des auswärtigen Handels der Union gestaltet. Was ist das Verhältnis zwischen dieser Regelung und dem Artikel 21 EUV? Was ist der Standpunkt der Mitgliedstaaten hierzu?

201. Der Lissaboner Vertrag hat im Vergleich zum früheren EGV die außenpolitischen Aufgaben der EU erheblich erweitert und neue Strukturen geschaffen. Zum einen durch die Aufgabe der „Drei-Säulen-Struktur“ und der damit verbundenen Einbeziehung der GASP in den EUV. Zweitens sind die Regeln zum sonstigen auswärtigen Handeln der EU im Fünften Teil des AEUV („Das auswärtige Handeln der Union“) konsolidiert. Zum auswärtigen Handeln gehören deshalb, neben der GASP, die im Fünften Teil des AEUV erwähnten Bereiche, nämlich die gemeinsame Handelspolitik („GHP“) (Titel II, Art. 206 – Art. 207), die „Zusammenarbeit mit Drittländern“ (Art. 208) sowie die „Außenpolitische Zusammenarbeit mit den Vereinten Nationen“ (Art. 209).

²⁸⁷ Die bisherige Rechtsprechung im Zusammenhang mit den sog. Hormonfällen, lässt einen Schadensausgleich durch die Union als eher unwahrscheinlich erscheinen, vgl. EuG, T-174/00, Biret/Rat, Slg. 2002, II-21; EuG, T-317/02, FICF/Kommission, ECLI:EU:T:2004:360, Slg. 2004, II-4325.

dern und humanitäre Hilfe“ (Titel III, Art. 208 Art. 214), der Erlass von restriktiven Maßnahmen (Sanktionen) (Titel IV, Art. 215), der Abschluss internationaler Übereinkünfte (Titel V, Art. 216 – Art. 219), die Beziehungen der EU zu internationalen Organisationen und Drittländern nebst Delegationen der EU (Titel VI, Art. 220 u. Art. 221) sowie die Anwendung der Solidaritätsklausel (Titel VII, Art. 222). Drittens ist zu berücksichtigen, dass der AEUV vereinzelt auch an anderer Stelle Außenkompetenzen vorsieht. Viertens schließlich folgt aus der AETR-Rechtsprechung und ihrer Kodifizierung in Art. 3 (2) und Art. 216 AEUV, dass Außenkompetenzen auch darüber hinaus zur Komplementierung von Innenkompetenzen bestehen.²⁸⁸

202. Nach Auffassung des Verfassers wurden im EUV den Bestimmungen zu Maßnahmen auf internationaler Ebene insbesondere durch Art. 21 EUV „allgemeine Bestimmungen“ vorangestellt, um diesen inhaltlich z.T. sehr unterschiedlichen, außen(handels)-politischen Zuständigkeiten eine Struktur und einen inhaltlichen Rahmen zu geben, deren Geltung auch im Bereich des Fünften Teils des AEUV durch die wechselseitige Bezugnahme in Art. 21 (3) EUV und Art. 205 AEUV besonders betont wird. Gerade deshalb ist Art. 21 EUV aber auch mit den weiteren Zielbestimmungen in Art. 205 und Art. 206 AEUV zusammen zu sehen, die inhaltlich zusammengehören. Dabei ist für das Verständnis dieses Vorschriftengeflechts wichtig, dass zwischen dem EUV und AEUV kein Über-/Unterordnungsverhältnis besteht, sondern dass beide Verträge gleichrangig nebeneinander stehen (Art. 1 (3) S. 2 EUV).
203. Danach soll das auswärtige Handeln an Grundsätzen und Zielen ausgerichtet werden, wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, die universelle Geltung der Menschenrechte, die Achtung der Menschenwürde, die Grundsätze der Gleichheit und der Solidarität, Nachhaltigkeit sowie die Achtung der Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen und des Völkerrechts.²⁸⁹ Art. 21 (2) e) EUV bestimmt insbesondere, dass die Union im Rahmen ihrer Politik „die Integration aller Länder in die Weltwirtschaft fördern [soll], unter anderem auch durch den schrittweisen Abbau internationaler Handelshemmnisse“. Diese Vorschrift wird durch Art. 216 AEUV näher konkretisiert.²⁹⁰
204. Darüber hinaus achtet die EU gemäß Art. 21 (3) UAbs. 2 EUV auf die Kohärenz zwischen den einzelnen Bereichen ihres auswärtigen Handelns sowie zwischen diesen und ihren übrigen Politikbereichen. Die Vorschrift betont und konkretisiert das allgemeine Kohärenzgebot des Art. 7 AEUV (so-

288 Siehe dazu ausführlich oben, Kapitel I., Rn. 14 ff.; sowie EuGH, Gutachten 1/03, Übereinkommen von Lugano, Slg. 2006, I-1145), Gutachten 2/15 (EUSFTA).

289 Ausführlich Vedder, Die außenpolitische Zielbindung in der gemeinsamen Handelspolitik, in Bungenberg/Herrmann, Die gemeinsame Handelspolitik, aaO. (Fn. 162), 2011, S. 121 ff.; Müller-Ibold, in: Lenz, Art. 205, Rn. 3.

290 Art. 216 ist nach wie vor auf die Liberalisierung des Welthandels ausgerichtet, Weiß in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 206 AEUV, Rn. 12.

- wie die sog. Querschnittsklauseln in Art. 9 (Soziales) und Art. 11 (Umwelt) AEUV). Die außenpolitischen Handlungsinstrumente sind aufeinander und mit der Binnenpolitik abzustimmen, was insbesondere in Hinblick auf das Nebeneinander intergouvernementaler Außenpolitik und supranationaler Außenbeziehungen von Relevanz ist.²⁹¹ Das Kohärenzgebot gilt sowohl horizontal zwischen den verschiedenen Politikbereichen der EU als auch vertikal zwischen EU und Mitgliedstaaten.²⁹² Deshalb muss die GHP (auch so weit dazu die Wahrnehmung von Binnenkompetenzen gehört) sich in die Gesamtstruktur der Außenbeziehungen einfügen.
205. Materiell enthalten Art. 21 EUV (sowie Art. 7, 9 und Art. 11 AEUV) mit Art. 205 und Art. 206 AEUV ein Netz von Programmsätzen, die von den Institutionen der EU ebenso wie von den Mitgliedstaaten bei der Gestaltung der GHP zu berücksichtigen sind, die aber zugleich auch den möglichen Regelungsbereich der GHP erweitern (wenn z.B. Umwelt und Nachhaltigkeitsfragen als Teil der auswärtigen Politik Beachtung geschenkt werden soll, dann muss die Union dies auch im Rahmen der von ihr zu schließenden Abkommen explizit regeln können). Darauf hat der Gerichtshof im Gutachten 2/15 ausdrücklich hingewiesen.²⁹³
206. Dieses Netz von Programmsätzen (Art. 21 EUV i. V. m. den diversen Regelungen im AEUV) begründet rechtliche Verpflichtungen der EU, ihrer Institutionen und der Mitgliedstaaten untereinander²⁹⁴ (und nicht nur unverbindliche politische Programmsätze). Insbesondere in Verbindung mit dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 (3) EUV) können sich daraus für die Organe der EU und die Mitgliedstaaten auch konkrete Handlungspflichten ergeben. Demgegenüber lassen sich aus den genannten Vorschriften keine Rechte von Drittstaaten gegenüber der Union und ihren Mitgliedstaaten herleiten. Hinsichtlich von Art. 206 AEUV war anerkannt, dass er dem einzelnen Unionsbürger kein Recht auf Handel mit Drittländern gibt,²⁹⁵ auch ein Grundrecht auf Außenwirtschaftsfreiheit wurde bisher nicht anerkannt.²⁹⁶ Daran hat sich durch die größere Komplexität des jetzt bestehenden Netzes an Zielvorgaben nichts geändert.

291 Thym, in Pernice, 2008, 179; Krajewski: Normative Grundlagen der EU-Außenwirtschaftsbeziehungen: Verbindlich, umsetzbar und angewandt? EuR 2016, 235, 239: Mit Art. 21 (1) EUV „soll nicht nur die Kohärenz und Kohärenz der EU-Außenpolitik mit Blick auf die Binnenpolitiken normativ abgesichert werden. Es wird auch klargestellt, dass die inhaltliche Ausrichtung der Politik nach innen und nach außen den gleichen Werten verpflichtet ist und an ihnen zu messen ist.“.

292 Denkschrift Auswärtiges Amt, 2007, 56.

293 EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 141-147.

294 Vgl. EuGH, 19.11.1998, C-150/94, Vereinigtes Königreich u. a./Rat, Rn. 67, EuG, 10.12.2015, T-512/12, Frente Polisario, ECLI:EU:T:2015:953; so auch Müller-Ibold, in Lenz: EU Verträge, Art. 206 Rn. 3, Weiß, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 206, Rn. 13; Krajewski: Normative Grundlagen der EU-Außenwirtschaftsbeziehungen: Verbindlich, umsetzbar und angewandt? EuR 2016, 235, 242 f., m.w.N.

295 GA Lynn, 245/81, EDEKA/Deutschland, Slg. 1982, 2745, 2766.

296 Vgl. GA Jacobs, 24.09.1996, C-124/95, Centro-Com, Rn. 65; Ein solches ließe sich aus dem allgemeinen Grundrecht auf wirtschaftliche Betätigungsfreiheit nach Art. 16 GRC herleiten; in seiner Anwendung wäre es indes durch vielfältige andere Rechtsgüter beschränkt; vgl. Weiß, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 206, Rn. 16.

207. Allerdings befinden sich die rechtlichen Vorgaben durch Art. 21 EUV (und der diversen Regelungen im AEUV) auf einem recht hohen Abstraktionsniveau. Für den konkreten Einzelfall lassen sich aus den abstrakten Programmsätzen zwar grundsätzlich Anforderungen (z.T. auch gegensätzlicher Art) herleiten.²⁹⁷ Und hinsichtlich der Zielverwirklichung bestehen für jeden der Programmsätze verschiedene Umsetzungs- oder Durchführungsalternativen. Die verschiedenen Ziele sind deshalb zwar soweit wie möglich miteinander in Einklang zu bringen, doch hinsichtlich der Zielerreichung und der Auflösung von Zielkonflikten verfügen die Institutionen über ein weites Ermessen. Deswegen und angesichts der sehr weiten Formulierung von Art. 21 EUV (und der diversen Regelungen im AEUV) ist die Unvereinbarkeit von Einzelmaßnahmen mit diesen Vorschriften nur in Ausnahmefällen denkbar.²⁹⁸ Das führt dazu, dass die für die Umsetzung der GHP zuständigen Unionsinstitutionen ein besonders weites Ermessen bei der Auswahl und Gestaltung der Maßnahmen haben.

6. Frage 21 – Vertragsschlussverfahren zu handelspolitischen Abkommen

21. Wie verhalten sich die Mitgliedstaaten zum Verfahren der Aushandlung und des Abschlusses internationaler Übereinkommen auf dem Gebiet der gemeinsamen Handelspolitik? Gibt es spezifische Aspekte dieses Verfahrens, zu denen sie sich äußern wollen? Gibt es insbesondere Bemerkungen der Mitgliedstaaten zum Verfahren der Aushandlung und des Abschlusses internationaler Übereinkommen der in Artikel 207 (4) 2) und 3) AEUV genannten Art (die Einstimmigkeit im Rat erfordern)?

208. Das Vertragsschlussverfahren für handelspolitische Abkommen nach Art. 207 AEUV unterscheidet sich nur in wenigen Bereichen von dem Verfahren zum Abschluss völkerrechtlicher Abkommen (nach Art. 218 AEUV) allgemein, denn Art. 207 (3) verweist für das Verfahren weitgehend auf Art. 218. Insofern kann auf die Bemerkungen zum Vertragsschlussverfahren allgemein verwiesen werden (siehe oben zu Frage 5, Rn.74-77).
209. Eine Besonderheit des Verfahrens zum Abschluss handelspolitischer Abkommen liegt in der obligatorischen Bestellung eines Sonderausschusses

²⁹⁷ So wird es in vielen Fällen hinsichtlich der Gestaltung der Handelspolitik gegenüber bestimmten, wenig demokratischen Drittstaaten Zielkonflikte zwischen dem Wunsch Menschenrechte und Demokratie zu sichern, und der Anforderung Solidarität mit Entwicklungsnachteilen und dem Abbau von Handelsschranken geben. Auch zwischen dem Ziel einer Außenhandelspolitik zu betreiben, um den Welthandel zu erleichtern und dem Ziel einen „gerechten“ Handels iSv. Art. 3 (5)S. 2 EUV zu gewährleisten (und dafür handelspolitische Schutzmaßnahmen zu ergreifen) kann es Zielkonflikte geben. Deren Auflösung im Einzelfall steht im Ermessen der zuständigen Institutionen.

²⁹⁸ Müller-Ibold, in: Lenz, aaO. (Fn. 3), Art. 206 AEUV, Rn. 3 und 4; vgl. Terhechte, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 205 AEUV, Rn. 23 („Justizierbarkeitsschwäche“, erforderlich sei eine „evidente und schwere Zielverfehlung“); Weiß, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 206, Rn. 16. Sehr ausführlich untersuchen diese Frage auch Cotter/Trinberg, von der Groeben, u.a., Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 206, Rn. 29-32; Krajewski: Normative Grundlagen der EU-Außenwirtschaftsbeziehungen: Verbindlich, umsetzbar und angewandt? EuR 2016, 235, 243.

durch den Rat, der die Verhandlungen begleitet. Nach meinem Eindruck gibt es aus der Sicht der Mitgliedstaaten ein gewisses Maß an Kritik am Informationsverhalten der Kommission, die zu selten und zu wenig detailliert informiere.

210. Eine weitere Besonderheit des Verfahrens nach Art. 207 besteht darin, dass die Kommission praktisch immer Verhandlungsführerin ist und auch den Vorschlag für ein Verhandlungsmandat unterbreitet, während der Hohe Vertreter im Vertragstext nicht erwähnt wird. Dies wird nach Einschätzung des Verfassers als eher natürliche Folge der Regelungsmaterien der GHP angesehen, hinsichtlich derer die GASP Themen (für die der Hohe Vertreter zuständig ist) keine wesentliche Rolle spielen.
211. Hinsichtlich von Abkommen, die nach Art. 207 (4) AEUV Einstimmigkeit im Rat erfordern, ist sich die Kommission offenbar der politischen Sensibilitäten der Mitgliedstaaten bewusst und bemüht sich mehr um Abstimmung mit den Mitgliedstaaten.

VI. Kapitel 5: Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Politik bzgl. der Grenzkontrollen, des Asylrechts und der Einwanderung)

A. Frage 22

Obwohl die Union gemäß Artikel 3 (1) e) AEUV über die ausschließliche Zuständigkeit im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik verfügt, sind die Zuständigkeiten für den „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ gemäß Artikel 4 (2) j) AEUV zwischen Union und den Mitgliedstaaten geteilt. Was insbesondere den Bereich anbelangt, dem sich dieses Kapitel widmet (Grenzkontrollen, die gemeinsame Politik zu kurzfristigen Aufenthaltsitzen, Asyl und Einwanderung inbegriffen), so zeigt der „AETR-Effekt“ (vgl. Kapitel 1, Frage 1) seine Wirkung vor allem im Zusammenhang mit internationalen Übereinkünften über die Befreiung von der Visumspflicht. Insoweit hat die Union die ausschließliche Zuständigkeit zum Abschluss derartiger Übereinkünfte aufgrund der vollständigen Harmonisierung erworben, die sich aus der Verordnung 539/2001 und den Listen der Drittländer ergibt, deren Staatsangehörige der Visumspflicht beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten unterliegen bzw. der Drittländer, deren Staatsangehörige von einer solchen Visumspflicht befreit sind.

Das Protokoll (Nr. 23) über die Außenbeziehungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich des Überschreitens der Außengrenzen bestimmt, dass Artikel 77 (2) b) AEUV (der der Union die Zuständigkeit zur „Regelung der Kontrollen, denen Personen bei der Überschreitung der Außengrenzen unterzogen werden“ zuweist) nicht „die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Aushandlung und den Abschluss von Übereinkünften mit Drittländern berührt, solange diese Übereinkünfte mit dem Recht der Union und den anderen einschlägigen Übereinkünften in Einklang stehen“. Welchen Sinn und welche Tragweite gestehen Sie diesem Protokoll zu,

insbesondere im Hinblick auf Artikel 3 (2) AEUV (siehe Kapitel 1, Frage 2)? Hat Ihr Staat seit dem Inkrafttreten dieses Protokolls Übereinkünfte auf diesem Gebiet geschlossen oder hält er die bereits vor dem Protokoll existierenden Übereinkünfte aufrecht?

212. Die Frage 22 der Generalberichterstatter betrifft das Verhältnis der Ausnahmeverordnung im Protokoll 23 zu der allgemeinen Vorschrift in Art. 3 (2) hinsichtlich der Außenkompetenzen der Union zum Abschluss von internationalen Übereinkünften zu Maßnahmen in Bezug auf das Überschreiten der Außengrenzen.
213. Zur Analyse der Frage empfiehlt es sich, in zwei Schritten vorzugehen, nämlich zunächst (i) das grundsätzliche Verhältnis von Art. 3 (2) AEUV zu Art. 77 (2) und Protokoll 23 zum AEUV zu klären, um sodann (ii) anhand des Anwendungsbereichs des betreffenden Sekundärrechts zu prüfen, ob eine Inkongruenz mit Abkommen Deutschlands besteht.

1. Die Kompetenzstruktur für den Abschluss von Übereinkünften

214. Frage 22 weist zurecht darauf hin, dass es sich bei den Zuständigkeiten der Union im Bereich des „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ gemäß Art. 4 (2) j) AEUV im Grundsatz um eine zwischen Mitgliedstaaten und Union geteilte Zuständigkeit handelt. Diese kann, wenn die Union in einem Bereich sekundärrechtliche Maßnahmen erlässt und einen Bereich im Wesentlichen regelt, gemäß Art. 3 (2) AEUV zu einer „ausschließlichen Zuständigkeit für den Abschluss internationaler Übereinkünfte“ erstarken, (...) „soweit [der Abschluss von Abkommen durch die Mitgliedstaaten]²⁹⁹ gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte“ (3. Alternative). Daraus folgt, dass das Erstarken zu einer ausschließlichen Zuständigkeit im Vergleich zur Regelsituation zwar eine gewisse Ausnahme darstellt, die aber, angesichts der Bedeutung des kodifizierten AETR-Prinzips, eher Regelcharakter hat.
215. Art. 77 (2) AEUV enthält konkrete (geteilte) Rechtssetzungsbefugnisse der Union zur Gestaltung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Sinne von Art. 4 (2) j AEUV und Art. 67 (1) und (2) AEUV. Art. 77 AEUV bestimmt in Abs. 1 b), dass die Union eine Politik entwickelt, mit der „die Personenkontrolle und die wirksame Überwachung des Grenzübertritts an den Außengrenzen sichergestellt werden soll.“ Art. 77 (2) AEUV regelt die dazu erforderlichen Kompetenzen:

„(2) Für die Zwecke des Absatzes 1 erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen, die folgende Bereiche betreffen:

²⁹⁹ Zu der missverständlichen Formulierung von Art. 3 (2) 3. Alternative AEUV siehe oben Kapitel 1, Rn. 15 a.E. m.w.N. in Fn. 29.

- a) die gemeinsame Politik in Bezug auf Visa und andere kurzfristige Aufenthaltstitel;
- b) die Kontrollen, denen Personen beim Überschreiten der Außengrenzen unterzogen werden;
- c) die Voraussetzungen, unter denen sich Drittstaatsangehörige innerhalb der Union während eines kurzen Zeitraums frei bewegen können;
- d) alle Maßnahmen, die für die schrittweise Einführung eines integrierten Grenzschutzsystems an den Außengrenzen erforderlich sind [...].“
216. Gleichzeitig bestimmt das Protokoll 23 zum EUV und AEUV, für die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, internationale Übereinkünfte abzuschließen, Folgendes:
- „Die in Artikel 77 Absatz 2 Buchstabe b [AEUV] aufgenommenen Bestimmungen über Maßnahmen in Bezug auf das Überschreiten der Außengrenzen berühren nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Aushandlung und den Abschluss von Übereinkünften mit Drittländern, sofern sie mit den Rechtsvorschriften der Union und anderen in Bezug kommenden internationalen Übereinkünften in Einklang stehen.“*
217. Gemäß Artikel 51 EUV sind die „*Protokolle und Anhänge der Verträge Bestandteil der Verträge*“. Wenn Protokoll 23 eine eigenständige Bedeutung zukommen soll, so folgt daraus *erstens*, dass es hinsichtlich des AETR-Effekts als „Lex specialis“ eine Ausnahme von Art. 3 (2) AEUV vorsieht. Selbst wenn also Sekundärrecht auf der Grundlage von Art. 77 (2) b) AEUV erlassen wird, bleiben die Mitgliedstaaten weiter berechtigt, internationale Verträge abzuschließen, fortzusetzen und zu ändern, selbst wenn die Regelungsichte der Maßnahmen nach Art. 77 (2) b) so dicht ist, dass die Voraussetzungen für eine ausschließliche Zuständigkeit der Union gemäß Art. 3 (2) AEUV erfüllt sind. *Zweitens* kann die Union gemäß Art. 2 (1) 2. Halbsatz AEUV jedenfalls auch hinsichtlich ausschließlicher Zuständigkeiten deren Ausübung auf die Mitgliedstaaten zurückübertragen,³⁰⁰ sodass ein eingeschränkter Kompetenzvorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten wie in Protokoll 23 auch nicht der in EUV und AEUV angelegten Verfassungs- und Kompetenzstruktur widerspricht.
218. Internationale Übereinkünfte der Mitgliedstaaten im Sinne des Protokolls 23 müssen (i) mit den Rechtsvorschriften der Union und (ii) anderen in Bezug kommenden internationalen Übereinkünften im Einklang stehen. Das gilt jedenfalls im Zeitpunkt des Abschlusses solcher Verträge. Hinsichtlich von Änderungen von Zuständigkeiten im EU-Recht nach dem Abschluss der Verträge gilt Art. 351 AEUV analog,³⁰¹ d. h. die Mitgliedstaaten sind

300 Art. 2 (1) 2.Hs AEUV: „[...] die Mitgliedstaaten dürfen in einem solchen Fall nur tätig werden, wenn sie von der Union hierzu ermächtigt werden [...]“.

301 Zur analogen Anwendung siehe oben, Rn. 180. Dem Wortlaut von Protokoll 23 („sofern sie mit den Rechtsvorschriften der Union [...] in Einklang stehen“) ist auch keine besondere Bindung an zukünftige Änderungen des Unionsrechts zu entnehmen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der anderen Sprachversionen: (engl.) „as long as they respect Union law [...]“ oder (franz.) « pour autant que lesdits accords respectent le droit de l'Union [...] ». Ein Versuch, solche Abkommen, über die Regeln nach Art. 351 AEUV hinaus, an spätere Änderungen des Unionsrechts zu binden, stieße sofort an völkerrechtliche Grenzen.

berechtigt, ihren Verpflichtungen aus solchen Übereinkünften nachzukommen, ihre Rechte daraus dürfen sie aber nur insofern ausüben, als dies mit dem EU-Recht in Einklang steht; ggf. müssen sie Abkommen kündigen oder sich um Änderungen bemühen.³⁰²

2. *Keine Inkongruenz zwischen (i) dem Sekundärrecht zum Überschreiten der Außengrenzen mit (ii) Übereinkünften Deutschlands*
219. Das von der Union auf der Grundlage von Art. 77 (2) b) AEUV angenommene Sekundärrecht erfasst eine Reihe von Regelungsbereichen.
220. In der Frage der Generalberichtersteller wird auf Regelungen Bezug genommen, die auf der Grundlage von Art. 77 (2) a) AEUV erlassen wurden, nämlich Regelungen über die Erteilung, Gestaltung etc. von kurzfristigen Aufenthaltstiteln, vor allem Visa. Diesen Regelungsbereich hat die Union vor allem durch die Verordnung 539/2001³⁰³ und die Verordnung 1683/95³⁰⁴ geregelt; sie kann darüber hinaus auch Regeln zu anderen kurzfristigen Aufenthaltstiteln schaffen.³⁰⁵ Hinsichtlich der Bestimmungen für kurzfristige Aufenthalte hat die Union, angesichts der sehr weit gefassten Regelungen, wohl die ausschließliche Zuständigkeit für internationale Übereinkünfte gemäß Art. 3 (2) AEUV erlangt. Protokoll 23 enthält in dieser Beziehung aber keine Sonderregelungen, denn Protokoll 23 betrifft nur die Außenkompetenzen, die im Zusammenhang mit Regelungen nach Art. 77 (2) b) AEUV entstehen (*nicht* aber im Zusammenhang mit Regelungen nach Art. 77 (2) a) AEUV).
221. Zum anderen hat die Union auf der Grundlage von Art. 77 (2) b) AEUV verschiedene Bestimmungen für das Überschreiten der Binnen- und Außengrenzen durch Personen erlassen, insbesondere den sog. Schengener Grenzkodex (jetzt VO 2016/399).³⁰⁶ Darin sind detaillierte Regeln für das Überschreiten der Binnen- und Außengrenzen enthalten. Hinsichtlich der Außengrenzen (Titel II) sind das in Kapitel I Regelungen über das „Überschreiten der Außengrenzen und Einreisevoraussetzungen“ und in Kapitel II Regelungen über „Grenzkontrollen an den Außengrenzen und Einreiseverweigerung“. Weitere Regelungen betreffen das Verwaltungsverfahren. Diese Regelungen betreffen vor allem Fragen der Einreise; Regelungen zu

³⁰² Siehe oben, Rn. 180.

³⁰³ Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates v. 15.03.2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind, ABl. 2001 L 81/1, mit nachfolgenden Änderungen.

³⁰⁴ Verordnung (EG) Nr. 1683/95 des Rates über eine einheitliche Visagestaltung, ABl. 1995 L 164/1, mit nachfolgenden Änderungen.

³⁰⁵ Progin-Theuerkauf, in: von der Groeben, Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 77 AEUV, Rn. 18; Thym, in: Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 77 AEUV, Rn. 20.

³⁰⁶ Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 09.03.2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. 2016 L 77/1, mit nachfolgenden Änderungen.

- Kontrollen bei der Ausreise beschränken sich im Wesentlichen auf das Abstempeln von Reisedokumenten, damit im Falle der Wiedereinreise die Dauer früherer Aufenthalte bestimmt werden kann.³⁰⁷
222. Deutschland, das lediglich bei Ein-/Ausreisen auf dem Luft- und ggf. auf dem Seeweg Außengrenzkontrollen vornimmt, unterhält keine besonderen völkertraglichen Übereinkünfte mit Drittstaaten hinsichtlich des Grenzabfertigungsverfahrens und anderer im Schengener Grenzkodex geregelter Fragen im Zusammenhang mit der Ein- und Ausreise von Staatsangehörigen von Drittstaaten.³⁰⁸
223. Allerdings gibt es multilaterale Abkommen, z. B. die Wiener Übereinkommen über diplomatische oder konsularische Beziehungen, die eine Vorzugsbehandlung im Zusammenhang mit Bevorzugungen oder Befreiungen von Staatsoberhäuptern, Regierungsmitgliedern, Diplomaten und Konsularbeamten vorsehen, die (i) ihrem Inhalt nach im Schengener Grenzkodex berücksichtigt sind, (ii) als Altabkommen gemäß Art. 351 AEUV ohnehin fortbestehen können und (iii) als Kodifizierung von Völkergewohnheitsrecht letztlich auch die Union binden, sodass es in dieser Hinsicht kaum eines Rückgriffs auf Protokoll 23 bedarf, um die Zulässigkeit des Fortbestandes solcher Regelungen zu begründen.
224. Weiterhin gibt es Rückführungsübereinkommen mit Drittstaaten, um die Rückführung von Personen zu erleichtern, die nicht (oder nicht mehr) berechtigt sind, sich in Deutschland bzw. der EU aufzuhalten, weil sie illegal eingereist oder nach Ende eines zunächst zulässigen Aufenthaltes nicht rechtzeitig ausgereist sind. Die Zuständigkeit der EU zum Abschluss solcher Abkommen beruht vor allem auf Art. 79 (3) AEUV; auch insoweit spielt Protokoll 23 keine besondere Rolle. Die Fragen im Zusammenhang mit diesen Abkommen werden unten im Zusammenhang mit der Frage 25 erörtert (Rn. 264 ff.).
225. Daher ist aus deutscher Sicht nicht erkennbar, dass wesentliche völkertragliche Regelungen Deutschlands bestehen, die einer Rechtfertigung auf der Grundlage des Protokolls 23 zum EUV/AEUV bedürften.

307 Art. 11 und Art. 12 (4) VO 2016/399, zu den Ausreisefragen siehe unten zu Frage 25, Rn. 264ff.

308 Verschiedene technische Übereinkünfte z.B. mit der Schweiz sind in jüngerer Zeit aufgehoben worden, vergl. BGBl. 2013 Teil II Nr. 27 S. 1301. Es gibt allerdings noch Polizeikooperationsverträge mit den Schengener Nachbarstaaten, auch der Schweiz, die vor allem Nacheile, grenzüberschreitende Observation etc. regeln, aber auch dann relevant sind, wenn vorübergehend an den Binnengrenzen kontrolliert wird. Zollkontrollstellen mit der Schweiz bleiben teilweise bestehen, spielen aber im hier relevanten Kontext von Kontrollen des Personenverkehrs keine Rolle, vergl. dazu Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Kurzinformation, Nebeneinanderliegende Grenzabfertigungsstellen an der deutsch-schweizerischen Grenze, <https://www.bundestag.de/blob/416626/ff0044add812192cfe5d0d690310eea4/wd-2-029-16-pdf-data.pdf>.

B. Frage 23

23. Gemäß Artikel 33 (2) c) und 38 der Richtlinie 2013/32/EU vom 26.6.2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes kann ein Mitgliedstaat das Konzept des sicheren Drittstaates anwenden, um einen Antrag eines Drittlandsangehörigen auf internationalen Schutz für unzulässig zu erklären und den Antragsteller in diesen Drittstaat zurücksenden – und zwar selbst dann, wenn dieser Mitgliedstaat seine Zuständigkeit zur Prüfung dieses Antrags nach der Verordnung 604/2013 vom 26.6.2013 anerkannt hatte (vgl. EUGH-Urteil vom 17.3.2016, Mirza, C-695/15, Rn. 42 und 46). Im Lichte des jetzigen Standpunktes der Entwicklung des einheitlichen europäischen Asylsystems (Artikel 78 (2) AEUV) obliegt es den Mitgliedstaaten, eine Liste der sicheren Drittstaaten im Einklang mit den in Artikel 38 aufgezählten Voraussetzungen aufzustellen.

Gibt es eine nationale Rechtsprechung zum Konzept des sicheren Drittstaates, die den Begriff und seine Anwendung näher beschreibt? Beschreibt diese Rechtsprechung auch die Abgrenzung dieses Konzeptes von dem des sicheren europäischen Drittstaates („super-sicherer Drittstaat“), so wie in Artikel 39 der Richtlinie 2013/32/EU vorgesehen? Wie stellt sich die juristische Fachliteratur zu dieser Frage? Wie beurteilen Sie im Lichte des Unionsrechts die effektiv von den Mitgliedstaaten hergestellte Verbindung zwischen der Politik und den Vorgehensweisen in Bezug auf das Konzept des sicheren Drittstaats einerseits und der extraterritorialen Kontrolle von Einwanderung andererseits?

1. Der rechtliche Hintergrund in Deutschland

a. Entwicklung des Grundrechts auf Asyl

226. Die deutsche Verfassung (das Grundgesetz („GG“)) sah bis 1993 in Art. 16 (2) 2) GG kurz und bündig vor: „*Politisch Verfolgte genießen Asylrecht.*“ Das bedeutete, dass ein schutzbedürftiger Mensch, der Deutschland erreichte, ein einklagbares Recht auf Schutz vor Zurückweisung an der Grenze und auf Schutz vor Ausweisung, Abschiebung oder Auslieferung an den Verfolgerstaat hatte³⁰⁹ und dass der Staat ihm auch ein menschenwürdiges Leben in Deutschland ermöglichen musste.³¹⁰ Dieses Grundrecht unterlag keinem Gesetzesvorbehalt, es konnte deshalb ohne Änderung der Verfassung nicht per Gesetz eingeschränkt werden.
227. Zum Ende der 1980er Jahre begann, im Zusammenhang mit der wachsenden Zahl von Asylbewerbern, eine öffentliche Diskussion über eine Beschränkung des Asylrechts und die Änderung von Art. 16 GG. Es kam 1992

309 BVerfG, E 9, 174, 184; BVerfG E 60, 348, 359; BVerwG NVwZ 1983, 38, 40.

310 BVerwG E 49, 202, 206, kritisch zur damaligen Zeit z.B. Huber, Ausländer und Asylrecht, München 1983, S. 153, Rn. 439.

politisch zum sogenannten „Asylkompromiss“ und in der Folge 1993 zu einer Änderung des Grundgesetzes. Ziel war es auch, das Asylrecht zu „europäisieren“ und die Möglichkeit zu schaffen, multilateral mit anderen Mitgliedstaaten der EU gemeinsame Regelungen und Verfahren, insbesondere im Rahmen der Schengener Abkommen, zu entwickeln³¹¹ (die Möglichkeit, entsprechende Hoheitsrechte auf die EU zu übertragen, ergab sich schon seit 1992 aus Art. 23 GG, die Schengen-Regeln standen aber damals noch außerhalb des EU-Rechts).³¹² In diesem Zusammenhang wurden auch Regelungen zu „sicheren Drittstaaten“ und „sicheren Herkunftsstaaten“ ins deutsche Recht aufgenommen und teilweise mit Verfassungsrang ausgestattet.

228. Das Grundrecht auf Asyl wurde in einem neuen Art. 16a GG neu geregelt und wesentlich eingeschränkt.³¹³ Art. 16a lautet wie folgt:

„1. Politisch Verfolgte genießen Asylrecht.

2. Auf Absatz 1 kann sich nicht berufen, wer aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften oder aus einem anderen Drittstaat einreist, in dem die Anwendung des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge³¹⁴ und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten³¹⁵ sichergestellt ist. Die Staaten außerhalb der Europäischen Gemeinschaften, auf die die Voraussetzungen des Satzes 1 zutreffen, werden durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, bestimmt. [...]“

- b. Die Relevanz sicherer Drittstaaten nach heutigem deutschen Recht

229. Nach heutigem deutschen Recht ist die Existenz von Drittstaaten, in denen ein Ausländer vor politischer Verfolgung sicher ist, in dreierlei Hinsicht relevant:
- Hat der Ausländer die Staatsangehörigkeit³¹⁶ eines Landes, in dem er keiner politischen Verfolgung ausgesetzt ist, dann ist er nicht „schutzlos“ und kein Flüchtling. Vielmehr sind in diesem Fall Asylrecht und interna-

311 Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, AsylG, Vorbemerkung, Rn. 11-15.

312 Günther, in: Beck Online Kommentar Ausländerrecht, § 29 AsylG, Rn. 2 (m.w.N.); Maaßen, Grundgesetz – Beck Online Kommentar, Art. 16a GG, Rn. 109.

313 Art. 16a wurde in das Grundgesetz eingefügt durch Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes v. 28.06.1993 BGBl. 1993 Teil I S. 1002 mit Wirkung ab dem 30.06.1993. Zur Rechtmäßigkeit dieser Grundgesetzänderung und ihrer inhaltlichen Deutung vgl. BVerfG, Urt. V. 14.05.1996 – 2 BvR 1938/93, 2 BvR 2315/93 –, BVerfGE 94, 49; 2 BvR 1507/93, 2 BvR 1508/93 –, BVerfGE 94, 115; – 2 BvR 1516/93 –, BVerfGE 94, 166.

314 Gemeint ist die Genfer Flüchtlingskonvention („GFK“), deren amtlicher Titel „Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge“ v. 28.07.1951 lautet, BGBl. 1953 II S. 559, Originalfundstelle: United Nations, Treaty Series, vol. 189, 1954, I Treaties and international agreements, p. 137–220, No. 2545, in der Fassung des „Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge“ v. 31.01.1967, BGBl. 1969 II S. 1293, zu dessen Inkrafttreten vgl. BGBl. 1970 II S. 194.

315 Gemeint ist die „Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms“ (deutscher Titel: „Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten“ kurz „EMRK“) (Konvention Nr. 5 des Europarats), zuletzt bekannt gemacht in BGBl. 2002 II S. 1054, 1055.

316 Hat er mehrere Staatsangehörigkeiten, so genügt es wenn er Schutz im Land einer seiner Staatsangehörigkeiten finden kann, ist er Staatenlos kommt es auf das Land an, in dem der Staatenlose ein dauerndes Aufenthaltsrecht hat.

- tionaler Schutz in Deutschland gegenüber der Pflicht des Heimatlandes (des „sicheren Herkunftsstaats“),³¹⁷ seinen Staatsangehörigen Schutz zu bieten, subsidiär.³¹⁸
- Hat der Ausländer die Staatsangehörigkeit³¹⁹ eines Landes, in dem er verfolgt wird, reist aber über ein sicheres (europäisches) Drittland ein, so kann er sich auf ein Asylrecht nicht berufen und internationalen Schutz nicht geltend machen (es sei denn, die Dublin-III-Regeln wiesen Deutschland die Zuständigkeit für die Prüfung und Entscheidung über die Gewährung internationalen Schutzes zu).³²⁰
 - Hat der Ausländer die Staatsangehörigkeit eines Landes, in dem er verfolgt wird, und reist er zwar nicht über ein sicheres (europäisches) Drittland ein, sondern fand zunächst in einem sonstigen (sicheren) Drittland Zuflucht, so wird vermutet, dass er bereits Schutz gefunden hat und deshalb (weiteren) internationalen Schutz nicht geltend machen kann (es sei denn, die Dublin-III-Regeln wiesen Deutschland die Zuständigkeit für die Prüfung und Entscheidung über die Gewährung internationalen Schutzes zu).³²¹
230. Dies waren zunächst sehr praxisrelevante Regelungen. Allerdings ist die praktische Relevanz dieser Vorschriften für Deutschland jedenfalls seit Inkrafttreten der Dublin-II- und -III-Regeln wesentlich geringer geworden, weil die darin enthaltenen Zuständigkeitsregelungen des Unionrechts den o. g. materiellen Regeln des deutschen Rechts (und zwar auch des deutschen Verfassungsrechts) zu sicheren Drittstaaten vorgehen. Nach Art. 3 (1) 2) der Verordnung 604/2013 („Dublin-III-VO“)³²² ist für die Prüfung von Anträgen auf internationalen Schutz grundsätzlich nur ein Mitgliedstaat zuständig und zwar in der Regel der der ersten Einreise in den Schengen-Raum. Die Bedeutung der Einreise aus einem sicheren Drittstaat im Sinne von Art. 38 und 39 der Richtlinie 2013/32³²³ ist deshalb in Deutschland gering, weil die Einreise zumeist über einen Schengen-Staat erfolgt. Daran knüpft § 29 AsylG an, indem er solche Anträge für unzulässig erklärt, für die ein anderer Mitgliedstaat nach der Dublin-III-VO zuständig ist. Soweit

³¹⁷ Zu den deutschen Erfahrungen mit der Festlegung sicherer Herkunftsstaaten siehe: Bundesministerium des Innern, Erster Bericht der Bundesregierung gemäß § 29a Absatz 2a Asylgesetz zu der Überprüfung der Voraussetzungen zur Einstufung der in Anlage II zum Asylgesetz bezeichneten sicheren Herkunftsstaaten vom 23. Oktober 2017.

³¹⁸ Art. 16a (2) GG, § 29a AsylG i. V. m. Anhang II AsylG; Günther, in BeckOK AuslR, 15. Aufl. 01.08.2017, AsylG § 27, Rn. 8, BVerwG, Urt. 06.08.1996 – 9 C 192/95, BVerwG E 101, 328. NVwZ 1997, 194. Unter den Mitgliedstaaten der Union gilt dies in verstärktem Maße, wie sich aus Protokoll 24 zum AEUV ergibt.

³¹⁹ Bei Staatenlosen käme es auf das Land an, in dem der Staatenlose ein dauerndes Aufenthaltsrecht hat.

³²⁰ Art. 16a (3) GG, § 26a AsylG mit Anhang I AsylG.

³²¹ § 29 (1) 4 AsylG i. V. m. § 27 (1) AsylG.

³²² Verordnung (EU) Nr. 604/2013 v. 26.06.2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl. 2013 L 180/31, in der Form der Berichtigung v. 25.02.2017, ABl. 2017 L 49/50 (Dublin III VO).

³²³ Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.06.2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl. 2013 L 180/60.

- die Konzepte zu sicheren Drittstaaten trotz (oder im Rahmen) der Dublin-III-Regeln relevant sind, wären die bestehenden nationalen Konzepte entsprechend der europäischen Regeln auszulegen und anzuwenden.³²⁴
231. Grundsätzlich regelt das EU-Recht nur Mindeststandards zu der Frage, was ein sicherer Drittstaat (oder sicherer europäischer Drittstaat) ist, und überlässt die Ausgestaltung des Konzepts dem nationalen Recht.³²⁵ Das hat jüngst das Bundesverwaltungsgericht („BVerwG“) in einem Vorlagebeschluss vom März 2017³²⁶ an den EuGH betont und hervorgehoben, dass der deutsche Begriff des sicheren Drittstaats angesichts europarechtlicher Vorgaben in seinem Anwendungsbereich reduziert werden müsse (und dies insoweit als „*acte claire*“ bezeichnet). Der deutsche Begriff umfasse nämlich auch Mitgliedstaaten der Union, während sich aus Art. 33 i. V. m. mit Art. 38 (und ggf. Art. 39) der Richtlinie 2013/32 ergäbe, dass dieser Begriff auf „Nicht-Mitgliedstaaten“ beschränkt sei.³²⁷ In der Tat heißt es in Art. 33 deutlich: „*Mitgliedstaaten können einen Antrag auf internationalen Schutz nur dann als unzulässig betrachten, wenn (a) ein anderer Mitgliedstaat internationalen Schutz gewährt hat; [...] oder (c) ein Staat, der kein Mitgliedstaat ist, als für den Antragsteller sicherer Drittstaat gemäß Artikel 38 betrachtet wird [...]*“ (Hervorhebung hinzugefügt).³²⁸
232. Der in Frage 23 angesprochene Begriff „sicherer Drittstaat“ i. S. v. Art. 38 der Richtlinie 2013/32³²⁹ entspricht dabei allerdings auch sonst in verschiegender Hinsicht nicht dem in Deutschland verwendeten, unmittelbar auf der verfassungsrechtlichen Vorgabe von Art. 16a (2) GG beruhenden Begriff. In Art. 16a (2) GG werden Fälle beschrieben, in denen das materielle Grundrecht auf Asyl einem Betroffenen nicht zukommt. Ausländer die aus Mitgliedstaaten der Union³³⁰ sowie solchen Drittstaaten einreisen, in denen „*die Anwendung des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet ist*“, können sich nicht auf das Asylgrundrecht berufen.

324 Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 26a AsylG, Rn. 1.

325 Art. 38 (2) Richtlinie 2013/32, aaO. (Fn. 323), sowie Art. 39 (1), (4) Richtlinie 2013/32.

326 BVerwG, Beschluss v. 23.03.2017 I C 20.16, BeckRS 2017, 111628 beckonline (ECLI:DE:BVERWG:2017:230317B1C20.16.0; Rn. 12-14), die Sache ist beim Gerichtshof (mit zwei weiteren Vorlagebeschlüssen v. gleichen Tage u. a. unter dem Aktenzeichen C-297/17) anhängig. Der EuGH hat am 14.07.2017 beschlossen, hierüber nicht im beschleunigten Verfahren zu entscheiden (ECLI:EU:C:2017:561).

327 Ob dies nicht weitergehend für alle Staaten gelten müsste, für die die Dublin-III-Regeln verbindlich sind, und ob der Begriff Mitgliedstaaten teleologisch auf die EU-Mitgliedstaaten reduziert werden müsste, für die die Dublin-III-Regeln voll verbindlich sind (also ggf. unter Ausschluss des Vereinigten Königreichs und Irlands), bedarf hier keiner Erörterung, vgl. dazu Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 26a AsylG, Rn. 2.

328 Die Argumentation des BVerwG lässt sich allerdings nicht auf sichere Herkunftsländer übertragen, weil insoweit primärrechtlich, nämlich im Protokoll 24 zum AEUV, geregelt ist, dass Mitgliedstaaten der Europäischen Union „*für einander für alle rechtlichen und praktischen Zwecke im Zusammenhang mit Asylanliegenheiten als sichere Herkunftsländer [gelten]*“.

329 Richtlinie 2013/32/EU, aaO. (Fn. 323).

330 Hinsichtlich der Mitgliedstaaten der Union siehe aber den genannten Beschluss des BVerwG (Rn. 231 und Fn. 326), der den Begriff geltungserhaltend auf Nicht-Mitgliedstaaten reduziert.

233. Diese Definition wird in Art. 26a Asylgesetz („AsylG“)³³¹ wiederholt. Art. 26a AsylG enthält auch die deutsche Legaldefinition des Begriffs „sicherer Drittstaat“ entsprechend der Regelung in Art. 16 a (2) GG, aber ergänzt um einige Ausnahmen.³³² Aus Anlage I zum AsylG folgt, dass sichere Drittstaaten in diesem Sinne (zusätzlich zu den EU-Mitgliedstaaten)³³³ aus deutscher Sicht heute nur die Schweiz und Norwegen sind. Diese Definition von einem „sicheren Drittstaat“ ähnelt der Definition des „sicheren europäischen Drittstaats“ im Sinne von Art. 39 der Richtlinie 2013/32,³³⁴ weil nicht nur auf die Genfer Konvention, sondern auch auf die Europäische Menschenrechtskonvention Bezug genommen wird (und weil sowohl die Schweiz als auch Norwegen über das in Art. 39 der Richtlinie 2013/32 geforderte gesetzliche Asylverfahrensrecht verfügen). Vor diesem Hintergrund regelt § 29 (1) Nr. 3 AsylG,³³⁵ dass ein Antrag auf Asylgewährung (verfahrensrechtlich) unzulässig ist, wenn ein potentieller Antragsteller aus einem sicheren (europäischen) Drittstaat i. S. v. § 26a AsylG einreist und der betreffende Staat zur Wiederaufnahme bereit ist.
234. § 29 AsylG erfasst neben den eigentlichen Asylanträgen auch Anträge auf Gewährung internationalen Schutzes, nämlich Anträge auf Anerkennung als Flüchtling nach der Genfer Konvention (§ 3 AsylG) oder auf Gewährung subsidiären Schutzes (§ 4 AsylG).³³⁶ § 29 AsylG regelt auch weitere Unzulässigkeitsgründe für einen Antrag. Danach sind Asylanträge auch unzulässig, wenn

331 Asylgesetz (in der Fassung der Bekanntmachung v. 02.09.2008 (BGBl. 2008 I S. 1798), zuletzt geändert durch Gesetz v. 20.07.2017 (BGBl. 2017 I S. 2780). Das Asylgesetz wurde bis 10/2015 als „Asylverfahrensgesetz“ bezeichnet. Diese Bezeichnung findet sich deshalb in vielen der in diesem Zusammenhang zitierten Literaturstellen und Gerichtsentscheidungen. Durch Art. 1 Nr. 1 des Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes erhielt das Gesetz mit Wirkung v. 24.10.2015 seine heutige Bezeichnung.

332 Art. 26a (1) AsylG lautet: „Ein Ausländer, der aus einem Drittstaat im Sinne des Artikels 16a Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes (sicherer Drittstaat) eingereist ist, kann sich nicht auf Artikel 16a Abs. 1 des Grundgesetzes berufen. Er wird nicht als Asylberechtigter anerkannt. Satz 1 gilt nicht, wenn 1. der Ausländer im Zeitpunkt seiner Einreise in den sicheren Drittstaat im Besitz eines Aufenthaltsstitels für die Bundesrepublik Deutschland war; 2. die Bundesrepublik Deutschland auf Grund von Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft oder eines völkerrechtlichen Vertrages mit dem sicheren Drittstaat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist oder 3. der Ausländer auf Grund einer Anordnung nach § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG nicht zurückgewiesen oder zurückgeschoben worden ist.“.

333 Hierzu erneut der Hinweis, dass nach der deutschen gesetzlichen Definition auch EU-Mitgliedstaaten sichere Drittstaaten seien können, dass aber das BVerwG jüngst dazu festgestellt hat, der Begriff müsse wegen vorrangigen EU-Rechts auf Nicht-EU-Mitgliedstaaten beschränkt werden, s.o. Rn. 231.

334 Richtlinie 2013/32/EU, aaO.(Fn.323); Art. 39 (2) lautet: „Ein Drittstaat kann nur dann als sicherer Drittstaat für die Zwecke des Absatzes 1 betrachtet werden, wenn er
a) die Genfer Flüchtlingskonvention ohne geografischen Vorbehalt ratifiziert hat und deren Bestimmungen einhält,
b) über ein gesetzlich festgelegtes Asylverfahren verfügt und
c) die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten ratifiziert hat und die darin enthaltenen Bestimmungen, einschließlich der Normen über wirksame Rechtsbehelfe, einhält.“.

335 Die Vorschrift ist erst im 07/2016 (durch Art. 6 Nr. 7 des Integrationsgesetzes (BGBl. 2016 I 1939) grundlegend neu gefasst worden. Der Katalog der Unzulässigkeitsgründe enthält Tatbestände, die früher in § 27a AsylG aF sowie im § 29 (Unbeachtliche Asylanträge) enthalten waren. Dies ist bei der Lektüre früherer Urteile und Literatur zu berücksichtigen. Vgl. Günther, BeckOK AuslR/Günther, 15. Aufl. 01.08.2017, AsylG § 29, Rn. 12.

336 Günther, BeckOK AuslR/Günther, 15. Aufl.01.08.2017, AsylG § 29, Rn. 3.

- (gemäß § 29 (1) Nr. 1 AsylG) ein anderer Staat aufgrund von EU-Recht oder eines völkerrechtlichen Vertrages für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist;
 - (gemäß § 29 (1) Nr. 2 AsylG) ein anderer Mitgliedstaat der Europäischen Union dem Ausländer bereits internationalen Schutz gewährt hat oder
 - (gemäß § 29 (1) Nr. 4 AsylG) ein Staat, der kein Mitgliedstaat der Europäischen Union und bereit ist, den Ausländer wieder aufzunehmen, als „sonstiger (sicherer) Drittstaat“ gemäß § 27 betrachtet wird.
235. Die ersten zwei Alternativen betreffen die Zuständigkeitsverteilung nach der Dublin-III-Verordnung und dienen der Inkorporierung und Anpassung des deutschen Rechts an die Vorgaben der Union. Sie führen in der Praxis dazu, dass die meisten heute gestellten Anträge unzulässig wären, wenn Deutschland nicht sein Selbsteintrittsrecht in vielen Fällen ausübt.³³⁷
236. Die letzte Alternative betrifft die (wegen der geografischen Lage Deutschlands inzwischen seltenen) Fälle der Einreise aus einem sonstigen (sicheren) Drittstaat. § 27 (1) AsylG legt fest, dass „*ein Ausländer, der bereits in einem sonstigen Drittstaat vor politischer Verfolgung sicher war, nicht als Asylberechtigter anerkannt [wird]*.“ Ausländern, denen schon ein Ausweis über ihre Stellung als Flüchtling nach der Genfer Konvention ausgestellt wurde, werden als vor politischer Verfolgung sicher betrachtet. Weiter heißt es, dass wenn „*sich ein Ausländer in einem sonstigen Drittstaat, in dem ihm keine politische Verfolgung droht, vor der Einreise in das Bundesgebiet länger als drei Monate aufgehalten [hat], [...] vermutet [wird], dass er dort vor politischer Verfolgung sicher war*.“ § 27 AsylG beschreibt damit im Wesentlichen das deutsche Konzept eines „sicheren Drittstaats“ (i. S. v. Art. 38 der Richtlinie 2013/32) für Staaten, die nicht „(europäische) sichere Drittstaaten“ (i. S. v. § 26a AsylG bzw. Art. 39 der Richtlinie 2013/32) sind.

2. Die deutsche Rechtsprechung zu Fragen des sicheren Drittstaates

a. Der Grundsatz der Subsidiarität im Flüchtlingsrecht

237. In Deutschland wurde der Ausschluss des Anspruchs auf internationalen Schutz in den Fällen, in denen der Antragsteller bereits Schutz in einem (sicheren) Drittstaat gefunden hat, ursprünglich aus dem Grundsatz der Subsidiarität im Flüchtlingsrecht abgeleitet. Das BVerwG hat dazu Folgendes ausgeführt:³³⁸

337 Es liegt grundsätzlich im Ermessen jedes Mitgliedstaates, sich in Form des Selbsteintritts für zuständig zu erklären (Art. 17 (1) Dublin-III-VO); vgl. EuGH, C-394/12, Abdullahi, Rn. 57); Günther, BeckOK AuslR/Günther, 15. Aufl. 01.08.2017, AsylG § 29, Rn. 61; statistische Angaben zur Entscheidungspraxis in Deutschland werden vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge veröffentlicht, die letzten bei der Vorbereitung dieses Berichts zur Verfügung stehenden Zahlen ergeben betreffen den November 2017.

338 BVerwG, Urte v. 08.02.2005 1 C 29/03, NVwZ 2005, 1087, 1090.

„Auch der Flüchtlingsschutz nach der Genfer Flüchtlingskonvention ist vom Grundsatz der Subsidiarität des Konventionsschutzes sowohl im Verhältnis zum Schutz durch den Staat [...] der Staatsangehörigkeit des Betroffenen als auch im Verhältnis zum einmal erlangten Schutz in einem anderen (Dritt)Staat geprägt. Er vermittelt grundsätzlich kein Recht auf freie Wahl des Zufluchtlandes und insbesondere kein Recht auf freie Wahl eines Zweit oder Drittzufluchtlandes, sondern stellt insoweit lediglich sicher, dass der Flüchtlings nicht in den Verfolgerstaat abgeschoben oder der Gefahr einer solchen Abschiebung in einem Drittstaat (Kettenabschiebung) ausgesetzt werden darf (Refoulement-Verbot). Hat der Flüchtlings bereits ausreichende Sicherheit vor Verfolgung in einem anderen Staat gefunden, kann er – unbeschadet des in jedem Falle unbedingt zu beachtenden Verbots der Abschiebung in den Verfolgerstaat – darüber hinaus grundsätzlich nicht mehr seine Anerkennung als Flüchtlings sowie das damit verbundene qualifizierte Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland beanspruchen.“

238. Vor dem Hintergrund der Entwicklung des Unionsrechtes im Zusammenhang mit der Richtlinie 2004/83 hat das Bundesverwaltungsgericht dann seine Rechtsprechung modifiziert. Entscheidend sei nicht mehr die Frage, ob ein Betroffener in einem Drittstaat materiell Schutz gefunden habe, sondern ob ein solcher Schutz verfahrensrechtlich offensichtlich sei. Dazu führt das BVerwG aus:³³⁹

„Art. 12 I der Richtlinie 2004/83/EG sieht einen materiellrechtlichen Ausschluss von der Flüchtlingsanerkennung aus Gründen der Subsidiarität nur in Fällen des Schutzes oder Beistands einer Organisation oder Institution der Vereinten Nationen mit Ausnahme des UNHCR oder dann vor, wenn der Betr. von den Behörden des Aufenthaltsstaates als Person anerkannt wird, welche die Rechte und Pflichten eines Staatsangehörigen dieses Landes oder gleichwertige Rechte und Pflichten hat. Die Möglichkeit anderweitig bestehender Sicherheit vor Verfolgung greift die Qualifikationsrichtlinie im Übrigen nur mit Blick auf den internen Schutz (Art. 8 der Richtlinie 2004/83/EG) auf, nicht aber im Hinblick auf die Verfolgungssicherheit in einem anderen Staat. Das Unionsrecht verfolgt insoweit keinen materiellrechtlichen, sondern einen verfahrensrechtlichen Ansatz [wird unter Hinweis auf Art. 25 II lit. b und Art. 26 Richtlinie 2005/85/EG sowie den 22. Erwägungsgrund der Richtlinie 2005/85/EG näher ausgeführt].“

Der deutsche Gesetzgeber hat dieses verfahrensrechtliche Konzept des ersten Asylstaats in § 29 I AsylVfG in der Weise umgesetzt, dass ein Asylantrag – und damit auch ein Antrag auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft (§ 13 I und II AsylVfG) – unbeachtlich ist, wenn offensichtlich ist, dass der Ausländer bereits in einem sonstigen Drittstaat vor politischer Verfolgung sicher war [...]. Das Asylverfahrensgesetz knüpft somit an die Offensichtlichkeit, dass der Ausländer in einem sonstigen Drittstaat vor politischer Verfolgung sicher war [...], mit der verfahrensrechtlichen Folge, dass eine Abschiebungsdrohung in einen sicheren Drittstaat ohne umfassende Sachprüfung des Asylbegehrens ergehen kann.“

339 BVerwG, Urt. v. 04.09.2012 – 10 C 13/11, NVwZ-RR 2013, 431 (Rn. 15, 16).

239. Das BVerwG knüpfte daran die für die Betroffenen günstige Folge, dass wenn deutsche Behörden (trotz der Möglichkeit, einen Antrag auf internationalen Schutz als (verfahrensrechtlich) unzulässig zurückzuweisen) den Antrag als zulässig behandeln und in der Sache entscheiden, sie eine materielle Abweisung von Anträgen auf internationalen Schutz insoweit nicht mehr auf die Subsidiarität des Schutzes stützen können. Dies spielt in Deutschland deshalb eine Rolle, weil im Rahmen der großen Migrationsbewegung in den Jahren 2015/16 sehr viele Ausländer nach Deutschland kamen, hinsichtlich derer Deutschland von der Möglichkeit des „Selbstestritts“ Gebrauch machte, sie also nicht in die Erstaufnahmeländer zurückschickte und über deren Anträge auf internationalen Schutz selbst entschied.
- b. Zum Begriff des sicheren (europäischen) Drittstaats
240. Deutschland war nach der Vorstellung seines verfassungsändernden Gesetzgebers von 1993 von „sicheren (europäischen) Drittstaaten“ umgeben. Landsgrenzen hat Deutschland nur zu Mitgliedstaaten der Union und mit der Schweiz. Seegrenzen gibt es an der Ost- und Nordsee. Anrainer der Ostsee sind ebenfalls EU-Mitgliedstaaten sowie Norwegen und Russland. Anrainer der Nordsee sind – jedenfalls in für Flucht- und Asylfragen realistischer Entfernung – nur Mitgliedstaaten der Union und Norwegen (ggf. Island). Flucht und Migration aus Russland³⁴⁰ und Island nach Deutschland sind – im Vergleich zu anderen Herkunfts ländern – praktisch unbedeutend. Die Einreise über Flughäfen unterliegt Sonderregelungen. Der Schwerpunkt der Rechtsprechung zur Flucht und Einwanderung über sichere Drittstaaten betrifft deshalb Ausländer, die über die südlichen Nachbarstaaten nach Deutschland kamen und mithin über „sichere (europäische) Drittstaaten“ i. S. v. § 26a AsylG (d. h. EU-Mitgliedstaaten,³⁴¹ die Schweiz und Norwegen) einreisten.
241. Angesichts der ursprünglich großen praktischen Bedeutung des Begriffs sind in Deutschland nicht nur die wesentlichen Kriterien im Grundgesetz selbst angelegt, sondern auch die betreffenden Staaten unmittelbar durch Gesetz identifiziert. Dem liegt das (vom BVerfG sogenannte) „Konzept der normativen Vergewisserung“ zugrunde, d. h. der Gesetzgeber selbst prüft und entscheidet, welcher Staat „sicher“ ist; die Behörden und Gerichte sind im Grundsatz (zu den Ausnahmen sogleich) davon befreit, die Sicherheitssituation in Drittstaaten im Einzelfall zu prüfen.³⁴² Schon das Grundgesetz

340 Die Zahl der Antragssteller aus Russland ist nicht völlig unbedeutend, im Jahr 2017 (bis einschl. November) stellten 4627 Personen russischer Staatsangehörigkeit Asylanträge in Deutschland, das sind 2,5% aller Anträge (vergl. die November 2017 Zahlen des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge).

341 Zu den EU-Mitgliedstaaten siehe oben Rn. 231 und Fn. 326, 330.

342 Günther, in: BeckOK Ausländerrecht, 15. Aufl., Stand: 01.08.2017, § 26a AsylG, Rn. 9; ähnл., mit Zweifeln, Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 26a AsylG, Rn. 3 f.

selbst bestimmt, dass die Mitgliedstaaten der Europäischen Union als sicher gelten,³⁴³ und das AsylG regelt, dass die Schweiz und Norwegen weitere „sichere Drittstaaten“ sind (§ 26a i. V. m. Anlage I).

242. § 26a AsylG unterstellt damit pauschal, dass Ausländer in den so bezeichneten Drittstaaten sicher sind bzw. Schutz vor politischer Verfolgung hätten finden können. Damit sollte dem Ausländer das Argument entzogen werden, dass er auch im konkreten Fall in dem betreffenden Drittstaat nicht sicher sei.³⁴⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb die Feststellung des Gesetzgebers, ein Drittstaat biete die nötige Sicherheit vor Verfolgung, an eine ausführliche (aber nur beschränkt gerichtlich nachprüfbare) Prüfung durch den Gesetzgeber gebunden, dass die Anwendung der Genfer Konvention und der EMRK im Drittstaat sichergestellt ist (dazu genügt nicht der Beitritt zu den Übereinkünften; diese müssen innerstaatlich als verbindliche Rechtsquellen anerkannt und tatsächlich angewendet werden, einschließlich insbesondere des Verbots des Refoulement).³⁴⁵
243. Dennoch hat die Rechtsprechung die Möglichkeit und Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung in engen Grenzen anerkannt. Schon das Bundesverfassungsgericht selbst hatte auf die Gefahren hingewiesen, die sich aus einer normativen Bestimmung eines sicheren Drittstaates ergeben und die auch eine Berufung auf außergewöhnliche Umstände im Einzelfall ausschließen.³⁴⁶ Es erlaubt deshalb, dass ein Ausländer sich gegen eine Abschiebung in einen sicheren (europäischen) Drittstaat unter Hinweis auf solche außergewöhnlichen Umstände wenden kann, die im Rahmen der normativen Bestimmung von sicheren Drittstaaten nicht hätten berücksichtigt werden können.³⁴⁷ Man mag sich dennoch fragen, ob dieser Ansatz (und die Gesetzesystematik) den Anforderungen aus Art. 38 (2)c) bzw. 39 (3) der Richtlinie 2013/32 voll entspricht.
244. Nachdem das BVerfG im Rahmen der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Asylkompromisses im Detail festgestellt hatte, dass Österreich (bevor es Mitglied der Europäischen Gemeinschaft wurde) vom deutschen Gesetzgeber zurecht als sicherer Drittstaat eingestuft worden war,³⁴⁸ wird heute vor allem die Frage gestellt, ob diese Kriterien z. B. eine Abschiebung nach Bulgarien ausschließen. Darüber ist es zwischen den deutschen Verwal-

343 Es handelt sich hier um eine dynamische Verweisung, es sind also alle Mitgliedstaaten erfasst, die jeweils zum Zeitpunkt der Einreise Mitglieder der Europäischen Union sind, vgl. BVerfG, Urt. v. 14.05.1996 – 2 BvR 1938/93, u. a., BVerfGE 94, 49 = NVwZ 1996, 700 (705), Rn. 161, ebenso Günther, in: BeckOK Ausländerrecht, 15. Aufl., Stand: 01.08.2017, § 26a AsylG, Rn. 9.

344 BVerfG, ibid., ähnlich Günther, in: BeckOK Ausländerrecht, aaO. § 26a AsylG, Rn. 9.

345 BVerfG, Urt. v. 14.05.1996 – 2 BvR 1938/93, u. a., BVerfGE 94, 49, Rn. 158–173.

346 BVerfG, Urt. v. 14.05.1996 – 2 BvR 1938/93, u. a., BVerfGE 94, 49, Rn. 188.

347 BVerfG, Urt. v. 14.05.1996 – 2 BvR 1938/93, u. a., BVerfGE 94, 49, Rn. 189 f.; dabei hat das BVerfG fünf Fallgruppen erwähnt: drohende Todesstrafe, staatlich nicht verhinderte Verbrechen gegen den Asylbewerber, Versagung der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft im Drittstaat, plötzliche Lageänderung und Einzelverfolgung durch den Drittstaat, vgl. Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 26a AsylG, Rn. 14.

348 BVerfG, Urt. v. 14.05.1996 – 2 BvR 1938/93, 2 BvR 2315/93, BVerfGE 94, 49, Rn. 218 ff.

tungsgerichten und in der Literatur zu einem vielstimmigen Meinungsstreit gekommen,³⁴⁹ dem sich z. B. das OVG Koblenz mit dem Hinweis entzogen hat, die Einreise aus Bulgarien in den von ihm zu entscheidenden Fällen sei über Österreich erfolgt, das unstreitig ein sicheres Drittland sei.³⁵⁰ Folgt man dem jüngsten Vorlagebeschluss des BVerwG³⁵¹ an den EuGH, wonach der Begriff EU-konform auf Nicht-Mitgliedstaaten zu beschränken ist, wäre diese Diskussion weitgehend entschärft.

245. Die Praxis³⁵² und auch des Bundesverwaltungsgericht, unter Bezugnahme auf die Entscheidung des EuGH in Abdullahi,³⁵³ prüfen Risiken für einzelne Ausländer ggf. auf anderer Basis, nämlich im Rahmen der Frage, ob diese (zwangswise) in bestimmte Staaten abgeschoben werden können (gemäß §§ 34, 34a, 35 ff. AsylG). Das BVerwG hat entschieden, dass unabhängig von der Gewährung von Asyl jedenfalls eine Abschiebung von Asylsuchenden in einen sicheren (europäischen) Drittstaat dann nicht erfolgen darf, wenn der Betroffene „*systemische Mängel des Asylverfahrens und der Aufnahmeverbedingungen für Asylbewerber in diesem Mitgliedstaat geltend macht, die ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme darstellen, dass er tatsächlich Gefahr läuft, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung i. S. v. Art. 4 der GRCh ausgesetzt zu werden.*“³⁵⁴

c. Zum Begriff des „sonstigen (sicheren) Drittstaats“

246. Gemäß § 27 (2) AsylG gilt die (widerlegliche) Vermutung, dass ein Ausländer, der sich vor seiner Einreise nach Deutschland mehr als drei Monate in einem Drittstaat aufgehalten hat, dort vor politischer Verfolgung sicher war. Bei der Prüfung von Einwänden gegen eine solche Vermutung werden von den Gerichten vor allem drei Kriterien berücksichtigt: (i) bestand tatsächlich Verfolgungssicherheit? (ii) kann der Betroffenen im Drittstaat mit einer Mindestexistenzsicherung rechnen? und (iii) hatte der Ausländer seine Flucht im Drittstaat wirklich beendet (oder nur zur Vorbereitung der Weiterreise vorübergehend unterbrochen)? Dabei betrifft § 27 (2) AsylG zunächst nur den Ausschluss vom materiellen Asylrecht und nicht das Recht auf internationalen Schutz.³⁵⁵ Über die Verfahrensvorschrift des Art. 29 (1)Nr. 4) AsylG wirkt sich der Schutz in einem (sicheren) Drittstaat aber auch auf

³⁴⁹ Siehe z. B. VG Köln, Urt. v. 26.11.2015 - 20 K 712/15.A, BeckRS 2015, 55745; ECLI:DE:VKG:2015:1126.20K712.15.0A.;

³⁵⁰ OVG Koblenz v. 18.02.2016, 1 A 11081/14 OVG, mit einem Überblick über den Streitstand in Rn. 29.

³⁵¹ BVerwG, Beschluss v. 23.03.2017 1 C 20.16, aaO. (Fn. 326), Rn. 12-14.

³⁵² Günther, in BeckOK Ausländerrecht, 15. Aufl., Stand: 01.08.2017, § 26a AsylG, Rn. 9.

³⁵³ EuGH, C394/12, Abdullahi, ECLI:EU:C:2013:813, NVwZ 2014, 208 Rn. 60.

³⁵⁴ BVerwG, Urt. v. 27.10.2015 – 1 C 32/14, NVwZ 2016, 154.

³⁵⁵ BVerwG, Urt. v. 04.09.2012 – 10 C 13/11, NVwZRR 2013, 431, Rn. 14; Günther, in: BeckOK Ausländerrecht, 15. Edition, § 27 AsylG, Rn. 38.

- Anträge auf internationalen Schutz aus, weil § 29 AsylG für Asylanträge und Anträge auf internationalen Schutz gleichermaßen anwendbar ist.³⁵⁶
247. (i) Zur Frage der Prüfung der Sicherheit vor Verfolgung ist ein Urteil des BVerwG instruktiv, das einen türkischen Staatsangehörigen betrifft, der als Kämpfer für die PKK tätig war, im Nordirak gelebt und sich dann aber von der PKK abgewandt hatte und nach Deutschland floh:³⁵⁷
- „[Die Vorinstanz geht davon aus, dass der türkische] Kläger mehrere Jahre im Nordirak gelebt hat. Nach den tatrichterlichen Feststellungen spricht alles dafür, dass er dort vor einer Verfolgung durch den türkischen Staat sicher war und eine Lebensgrundlage nach Maßgabe der dort bestehenden Verhältnisse gefunden hat,³⁵⁸ eine Verfolgung seitens des Irak hat der Kläger selbst nicht behauptet. Damit greift die widerlegbare gesetzliche Vermutung des § 27 III 1 AsylVfG ein.*
- Daher hätte [die Vorinstanz] der Frage nachgehen müssen, ob der Kl. durch seine Abkehr von der PKK die im Nordirak bestehende Verfolgungssicherheit verloren hat. Denn § 27 AsylVfG findet keine Anwendung und die Schutzbedürftigkeit des Betroffenen lebt wieder auf, wenn der in einem anderen Land gewährte Schutz vor politischer Verfolgung durch Widerruf, praktischen Entzug oder aus anderen Gründen entfällt; dies gilt auch dann, wenn sich der Asylbewerber längere Zeit in dem Drittstaat aufgehalten hat. Einem Asylanspruch steht die anderweitige Verfolgungssicherheit allerdings dann entgegen, wenn der Asylbewerber auf den Verfolgungsschutz freiwillig verzichtet, etwa durch eine nicht erzwungene Ausreise aus dem Gebiet des ihm Schutz gewährenden Staates.³⁵⁹ Der Wegfall des Schutzes oder das Entstehen neuer Verfolgungsgefährdung durch die Abkehr von einer terroristischen Organisation – wie der PKK – steht einer freiwilligen Aufgabe der anderweitigen Sicherheit aber nicht gleich. [Die Vorinstanz] hätte daher prüfen müssen, welche Konsequenzen der Kläger als abtrünniges PKK-Mitglied im Irak zu befürchten hatte und ob seine Verfolgungssicherheit durch ggf. erfolgende Nachstellungen der PKK entfallen ist.“*
248. Das Urteil bestätigt, dass der Schutz vor Verfolgung im Drittstaat auf Dauer gewährleistet sein muss. Fällt der Schutz nachträglich weg, lebt das Recht, internationalen Schutz zu suchen, wieder auf, es sei denn, der Betroffene habe freiwillig auf seinen Schutz verzichtet.³⁶⁰
249. Für die Beurteilung der Frage, ob ein Ausländer in einem Drittstaat vor politischer Verfolgung sicher ist, ist nach der Rechtsprechung ein rein objektiver Maßstab anzulegen.³⁶¹ Ob Schutz vor politischer Verfolgung besteht, ist anhand von drei Hauptkriterien zu prüfen, nämlich (i) dass der Drittstaat selbst den Flüchtling nicht politisch verfolgt, dass er ihn (ii) bei der Einreise nicht zurückweist und dass er ihn (iii) nicht in einen Staat abschiebt, in dem

356 Günther, in: BeckOK Ausländerrecht, 15. Aufl. § 29 AsylG, Rn. 3.

357 BVerwG, Urt. v. 04.09.2012 – 10 C 13/11, NVwZRR 2013, 431, Rn. 12 f.

358 Unter Hinweis auf BVerwGE 78, 332 [344 ff.] = NVwZ 1988, 737.

359 Mit dem Hinweis: „so bereits: BVerwGE 90, 127 [135] = NVwZ 1992, 893, m. w. W. II“.

360 Kritisch Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 27 AsylG, Rn. 9-14.

361 BVerwGE 79, 347 = NVwZ 1988, 1136 (1136), BVerwGE 77, 150 = NVwZ 1987, 812 (812).

- ihm politische Verfolgung droht bzw. der ihn seinerseits im Wege der Kettenabschiebung in einen solchen Staat abschiebt.³⁶² Im Drittstaat muss zu dem gewährleistet sein, dass der Ausländer dort nicht Opfer von politischer Verfolgung durch den Herkunftsstaat werden kann (z.B. weil der Drittstaat dem Herkunftsstaat Entführungen oder Anschläge gegen „ihre“ Flüchtlinge erlaubt).
250. (ii) Zweitens gehört nach deutschem Verständnis zum Begriff der Sicherheit vor Verfolgung, dass dem Ausländer im Drittstaat ein gewisses Existenzminimum garantiert wird.³⁶³ Dazu dürften Wohnung, ausreichende Ernährung, Zugang zu medizinischer Grundversorgung, Schutz der körperlichen Unversehrtheit, die Möglichkeit der Religionsausübung, Zugang zu einfacher Schulbildung und ein Mindestmaß an Bewegungsfreiheit gehören.³⁶⁴ Nicht erforderlich ist ein mit Deutschland (oder dem ursprünglichen Heimatland) vergleichbarer Lebensstandard.³⁶⁵
251. (iii) Für den Ausschluss eines Menschen vom internationalen Schutz in Deutschland gemäß § 27 (1) AsylG ist außerdem erforderlich, dass er seine Flucht in dem Drittstaat beendet hat, aus dem er einreist. War seine Flucht in dem Drittstaat noch nicht beendet, weil zwischen Verfolgung und Flucht des Ausländers und seiner Einreise nach Deutschland – trotz des Zwischenaufenthalts im Drittstaat – noch ein kausaler Zusammenhang besteht, begründet § 27 AsylG nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur keinen Ausschluss.³⁶⁶ Besonders darin unterscheidet sich der Ausschluss in § 29 (1) 4) i. V. m. § 27 AsylG von dem in § 29 (1) 3) i. V. m. § 26a AsylG.
252. Dies ist dem Wortlaut von § 29 (1) 4) i. V. m. § 27 (1) AsylG zwar nicht unmittelbar zu entnehmen. Allerdings ist in § 27 (3) AsylG davon die Rede, Schutz im Drittstaat werde (erst) vermutet, wenn sich der Ausländer drei Monate dort aufgehalten habe (weil dies ein Indiz für Eingewöhnung dort ist). Außerdem wird auf die Gesetzesmaterialien verwiesen: Im Innenausschuss des Deutschen Bundestages³⁶⁷ seien Zwischenaufenthalte während der Flucht als mögliche unschädliche Ereignisse angesehen worden.³⁶⁸ Schließlich entspricht dieser Ansatz auch der Gesetzessystematik: Der Gesetzgeber hat bei der Einführung von § 26a AsylG (der ausdrücklich nur auf

362 Einhaltung des Refoulementverbots nach Art. 33 (1) GFK; vgl. BTDRs. 10/6416, S. 20 f.; 9/1630, S. 16; BVerfG NVwZ 1992, 659 (659); BVerwGE 69, 289 = NVwZ 1984, 732 (733).

363 BVerwG NVwZ 1988, 737 (740); dessen Umfang ist allerdings umstritten, der Gesetzgeber hat wohl versucht, als Reaktion auf das vorgenannte Urteil, das Kriterium zu relativieren, vgl. dazu Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 27 AsylG, Rn. 38 f., m.w.N.

364 Vgl. Günther in: BeckOK AuslR/ AsylG § 27, Rn. 1315; Ott in: GKAsylVfG, § 27, Rn. 83 ff.

365 Günther in: BeckOK AuslR/ AsylG § 27, Rn. 14.

366 BVerwG InfAuslR 1990, 206 (208); NVwZ 1988, 737 (740); Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 27 AsylG, Rn. 27-31.

367 Vgl. Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 27 AsylG, Rn. 28, unter Hinweis auf BTDRs. 10/3678, S. 5; 10/6416, S. 21.

368 Vgl. BVerwG NVwZ 1988, 1136 (1137); Ott in: GKAsylVfG § 27 Rn. 42; kritisch, hinsichtlich der Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien, Günther in: BeckOK AuslR/ AsylG § 27, Rn. 17.

die Einreise des Ausländer aus einem sicheren (europäischen) Drittstaat abstellt) den Wortlautunterschied zu § 27 AsylG entstehen lassen, obwohl bekannt war, dass die Rechtsprechung für einen Ausschluss des Rechts auf internationalen Schutz gemäß § 27 AsylG (oder seiner Vorgängervorschrift) ein Ende der Flucht im Drittstaat forderte.³⁶⁹

253. Insgesamt lässt sich feststellen, dass Fragen der Konsequenzen von Schutz in sicheren Drittstaaten in Deutschland bisher vornehmlich anhand der im nationalen Bereich entwickelten Kriterien diskutiert werden. Die Mindestanforderungen der Richtlinie 2013/32/EU werden dabei inhaltlich weitgehend eingehalten³⁷⁰ und die Notwendigkeit einer EU-rechtskonformen Auslegung des deutschen Asylrechts betont,³⁷¹ aber ihre Relevanz für die Auslegung der nationalen Begriffe ist bisher nur selten im Einzelnen erörtert worden.³⁷² Der Beschluss des BVerwG³⁷³ vom März 2017 mag insoweit einen Wendepunkt in der Wahrnehmung der Bedeutung des EU-Rechts auch in diesem Bereich darstellen.

C. Frage 24

24. Nach den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 26./27.6.2014, die die strategischen Leitlinien der gesetzgeberischen und operativen Programmplanung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts definierten, „[kann] eine dauerhafte Lösung nur durch eine Intensivierung der Zusammenarbeit mit den Herkunfts- und Transitländern gefunden werden, u. a. indem diese beim Ausbau ihrer Kapazitäten zur Migrationssteuerung und zum Grenzmanagement unterstützt werden. Die Migrationspolitik muss viel stärker integraler Bestandteil der Außen- und Entwicklungspolitik der EU werden, indem der Grundsatz ‚mehr für mehr‘ angewandt und auf dem Gesamtansatz für Migration und Mobilität aufgebaut wird“ (Punkt I.8). Diesen Gesamtansatz hatte die Kommission in ihrer Mitteilung vom 18.11.2011, KOM (2011) 743 final vorgestellt (vgl. auch die Mitteilung vom 21.2.2014, KOM(2014) 96 final). Weil „es von wesentlicher Bedeutung [ist], unseren Partnern gegenüber in enger Zusammenarbeit mit allen Mitgliedstaaten deutlich zu machen, dass eine Lösung für die irregulären und unkontrollierten Wanderbewegungen eine Priorität für die Union als Ganzes darstellt“, hat die Kommission ein „neues, auf konkrete Ergebnisse ausgerichtetes Konzept“ vorgeschlagen, nämlich einen neuen Partnerschaftsrahmen mit den Drittstaaten,

369 Vgl. Günther in: BeckOK AuslR/ AsylG § 27, Rn. 17.

370 Fragen hinsichtlich der Einhaltung europarechtlicher Vorgaben mögen sich z.B. hinsichtlich der Frage stellen, ob die Rechtsprechung Antragstellern ausreichend Raum gibt, um ihre gesetzlich vermutete Verfolgungssicherheit (§ 26a AsylG) im Einzelfall zu widerlegen (gemäß Art. 38 (2) c) und Art. 39 (2) Richtlinie 2013/32, aaO.(Fn.323)).

371 Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 26a AsylG, Rn. 1.

372 Vgl. etwa den Überblick bei Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, aaO. Vorbemerkung, Rn. 20-35.

373 BVerwG, Beschluss v. 23.03.2017 1 C 20.16, aaO. (Fn. 326), Rn. 12-14.

der in die europäische Migrationsagenda eingebunden ist (Mitteilung vom 7.6.2016, KOM(2016) 385 final und vom 18.10.2016, KOM(2016) 700 final). Schließlich hat der Europäische Rat in seinen Schlussfolgerungen vom 20./21.10.2016 unterstrichen, dass bei der „Umsetzung des Partnerschaftsrahmens für die Zusammenarbeit mit einzelnen Herkunfts- oder Transitländern [...] der Schwerpunkt zunächst auf Afrika liegen wird“ (Punkt 4).

Was werden nach Ihrer Auffassung die praktischen Auswirkungen des Gesamtansatzes auf das Problem der Migration und der Mobilität sein? Glauben Sie, dass der neue Partnerschaftsrahmen mit den Drittstaaten den Gesamtansatz verdrängt und ersetzt? Wenn ja, in welchem Ausmaß? Unterhält Ihr Mitgliedstaat besondere Beziehungen mit Drittstaaten, „die auf Jahrzehntelang gepflegte politische, historische und kulturelle Bindungen und Kontakte zurückzuführen sind“ und „zum Nutzen der EU voll ausgeschöpft werden“ sollten und/oder „umfassende bilaterale Beziehungen zu einem bestimmten Partnerland“, so dass Ihr Mitgliedstaat „in vollem Umfang an den Diskussionen zwischen der EU und diesem Land“ beteiligt sein sollte (Vgl. KOM(2016) 385 final, S. 9)? Hat Ihr Staat bereits bilaterale oder multilaterale Übereinkünfte mit afrikanischen Staaten abgeschlossen, die als Beispiel für die Umsetzung der Übereinkünfte zwischen der EU und den vorrangigen afrikanischen Ländern dienen können?

254. Gemäß Art. 68 AEUV legt „der Europäische Rat die strategischen Leitlinien für die gesetzgeberische und operative Gesamtplanung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts fest.“ Dabei handelt der Rat in der für das Gremium üblichen Form, nämlich durch die Annahme von Schlussfolgerungen.³⁷⁴
255. Die Rechtsnatur solcher Leitlinien ist in der deutschen Literatur umstritten. Einige sehen die Aufgaben des Europäischen Rats im Rahmen von Art. 68 AEUV als Ausprägung seiner allgemeinen politischen Funktion i. S. v. Art. 15 EUV an, sodass seine Beschlüsse keinen Legislativcharakter und keine Bindungswirkungen für die Kommission und ihr Initiativerecht entfalten.³⁷⁵ Andere sehen Art. 68 AEUV eher als *lex specialis*, die es dem Europäischen Rat ermöglicht, der Kommission auch rechtlich bindende Leitlinien vorzugeben (die allerdings Raum lassen müssen für ein Umsetzungs- und Initiativermess der Kommission).³⁷⁶ Deren Verbindlichkeit würde die Kommission verpflichten, sich bei Vorschlägen für Legislativakte nicht in Gegensatz zu den Vorgaben des Europäischen Rates zu stellen, ohne zugleich echte Legislativmaßnahmen des Europäischen Rates (in den

374 Vgl. Breitenmoser/Weyeneth, in: von der Groeben, Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 68 AEUV, Rn. 11.

375 Vgl. Breitenmoser/Weyeneth, in: von der Groeben, Europäisches Unionsrecht, aaO. (Fn. 3), Art. 68 AEUV, Rn. 11, 13 ff.; unter Hinweis auf Herrnfeld, in: Schwarze, aaO. Art. 68 Rn. 2.

376 Röben, in Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 68 AEUV, Rn. 5, wohl auch Hoppe, in Lenz, aaO. (Fn.); Art. 68, Rn. 2).

Handlungsformen von Art. 288 AEUV) zu ermöglichen.³⁷⁷ Der Rat hatte Vorschläge der Kommission, die von dem vom Europäischen Rat vorgegebenen Rahmen abwichen, ausdrücklich missbilligt,³⁷⁸ ein Zeichen für eine wohl mehr als nur politische Bindung der Kommission.³⁷⁹

256. Angesichts der historisch engen Bindung der Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres an die Vorgaben der Mitgliedstaaten und der „Souveränitätsnähe“ der Vorschriften spricht manches dafür, die Regelungen zur Rolle des Europäischen Rates als *lex specialis* einzurichten und ihren Leitlinien (die ja sogar operationelle Fragen mit umfassen können) eine gewisse rechtliche Verbindlichkeit zuzuschreiben, die über die unstreitig bestehende politische Bindung hinausgeht. Andererseits ist der Europäische Rat als Institution mit der erklärten Absicht geschaffen worden, darin ein politisches Entscheidungs- und Koordinationsorgan zu schaffen, zu dessen Aufgaben der Erlass verbindlicher Rechtsakte (jedenfalls in den Handlungsformen des Art. 288 AEUV) gerade nicht gehört. Jedenfalls aber muss der Kommission ein eigener Handlungs- und Ermessensspielraum bei der Umsetzung der Vorgaben des Europäischen Rates erhalten bleiben. Dabei wird es nicht erforderlich sein, dass der Europäische Rat immer zuerst Leitlinien erlässt und dann die Kommission Vorschläge formuliert, vielmehr wird in der Praxis die Kommission oft – in Konsultationen mit den Mitgliedstaaten – Vorschläge machen, die der Europäische Rat dann nachträglich gutheißen.
257. Hinsichtlich der Frage nach dem Verhältnis der verschiedenen in Frage 24 erwähnten Rechtsakte ist deshalb erstens festzustellen, dass der „Gesamtansatz“ der Kommission,³⁸⁰ sich in die Vorgaben des Europäischen Rates einfügt, wie sie sich aus dem sog. Stockholmer Programm als auch den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 23. und 24. Juni 2011 er-

³⁷⁷ So etwa Röben, in Grabitz, aaO. (Fn. 3), Art. 68 AEUV, Rn. 9 („keine Durchbrechung von Art. 15 (1) 2 EUV, wonach der ER nicht gesetzgeberisch tätig wird“), unter Hinweis auf die Tatsache, dass der Rat die abschließende Entscheidung über verbindliche Maßnahmen treffe.

³⁷⁸ Der Rat Justiz und Inneres beschloss auf seiner Sitzung v. 03./04.06.2010 (Dokument 10630/2010, S. 34) die Schlussfolgerungen des Rates „zur Mitteilung der Kommission „Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts für die Bürger Europas – Aktionsplan zur Umsetzung des Stockholmer Programms“ (Dokument 9935/10), in denen er „nachdrücklich betont, dass das Stockholmer Programm den alleinigen Bezugsrahmen für die politische und operative Agenda der Europäischen Union im Bereich des Rechts, der Sicherheit und der Freiheit darstellt“; lediglich „Kenntnis nimmt“ von der Mitteilung der Kommission „Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts für die Bürger Europas“ und zugleich feststellt „dass einige der von der Kommission vorgeschlagenen Maßnahmen nicht im Einklang mit dem Stockholmer Programm stehen und andere, die zum Stockholmer Programm gehören, in der Mitteilung der Kommission nicht behandelt werden“, und die „Kommission in dieser Hinsicht nachdrücklich [auffordert], nur die Initiativen zu ergreifen, die voll und ganz mit dem Stockholmer Programm im Einklang stehen.“.

³⁷⁹ Siehe dazu V. Mitsilegas, European Criminal Law and Resistance to Communautarisation after Lisbon, 1 New Journal of European Criminal Law [2010], 458 (467), Suhr, in: Callies Ruffas, aaO. (Fn.), Art. 68 AEUV, Rn. 5.

³⁸⁰ Mitteilung der Kommission (...), Gesamtansatz für Migration und Mobilität v. 18.11.2011, KOM(2011) 743 endg. („Gesamtansatz“).

- gaben.³⁸¹ Der „Partnerschaftsrahmen“³⁸² wurde von der Kommission als Teil der Implementierung der Europäischen Migrationsagenda³⁸³ vorgeschlagen und vom Europäischen Rat am 28. Juni 2016 gebilligt³⁸⁴. Daher sind sowohl der Gesamtansatz als auch der Partnerschaftsrahmen von Beschlüssen des Europäischen Rates und damit dessen Leitlinien gedeckt.
258. Der Gesamtansatz stammt aus 2011 und mithin vor der Zeit der großen Migrationsströme der Jahre 2015/16. Er widmet sich zwar auch den Fragen der Migrationssteuerung und der Abwehr illegaler Migration, der Blickwinkel ist aber weiter, denn es geht bei dem Gesamtansatz um „*eine engere Verzahnung zwischen den relevanten EU-Politikbereichen und zwischen der externen und der internen Dimension der Politik in diesen Bereichen.*“³⁸⁵ Der „Gesamtansatz“ betont seinen globalen Ansatz und nennt vier „Säulen“, um die es geht, nämlich (i) um legale Migration, z. B. für hochqualifizierte Bewerber, die außerhalb von Flucht und Vertreibung als für die wirtschaftliche Entwicklung notwendig oder wenigstens wünschenswert angesehen werden, (ii) irreguläre Migration, (iii) internationalen Schutz und Asyl und (iv) die Auswirkung von Migration auf Entwicklung.
259. Die Vorschläge zur Migrationsagenda (2015) und auf deren Basis den Partnerschaftsrahmen sind demgegenüber auf die konkreten Probleme im Zusammenhang mit der Flüchtlingskrise von 2015/16 fokussiert. Ziel ist die effektive Steuerung von irregulären Migrationsströmen, vor allem aus dem Nahen Osten und Nordafrika, die mögliche Identifizierung und Rückführung illegaler Migranten sowie die Bekämpfung von Fluchtsachen, auch unter Einsatz finanzieller Mittel der Union.
260. Drei Faktoren bestimmen deshalb aus juristischer Sicht das Verhältnis zwischen dem Gesamtansatz einerseits und der Migrationsagenda mit den Partnerschaftsrahmen andererseits: Beide Programme sind zulässige Beschreibungen des politischen Handlungswillens der Union, aber letztere sind zum einen als *lex posterior* und zum anderen als *lex specialis* gegenüber dem Gesamtansatz vorrangig, aber eben nur soweit die Migrationsagenda und die Partnerschaftsrahmen geographisch und inhaltlich Themen abdecken, die auch im Gesamtansatz enthalten sind. Soweit der Gesamtansatz andere Themen und Regionen anspricht, bleiben diese Regelungen wirksam und Ausdruck der politischen Agenda der Union.

381 Das Stockholmer Programm: Ratsdokument 17024/09 – Annahme durch den Europäischen Rat am 1./2.12.2009; Schlussfolgerungen des Europäischen Rates v. 23/24.06.2011; EUCO 23/11.

382 Mitteilung der Kommission (...) über einen neuen Partnerschaftsrahmen für die Zusammenarbeit mit Drittländern im Kontext der Europäischen Migrationsagenda, v. 07.06.2016, KOM(2016) 385, sowie Mitteilung der Kommission, Erster Fortschrittsbericht über den Partnerschaftsrahmen für die Zusammenarbeit mit Drittländern im Kontext der Europäischen Migrationsagenda, v. 18.10.2016, KOM(2016) 700; („Partnerschaftsrahmen“).

383 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, (...): Die europäische Migrationsagenda, v. 13.05.2015, KOM(2015) 240 final.

384 Tagung des Europäischen Rates (28.06.2016) – Schlussfolgerungen, EUCO 26/16 Abschnitt Migration.

385 Gesamtansatz, aaO. (Fn. 380), S. 3.

261. Insoweit wird der Gesamtansatz teilweise durch die Migrationsagenda und die Vorschläge zu Partnerschaftsrahmen verdrängt, aber nicht ersetzt.
262. Deutschland pflegt keine besonderen Beziehungen mit afrikanischen Drittstaaten oder Drittstaaten im Nahen Osten³⁸⁶, „die auf Jahrzehntelang gepflegte politische, historische und kulturelle Bindungen und Kontakte zurückzuführen sind“ und „zum Nutzen der EU voll ausgeschöpft werden“ sollten, und/oder „umfassende bilaterale Beziehungen zu einem bestimmten Partnerland.“ Dennoch wird es wegen seiner Rolle in der Union und angesichts der besonders vielen Flüchtlinge, die in Deutschland aufgenommen wurden, ein Interesse haben, „in vollem Umfang an den Diskussionen zwischen der EU und diesem Land“ (also den Ländern, aus denen ein Großteil der Flüchtlinge kommt) beteiligt zu sein.
263. Deutschland hat, mit Ausnahme verschiedener Rückführungsabkommen (dazu unter Frage 25), keine besonderen bilateralen oder multilateralen Übereinkünfte mit afrikanischen Staaten abgeschlossen, die als Beispiel für Übereinkünfte zwischen der EU und den vorrangigen afrikanischen Ländern dienen könnten.

D. Frage 25

25. Seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam besitzt die Union die Zuständigkeit zum Abschluss von Übereinkünften mit Drittländern über die Rückübernahme von den Drittstaatsangehörigen, die die Voraussetzungen für die Einreise in das Hoheitsgebiet eines der Mitgliedstaaten oder die Anwesenheit oder den Aufenthalt in diesem Gebiet nicht oder nicht mehr erfüllen (Artikel 79 (3) AEUV), in ihr Ursprungs- oder Herkunftsland. Dennoch wird generell davon ausgegangen, dass diese Mitgliedstaaten dennoch nach wie vor die Zuständigkeit haben, selbst mit Drittländern derartige Übereinkünfte auf bilateraler oder multilateraler Ebene zu schließen. Darüber hinaus stellt die Verordnung 2016/1624 vom 14.9.2016 über die Europäische Grenz- und Küstenwache fest, dass „das etwaige Bestehen einer Vereinbarung zwischen Mitgliedstaaten und einem Drittstaat die Agentur oder die Mitgliedstaaten nicht von ihren Verpflichtungen nach dem Recht der Union oder dem Völkerrecht, insbesondere hinsichtlich der Einhaltung des Grundsatzes der Nicht-Zurückweisung, entbinden [kann]“ (Punkt 36).

Sind Sie der Meinung, dass die von Mitgliedstaaten geübte Praxis des Abschlusses von Übereinkünften über die Rückübernahme mit Drittstaaten insbesondere mit Artikel 79 (3) oder Artikel 3 (2) AEUV vereinbar ist? Wenn ja, in welchem Verhältnis sollten die Vereinbarungen über die Rückübernahme, die einerseits von der Union mit Drittländern geschlossen wurden, zu denjenigen stehen, die Mit-

386 Die besonderen Beziehungen Deutschlands zu Israel spielen in diesem Zusammenhang keine Rolle.

gliedstaaten mit dem gleichen Drittland geschlossen haben? Hat Ihr Staat seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam eine Übereinkunft über die Rückübernahme geschlossen? Ist er an Vereinbarungen über die Rückübernahme gebunden, die „problematische Klauseln“ enthalten, wie die Klausel, die ein vereinfachtes Verfahren für die Rückübernahme illegaler Einwanderer vorsieht – eine Klausel, die vom EMRK-Gericht in Straßburg als Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention angesehen wurde (siehe Urteil vom 1.9.2015, Khalfia u. a. gegen Italien, Nr. 16483/12, Paragraph 45)?

264. Die Frage 25 der Generalberichterstatter betrifft das Verhältnis der Vertragschlusskompetenz nach Art. 79 (3) AEUV und dem Bestand an sekundärrechtlichen Regelungen über die Ausreise und von Rücknahmeverträgen der EU und der Mitgliedstaaten zu der allgemeinen Vorschrift in Art. 3 (2) hinsichtlich der Außenkompetenzen der Union in diesem Bereich.
265. Zur Analyse der Frage empfiehlt es sich, zunächst vor dem Hintergrund von Art. 3 (2) AEUV und des sekundärrechtlichen Bestandes an Regelungen zu Ausreisepflichten und Rücknahme die Kompetenzen zu Art. 79 (3) AEUV zu betrachten, um sodann hinsichtlich der Abkommen Deutschlands zu prüfen, ob die Vereinbarung weiterer Abkommen oder die Änderungen bestehender Abkommen gemäß Art. 3 (2) AEUV unzulässig wären und ob der Inhalt der Abkommen im Vergleich mit den Vorgaben der völkerrechtlichen Verpflichtungen problematisch ist.

1. Die Kompetenzstruktur im Bereich von Art. 79 (3) AEUV

266. Die ausdrückliche Vertragsschlusskompetenz der Union aus Art. 79 (3) AEUV begründet gemäß Art. 216 (1) 1. Alternative AEUV das Recht der Union, „mit einem oder mehreren Drittländern oder einer oder mehreren internationalen Organisationen eine Übereinkunft [zu] schließen“, weil „dies in den Verträgen vorgesehen ist.“ Diese Vertragsschlusskompetenz wird der Union im Bereich des „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ zugewiesen, einem Bereich der geteilten Zuständigkeit zwischen Mitgliedstaaten und Union gemäß Art. 4 (2) j) AEUV; dies gilt deshalb zunächst auch für die Außenkompetenz.
267. Die geteilte Zuständigkeit kann aber, wenn die Union in einem Bereich sekundärrechtliche Maßnahmen erlässt und insbesondere wenn sie einen Bereich im Wesentlichen vollständig regelt (z. B. im Sinne einer „Vollharmonisierung“), gemäß Art. 3 (2) AEUV zu einer „ausschließlichen Zuständigkeit für den Abschluss internationaler Übereinkünfte“ erstarken (3. Alternative), „soweit [der Abschluss von Abkommen der Mitgliedstaaten]³⁸⁷ gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte.“

³⁸⁷ Zu der missverständlichen Formulierung von Art. 3 (2) 3. Alternative AEUV siehe oben Kapitel 1, Rn. 15, a.E., m.w.N. in Fn. 29.

268. Fragen der Ausreise und Rückführung von Staatsangehörigen von Drittstaaten, insbesondere der erzwungenen Ausreise für den Fall, dass ein Aufenthaltsrecht in der Union nicht oder nicht mehr besteht, regelt die Richtlinie 2008/115/EG,³⁸⁸ die auf der Grundlage von ex-Art. 63 (3) b) EGV (der fast wortgleichen Vorgängervorschrift zum heutigen Art. 79 (2) c) AEUV) erlassen wurde.
269. Die Richtlinie regelt die grundsätzliche Rückkehrpflicht von Drittstaatsangehörigen, denen kein Aufenthaltsrecht mehr zusteht, und eine Pflicht der Mitgliedstaaten, entsprechende Rückkehrentscheidungen zu treffen, die Möglichkeit, dieser Pflicht durch freiwillige Ausreise zu entsprechen, sowie die Möglichkeit, insbesondere wenn eine freiwillige Ausreise nicht erfolgt, die Ausreise zwangsweise durchzusetzen (Abschiebung). Die Richtlinie regelt eine Reihe von Ausnahmen und Grenzen (für Minderjährige, sonstige Schutzbedürftige etc.) und verpflichtet die Mitgliedstaaten, „*im Einklang mit den Grundrechten als allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschafts- und des Völkerrechts, einschließlich der Verpflichtung zum Schutz von Flüchtlingen und zur Achtung der Menschenrechte,*“ vorzugehen. Dazu werden eine Reihe von Verfahrensgarantien vorgesehen.
270. Zugleich heißt es in der Richtlinie (Ziffer 8 der Erwägungsgründe): „*Die Notwendigkeit gemeinschaftlicher und bilateraler Rückübernahmeabkommen mit Drittländern zur Erleichterung des Rückkehrprozesses wird hervorgehoben. Die internationale Zusammenarbeit mit den Herkunftsländern in allen Phasen des Rückkehrprozesses ist eine Voraussetzung für die Erziehung nachhaltiger Rückführungen.*“ Außerdem ist in Art. 4 der Richtlinie geregelt, dass „*günstigere Bestimmungen von [...] bilateralen oder multilateralen Vereinbarungen zwischen einem Mitgliedstaat oder mehreren Mitgliedstaaten und einem Drittland oder mehreren Drittländern*“ von den Regelungen der Richtlinie unberührt bleiben.
271. Hinweise auf die fortbestehende Bedeutung bilateraler Abkommen in diesem Bereich enthält auch die in Frage 25 erwähnte Verordnung 2016/1624:³⁸⁹ „*Das etwaige Bestehen einer Vereinbarung zwischen Mitgliedstaaten und einem Drittstaat kann die Agentur oder die Mitgliedstaaten nicht von ihren Verpflichtungen nach dem Recht der Union oder dem Völkerrecht, insbesondere hinsichtlich der Einhaltung des Grundsatzes der Nicht-Zurückweisung, entbinden*“ (Punkt 36).
272. Soweit die Union schließlich selbst Rückführungsabkommen abgeschlossen hat, hat sie in diesen die Möglichkeit für Mitgliedstaaten vorgesehen, Zusatzprotokolle abzuschließen. Als Beispiel mag das Rückübernahmeabkom-

³⁸⁸ Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. 2008 L 348/98.

³⁸⁹ Verordnung (EU) 2016/1624 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.09.2016 über die Europäische Grenz- und Küstenwache, ABl. 2016 L 251/1.

men mit Serbien aus 2007 dienen.³⁹⁰ Dieses Abkommen regelt die Bereitschaft der Vertragspartner, ihre eigenen Staatsangehörigen auch dann „zurückzunehmen“ (sie also wiedereinreisen zu lassen), wenn diese keine Reisedokumente (Pässe, Personalausweise etc.) (mehr) haben oder deren Gültigkeit abgelaufen ist. In dieser Situation ist nämlich die Durchführung von Abschiebungen und anderen Formen der Ausreise unter Zwang praktisch unmöglich. Es ist deshalb erforderlich, dass der Zielstaat der Ausreise den Ausreisepflichtigen auch einreisen lässt und dafür die technischen Verfahren geregelt werden, in deren Rahmen das Zielland seine Bereitschaft bestätigt, die Staatsangehörigen zurückzunehmen (zumeist durch Anerkennung auch abgelaufener Reisedokumente des Ziellandes oder (bei deren Fehlen) durch Ausstellung eines Heimreisedokuments als Passersatz). Art. 19 des EU-Abkommens mit Serbien sieht ausdrücklich den Abschluss von Durchführungsprotokollen mit einzelnen Mitgliedstaaten vor, die weitere Details regeln können. Vier Jahre später vereinbarten Deutschland und Serbien ein solches bilaterales Durchführungsprotokoll.³⁹¹

273. Vor dem Hintergrund dieser Situation spricht zunächst viel für die Annahme einer ausschließlichen Zuständigkeitsbegründung für die Union gemäß Art. 3 (2) AEUV. Der Umfang und die Regelungsdichte der Richtlinie 2008/115 zeigen, dass die Union auf der Grundlage ihrer geteilten Zuständigkeit zum Erlass von Binnenregelungen tatsächlich weitreichende Regelungen erlassen hat. Abkommen der Mitgliedstaaten könnten deshalb gemäß Art. 3 (2) 3. Alternative „gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern“, wie allein schon die Tatsache zeigt, dass die Richtlinie bestehende Abkommen der Mitgliedstaaten insofern unberührt lässt, als diese Abkommen für die Drittstaatsangehörigen günstigere Regelungen vorsehen als die Richtlinie.
274. Gegen eine ausschließliche Zuständigkeit der Union könnte Folgendes sprechen:
 - Die sekundärrechtlichen Regeln sind vor allem als Richtlinien ausgestaltet, die den Mitgliedstaaten einen gewissen Umsetzungsspielraum überlassen, den diese deshalb auch im Bereich der Außenzuständigkeiten haben sollten.
 - Die sekundärrechtlichen Regeln betonen selbst die Notwendigkeit auch bilateraler Rückführungsabkommen der Mitgliedstaaten.
 - Die von der EU abgeschlossenen Rückführungsabkommen enthalten die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, Zusatzprotokolle zu vereinbaren.

390 Beschluss des Rates v. 08.11.2007 (2007/819/EG) über den Abschluss des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Republik Serbien über die Rückübernahme von Personen mit unbefugtem Aufenthalt, ABl. 2007 L 334/45 ff.

391 Durchführungsprotokoll v. 11.03.2011 zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Republik Serbien zum Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Republik Serbien über die Rückübernahme von Personen mit unbefugtem Aufenthalt, BGBl. 2011 Nr. 34 II-1367 ff.

275. Allerdings zeigen die tatsächlich abgeschlossenen Rückführungsabkommen der Union, dass (i) ein gemeinschaftliches Vorgehen das Ziel, einheitliche Regelungen zu erzielen, umfassender und konsistenter erreicht, (ii) technische Regelungsbedürfnisse der Mitgliedstaaten durch das Recht gewahrt werden können, eigene Zusatzprotokolle zu vereinbaren, und (iii) solche Zusatzprotokolle auf der Grundlage eines gemeinsamen Abkommens leichter auch für andere Mitgliedstaaten erreichbar sind.³⁹²
276. Deshalb komme ich vor dem Hintergrund des Detailreichtums des Sekundärrechts und der Risiken von Störungen für die Entwicklung einer gemeinsamen Politik in diesem Bereich zu dem Ergebnis, dass die besseren Argumente dafür sprechen, der Union auch hinsichtlich ihrer Außenbeziehungen beim Abschluss von Rückführungsabkommen eine ausschließliche Kompetenz zuzugestehen. Eine herrschende Meinung zu dieser Frage habe ich in der deutschen juristischen Literatur allerdings nicht feststellen können.
277. Mit einem solchen Ergebnis ist allerdings die Frage der verbleibenden Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten noch nicht abschließend beantwortet. Art. 2 (1) AEUV regelt nämlich: „Übertragen die Verträge der Union für einen bestimmten Bereich eine ausschließliche Zuständigkeit, so kann nur die Union gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen; die Mitgliedstaaten dürfen in einem solchen Fall nur tätig werden, wenn sie von der Union hierzu ermächtigt werden, oder um Rechtsakte der Union durchzuführen.“³⁹³ (Hervorhebung durch den Verfasser).
278. Die verschiedenen, oben zitierten Bezugnahmen (Rn. 270 - 271) auf die fortbestehende Bedeutung von bilateralen Abkommen der Mitgliedstaaten haben gerade vor diesem Hintergrund rechtliche Wirkungen. Sie sind jedenfalls als ausdrückliche Ermächtigung an die Mitgliedstaaten zu verstehen, bestehende bilaterale Abkommen beizubehalten und entsprechend den unionalen Regelungen fortzuentwickeln. Das gleiche gilt hinsichtlich der bereits abgeschlossenen Rückführungsabkommen der Union für die ausdrückliche Zulassung von Zusatzprotokollen.

2. Die Abkommen Deutschlands

279. Deutschland hat mit einer Reihe von Mitgliedstaaten und Drittstaaten Abkommen über die Rückführung von Personen vereinbart, die nicht (mehr) berechtigt sind, sich in Deutschland aufzuhalten. Eine Liste solcher Abkommen hat das deutsche Bundesministerium des Innern veröffentlicht.³⁹⁴

³⁹² Vgl. etwa Art. 19 (3) des Abkommens mit Serbien: „Serbien erklärt sich bereit, jede Bestimmung eines mit einem Mitgliedstaat vereinbarten Durchführungsprotokolls auch in seinen Beziehungen zu jedem anderen Mitgliedstaat anzuwenden, der darum ersucht.“.

³⁹³ Diese Möglichkeit der Rückermächtigung war auch vor dem Vertrag von Lissabon bereits von der Rechtsprechung anerkannt, Art. 2 (1) AEUV kodifizierte also nur die bestehende Rechtslage; vgl. EuGH, Urt. v. 18.2.1986, Rs 174/84, Bulk Oil, Slg. 1986, 559.

³⁹⁴ Bundesministerium des Innern, Abkommen zur Erleichterung der Rückkehr ausreisepflichtiger Ausländer, Stand 04/2017.

280. Diese Abkommen (z. T. in der Form einfacher Protokolle) regeln (ähnlich wie die unionseigenen Abkommen, siehe oben Rn. 272) (i) die Bereitschaft der Vertragspartner Deutschlands, ihre eigenen Staatsangehörigen, die zur Ausreise aus Deutschland verpflichtet sind, auch dann wiedereinreisen zu lassen, wenn diese keine gültigen Reisedokumente (Pässe, Personalausweise etc.) (mehr) haben, und (ii) deren Fehlen durch Ausstellung eines Heimreisedokuments („*laissez passer*“)³⁹⁵ zu kompensieren. Darüber hinaus gibt es einige Durchreise- oder Durchbeförderungsabkommen im Zusammenhang mit der Rückkehr von ehemals jugoslawischen Staatsangehörigen in das Kosovo, die heute keine große praktische Bedeutung mehr haben.³⁹⁶
281. Seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon sind vergleichbare bilaterale Abkommen vor allem als Durchführungsabkommen in Ergänzung zu EU-Abkommen abgeschlossen worden.³⁹⁷ Als Beispiel mag das oben erwähnte EU-Abkommen mit Serbien dienen, hinsichtlich dessen (und auf der Basis von Art. 19 des EU-Abkommens) Deutschland und Serbien 2011 ein bilaterales Durchführungsprotokoll vereinbart haben, das Detailregelungen zur Kommunikation zwischen den Behörden und zur Identifikation der Ausreisepflichtigen enthält.³⁹⁸
282. Rechtlich interessant ist insoweit die bereits im Rahmen von Kapitel 1 (s.o. Rn. 70 ff.) diskutierte EU-Türkei-Erklärung zur Steuerung von Migrationsströmen im Rahmen des am 15. Oktober 2015 vereinbarten gemeinsamen Aktionsplans der Türkei mit der EU zur Verbesserung der Migrationssteuerung. Im Anschluss an ein Treffen des Europäischen Rates mit dem türkischen Ministerpräsidenten am 18. März 2016 veröffentlichte der Rat eine Presseerklärung.³⁹⁹ Darin heißt es (unter Bezugnahme auf den Aktionsplan): „[...] haben die EU und die [Türkei] heute beschlossen [...]: 1) Alle neuen irregularen Migranten, die ab dem 20. März 2016 von der Türkei auf die griechischen Inseln gelangen, werden in die Türkei rückgeführt.“
283. Das Gericht der EU hat dazu festgestellt,⁴⁰⁰ es handele sich bei der EU-Türkei-Erklärung nicht um eine Vereinbarung, an der die EU beteiligt gewesen

395 Vgl. etwa das Protokoll zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Demokratischen Volksrepublik Algerien über die Identifizierung und die Rückübernahme v. 14.02.1997, BGBl. 2004 II-16 ff., Art. 1 (2) und 1 (3), sowie *passim*; ähnlich Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Republik Armenien über die Übernahme und Durchbeförderung von Personen ohne Aufenthaltsrecht (Rückübernahmeabkommen), BGBl. 2006 II – 1405 ff.

396 Siehe Liste, Fn. 394, S. 3.

397 Soweit erkennbar gibt es davon nur eine Ausnahme: das Rückführungsabkommen mit Kasachstan v. 10.12.2009, BGBl. II 2010, Nr. 3, S. 63, das unmittelbar nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 01.12.2009 unterzeichnet wurde [und noch nicht in Kraft getreten ist]. Dabei dürfte eine Rolle gespielt haben, dass das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon nach langen Verzögerungen zum 01.12.2009 etwas überraschend kam und der erreichte Verhandlungserfolg nicht gefährdet werden sollte.

398 Durchführungsprotokoll v. 11.03.2011 zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Republik Serbien zum Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Republik Serbien über die Rückübernahme von Personen mit unbefugtem Aufenthalt, BGBl. 2011 (Nr. 34) II-1367 ff.

399 <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>.

400 EuG, Urt. v. 28.2.2017, T-192/16, NF/Europäischer Rat, ECLI:EU:T:2017:128, (sowie die Urteile in den Parallelsachen T-193/16 und T-257/16).

sei, vielmehr hätten die Mitglieder des Europäischen Rates als Vertreter der Mitgliedstaaten gehandelt. Träfe das zu, dann müsste es sich um ein multilaterales Abkommen zwischen der Türkei und den Mitgliedstaaten handeln. Deutschland hat keine innerstaatlichen Verfahren zur Genehmigung und/oder Ratifikation eines entsprechenden Abkommens eingeleitet (und es ist dem Verfasser auch nicht bekannt, dass dies in anderen Mitgliedstaaten geschehen wäre). Nicht einmal der Wortlaut eines solchen „Übereinkommens“ ist von Deutschland amtlich bekannt gemacht worden. Es muss deshalb bezweifelt werden, ob juristisch überhaupt von einem verbindlichen Abkommen Deutschlands die Rede sein kann, auch sonst gibt es für einen wirksamen Vertragsschluss für Deutschland keine Anhaltspunkte. In Deutschland herrscht dazu wohl die Auffassung vor, es handele sich um eine (rechtlich unverbindliche) politische Erklärung.⁴⁰¹

284. Insgesamt hat Deutschland seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon den Abschluss von Rückführungsabkommen im Wesentlichen der Union überlassen. Eine Verletzung auch einer ausschließlichen Zuständigkeit der Union durch Deutschland ist deshalb nicht erkennbar. Die Beibehaltung der bestehenden Abkommen und Durchführungsprotokolle ist durch die (zumindest konkludent erklärte) Genehmigung der Union gedeckt, die die Notwendigkeit des Fortbestandes solcher nationaler Abkommen hervorgehoben hat (siehe oben Rn. 278).

401 In amtlichen Dokumenten wird überwiegend von der EU-Türkei-Erklärung gesprochen (vgl. z.B. die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Frank Tempel, u.a. und der Fraktion DIE LINKE, BT- Drucksache 18/9506, Antwort auf Frage 15 h, S. 9); selbst wenn in Presseerklärungen u.a. gelegentlich auch von einem EU-Türkei-Abkommen die Rede ist.

Fragebogen

Generalthema 3:

Die externe Dimension der EU Politik. Eine Aktualisierung bzgl. der Rollen der EU-Organe und der Mitgliedstaaten. Eine Einschätzung der aktuellen Herausforderungen bzgl. des Handels, des Investitionsschutzes und des Raums der Freiheit, Sicherheit und des Rechts.

Christine Kaddous¹ und Nuno Piçarra²

Einführung

Die nachfolgenden Fragen beziehen sich auf die neuesten Entwicklungen und Herausforderungen auf dem Gebiet des Rechts der Aussenbeziehungen der Europäischen Union. Es geht um Themen, die nicht nur für die Europäische Union und ihre Organe wichtig sind, sondern auch für die Mitgliedstaaten selbst. Die Fragen sind in fünf Kapitel unterteilt: 1. Die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten. 2. Verhandlungen und Abschlüsse der internationalen Übereinkünfte (in Bezug auf Artikel 218 AEUV). 3. Rechtswirkungen der internationalen Übereinkünfte. 4. Handel und Investitionsschutz und 5. Raum der Freiheit, Sicherheit und des Rechts. Die Verteilung in Kapitel erlaubt eine Organisation der Diskussion, verhindert aber nicht ein etwaiges Überlappen der Inhalte.

Der Fragebogen bezieht sich vor Allem auf die Auswirkungen der jüngsten Entwicklungen des Rechts der Europäischen Union auf die Mitgliedstaaten und das nationale Recht. Ziel ist es, die auf nationaler Ebene entstandenen Probleme sowie die mit den aktuellen Herausforderungen auf dem Gebiet der Aussenbeziehungen in Zusammenhang stehenden Schwierigkeiten zu identifizieren.

Die nationalen Berichte werden es uns erlauben die Anwendung des Rechts der Aussenbeziehungen in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen besser zu verstehen. Um dieses Ziel zu erreichen werden die nationalen Berichterstatter aufgefordert, mit den jeweiligen nationalen Behörden und zuständigen Beamten in Kontakt zu treten, um so viel nützliche Informationen wie möglich zu sammeln. Sie werden auch dazu aufgefordert, im Gebiet des Rechts der Aussenbeziehungen ihre jeweiligen nationalen Rechtsordnungen und Rechtsprechung zu untersuchen. Des Weiteren könnten sie die nationalen offiziellen Stellungnahmen in ihre Berichte einbeziehen und sie kommentieren. Wir sind uns darüber im Klaren dass es nicht immer einfach sein wird, die auf nationalem Niveau aufgekommenen Probleme zu identifizieren. Natürlich sind die nationalen Berichterstatter auch aufge-

1 Professorin Christine Kaddous, Jean Monnet Chair ad personam, Direktorin des Centre d'études juridiques européennes (CEJE), Universität Genf.

2 Professor Nuno Piçarra, Juristische Fakultät der Universität Nova Lissabon.

rufen, ihre eigene Meinung sowie die der nationalen Doktrin bzgl. der angegebenen Themen darzulegen.

Wir hoffen dass die nationalen Berichte dank der Reichhaltigkeit ihres Inhalts es uns erlauben werden, eine vergleichende Perspektive über die Entwicklung des Rechts der Aussenbeziehungen in den Mitgliedstaaten. Auch die institutionellen Berichterstatter sind eingeladen auf die gestellten Fragen zu reagieren.

Kapitel 1: Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten

1. Gemäß dem „Urteil AETR“ besitzt die Europäische Union die ausschließliche Zuständigkeit zum Abschluss einer internationalen Übereinkunft wenn die in Frage stehende Übereinkunft die internen Regeln der Union beeinträchtigen oder beeinträchtigen können. Die Gesetzgebung der Union entwickelt sich in vielen Gebieten. In welchen Gebieten hat sich der „Effekt AETR“ in jüngster Zeit gezeigt? Welche aktuellen Beispiele können aufgezählt werden? Gab es auf nationaler Ebene Probleme? Wenn ja, welcher Art: politische, juristische oder andere?
2. Wie wird Artikel 3 Abs. 2 AEUV im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten zum Abschluss einer internationalen Übereinkunft eingeschätzt? Welche Bedeutung wird dieser Bestimmung des Vertrag FUE zugesprochen? Welche Interpretation kann jedem einzelnen der in dieser Bestimmung des primären Rechts vorgesehenen Fälle zugesprochen werden? Was, wenn die dritte Möglichkeit nicht auf interner Ebene ausgeübt wird? Was ist der Standpunkt der Mitgliedstaaten bzgl. dieser Fragen?
3. Was ist die Reichweite des Artikels 216 Abs. 1 AEUV? Wie verstehen die Mitgliedstaaten diese Bestimmung, die die generelle Zuständigkeit der Europäischen Union für den Abschluss internationaler Abkommen vorsieht „wenn dies in den Verträgen vorgesehen ist oder wenn der Abschluss einer Übereinkunft im Rahmen der Politik der Union entweder zur Verwirklichung eines in den Verträgen festgesetzten Zielen erforderlich oder in einem verbindlichen Rechtsakt der Union vorgesehen ist oder aber gemeinsame Vorschriften beeinträchtigen oder deren Anwendungsbereich ändern könnte.“
4. Glauben Sie dass eine Verbindung zwischen Artikel 216 AEUV und Artikel 3 Abs. 2 AEUV besteht? Wenn ja, welche? Würden Sie bitte Ihre Meinung bzgl. dieser Frage ausarbeiten und begründen?

Kapitel 2: Verhandlungen und Abschlüsse internationaler Übereinkünfte (Artikel 218 AEUV)

5. Welches sind die Erfahrungen, die die Mitgliedstaaten bzgl. des Zusammenspiels zwischen dem Verhandlungsführer/dem Verhandlungsteam und dem Sonderausschuss des Artikels 218 Abs. 4 AEUV gemacht haben? Was ist

- der Standpunkt der Mitgliedstaaten? Wie interpretieren die Mitgliedstaaten den Standpunkt der Organe der Union?
6. Im Falle der vorläufigen Anwendung internationaler Übereinkünfte: Welchen Standpunkt beziehen die Mitgliedstaaten bzgl. der Art der Festsetzung der Regelungen, die Gegenstand der provisorischen Anwendung sein werden? Der AEUV sieht einen Vorschlag des Verhandlungsführers und einen Beschluss des Rates der Union vor. Sollte man die Einbeziehung des Europäischen Parlaments vorsehen, auch wenn der AEUV selbst dies nicht tut? Wenn ja, in welcher Form?
 7. Was sollte mit der vorläufigen Anwendung im Falle einer Nicht-Ratifizierung eines Mitgliedstaates einer gemischten Übereinkunft geschehen? Sollte sie beendet werden? Wenn ja, sollte eine neue Übereinkunft, dieses Mal nur zwischen der Europäischen Union und dem betreffenden Drittstaat geschlossen werden?
 8. Was das Zustimmungs-Verfahren durch das Europäische Parlament angeht: wie ist Artikel 218 Abs. 6, Buchstabe a) iii) „Übereinkünfte, die durch die Einführung von Zusammenarbeitsverfahren einen besonderen institutionellen Rahmen schaffen“ und iv) “Übereinkünfte mit erheblichen finanziellen Folgen für die Union“ zu interpretieren?
 9. Auf Vorschlag der Europäischen Kommission oder des Hohen Vertreters der Union beschließt der Europäische Rat die Aussetzung der Anwendung der internationalen Übereinkünfte. Was ist der generelle Standpunkt der Mitgliedstaaten bzgl. der Anwendung dieser Norm des AEUV? Existieren spezielle Bemerkungen/Meinungen in Bezug auf vor Kurzem stattgefundenen Fälle der Aussetzung?
 10. Der AEUV sieht Vorgehensweisen vor, wenn im Namen der Europäischen Union vor durch eine internationale Übereinkunft geschaffene Organe gesprochen wird. Gab es bereits angefochtene Entscheidungen und/oder auf nationalem Niveau angefochtene Entscheidungen, die nicht bis zum EuGH vorgedrungen sind?
 11. Gemäß Artikel 218 EuGH Abs. 10 AEUV wird das Europäische Parlament in allen Phasen des Abschlusses einer internationalen Übereinkunft unverzüglich und umfassend unterrichtet. Wie verstehen die Mitgliedstaaten diese Verbindlichkeit? Welche Rolle spielen in diesem Zusammenhang die nationalen und/oder regionalen Parlamente?

Kapitel 3: Rechtsauswirkungen der internationalen Übereinkünfte

12. Gibt es eine nationale Rechtsprechung bzgl. der Anwendung und/oder Interpretation von ausschließlich mit der Europäischen Union geschlossenen Übereinkünften oder mit gemischten Übereinkünften, die nicht Gegenstand eines Vorabverfahrens waren? Existiert eine nationale Rechtsprechung über die Infragestellung internationaler Übereinkünfte, die ausschließlich von

- der Europäischen Union geschlossen wurden und /oder gemischter Übereinkünfte, ohne dass es zu einem Vorabentscheidungsverfahren bzgl. der Frage der Gültigkeit gekommen wäre? Wenn ja, bitte beschreiben Sie kurz diese Fälle.
13. Wie bewerten die Mitgliedstaaten die jüngste Rechtsprechung des EuGH bzgl. der unmittelbaren Auswirkung der internationalen Übereinkünfte? Gab es, auf nationalem Niveau, spezifische Diskussionen bzgl. dieses Themas?
 14. Existieren zur Zeit von der Kommission gegen Mitgliedstaaten eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren wegen Verstoßes gegen von der Europäischen Union eingegangene internationalen Verpflichtungen? Wenn ja, bitte beschreiben Sie kurz diese Fälle.
 15. Welche Kontrollmaßnahmen bzgl. des Respekts internationaler, die Europäische Union bindende Übereinkünfte existieren seitens der Mitgliedstaaten (unabhängig der Europäischen Kommission als Wächter des Europarechts)?

Kapitel 4: Handel und Investitionsschutz

16. Was sollte die Reichweite des Begriffs „gemeinsame Handelspolitik“ nach Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags sein? Was ist der Standpunkt der Mitgliedstaaten, wenn es um ausländische Direktinvestitionen geht? Beinhaltet dieser Begriff auch die Investitionen „Portofolio“? Und was, wenn es sich um Abkommen über den Dienstleistungsverkehr handelt? Ist die Übereinkunft „TRIPS“ in dem Begriff einer gemeinsamen Handelspolitik inbegriffen?
17. Wie verstehen die Mitgliedstaaten das Verhältnis zwischen den bilateral geschlossenen Investitionsabkommen und denen, die auf diesem Gebiet von der Europäischen Union geschlossen wurden?
18. Was ist der Standpunkt der Mitgliedstaaten bzgl. des Mechanismus der Differenzen auf dem Gebiet des Investitionsschutzes in der neuen Generation von Übereinkünften des von den Partnern der EU (CETA, TTIP usw.) beabsichtigten freien Austausches?
19. Was ist der Standpunkt der Mitgliedstaaten bzgl. der Verantwortlichkeit der Union sowie der Mitgliedstaaten im Falle einer Verletzung dieser Abkommen?
20. Gemäß Artikel 207 Abs. 1, letzter Satz AEUV, wird die gemeinsame Handelspolitik im Rahmen der Grundsätze und Ziele des auswärtigen Handels der Union gestaltet. Was ist das Verhältnis zwischen dieser Regelung und Artikel 21 EuV? Was ist der Standpunkt der Mitgliedstaaten hierzu?
21. Wie verstehen die Mitgliedstaaten die Aushandlung und den Abschluss internationaler Abkommen auf dem Gebiet der gemeinsamen Handelspolitik? Gibt es ganz spezifische Aspekte dieses Verfahrens, die sie kommentieren

wollten? Bedürfen die in Artikel 207 Abs. 4, Abs. 2 und 3 AEUV genannten Bedingungen (die Einstimmigkeit des Rates) bestimmter Bemerkungen ihrerseits oder gibt es Standpunkte der Mitgliedstaaten diesbezüglich?

Kapitel 5: Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Politik bzgl. der Grenzkontrollen, des Asylrechts und der Einwanderung)

22. Obgleich die Union gemäß Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe e) AEUV über die ausschließliche Zuständigkeit im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik verfügt, teilt sie, im Gebiet des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gemäß Artikel 4 Abs. 2 Buchstabe j) AEUV ihre Zuständigkeit mit den Mitgliedstaaten. Was insbesondere den Bereich anbelangt, dem sich dieses Kapitel widmet (Grenzkontrollen, die gemeinsame Politik des Visum für eine kurze Zeit, Asyl und Einwanderung inbegriffen), so spürt man den „Effekt AETR“ (vgl. Kapitel 1, Frage 1) vor Allem im Zusammenhang mit den internationalen Übereinkünften die die Befreiung der Visumspflicht zum Gegenstand haben. In der Tat hat die Union aufgrund der totalen Harmonisierung die ausschließliche Zuständigkeit zum Abschluss derartiger Übereinkünfte inne, geregelt durch die Verordnung (EG) 539/2001, die Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige der Visumspflicht beim Überschreiten der Aussengrenzen der Mitgliedstaaten unterliegen, und die Liste derjenigen Drittländer festzulegen, deren Staatsangehörige von einer solchen Visumspflicht befreit sind.
- Im Einklang mit dem Protokoll (Nr. 23) über die Aussenbeziehungen der Mitgliedstaaten bzgl. des Überschreitens der Aussengrenzen berührt Artikel 77 Abs. 2 Buchstabe b) AEUV (der der Union eine Zuständigkeit zur Definition der anwendbaren Kontrollen an seinen Grenzen zuspricht) jedoch nicht das Recht der Mitgliedstaaten „Übereinkünfte mit Drittländern zu verhandeln oder abzuschließen, solange diese Übereinkünfte mit dem Recht der Union und den anderen einschlägigen Übereinkünften in Einklang stehen“. Welchen Sinn und welche Tragweite gestehen Sie diesem Protokoll zu, insbesondere im Hinblick auf Artikel 3 Abs. 2 AEUV (siehe Kapitel 1, Frage 2)? Hat Ihr Staat seit dem Inkrafttreten dieses Protokolls Übereinkünfte auf diesem Gebiet geschlossen oder hält er die bereits vor dem Protokoll existierenden Übereinkünfte aufrecht?
23. Gemäß den Bestimmungen des Artikels 33 Abs. 2 Buchstabe c) und des Artikels 38 der Verordnung 2013/32/EU vom 26.6.2013 über die gemeinsamen Verfahren bzgl. der Anerkennung oder Ablehnung internationalen Schutzes kann ein Mitgliedstaat das Konzept des sicheren Herkunftsstaates für die Unzulässigkeitserklärung eines Antrags auf internationalen Schutz anwenden und den Antragsteller in dieses Herkunftsland zurücksenden – selbst dann, wenn dieser Mitgliedstaat seine Verantwortung zur Prüfung

dieses Antrags in Anwendung der Verordnung (EU) 604/2013 vom 26.6.2013 erklärt hatte (vgl. EuGH-Urteil vom 17.3.2016, Mirza, C-695/15, Punkte 42 und 46). Im Licht des jetzigen Standpunktes der Entwicklung des einheitlichen europäischen Asylsystems (Artikel 78, Paragraph 2 AEUV) obliegt es den Mitgliedstaaten, eine Liste der sicheren Drittstaaten im Einklang mit den in Artikel 38 aufgezählten Voraussetzungen aufzustellen.

Gibt es eine nationale Rechtsprechung bzgl. der Interpretation und der Anwendung des Konzepts des sicheren Drittstaates? Bezieht sich eine derartige Rechtsprechung auch auf die Begrenzung dieses Konzeptes in Bezug auf das Konzept des sicheren europäischen Drittstaates („super-sicherer Drittstaat“), so wie in Artikel 39 der Verordnung 2013/32/EU vorgesehen? Wie beurteilen Sie im Lichte des Unionsrechts die effektiv von den Mitgliedstaaten hergestellte Verbindung zwischen der Politik und den Vorgehensweisen in Bezug auf das Konzept des sicheren Drittstaats einerseits und der aussergrenzlichen Kontrolle der Einwanderung andererseits?

24. Gemäß den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 26/27.6.2014, die die strategischen Leitlinien der gesetzgeberischen und operativen Programmplanung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts definiert, „(kann) eine dauerhafte Lösung nur durch eine Intensivierung der Zusammenarbeit mit den Herkunfts- und Transitländern gefunden werden, u.a. indem diese beim Ausbau ihrer Kapazitäten zur Migrationssteuerung und zum Grenzmanagement unterstützt werden. Die Migrationspolitik muss viel stärker integraler Bestandteil der Aussen- und Entwicklungspolitik der EU werden, indem der Grundsatz „mehr für mehr“ angewandt und auf dem Gesamtansatz für Migration und Mobilität aufgebaut wird“ (Punkt 8), festgesetzt in der Mitteilung der Kommission vom 18.11.2011, KOM (2011) 743 final (vgl. auch die Mitteilung vom 21.2.2014, KOM (2014) 96 final). Die Kommission hat jedoch angesichts dessen, dass „es von wesentlicher Bedeutung (ist), unseren Partnern gegenüber in enger Zusammenarbeit mit allen Mitgliedstaaten deutlich zu machen, dass eine Lösung für die irregulären und unkontrollierten Wanderbewegungen eine Priorität für die Union als Ganzes darstellt“ ein „neues, auf konkrete Ergebnisse ausgerichtetes Konzept“ vorgeschlagen, nämlich einen neuen Partnerschaftsrahmen mit den Drittstaaten, eingebunden in der europäischen Migrationsagenda (Mitteilung vom 7.6.2016, KOM (2016) 385 final und vom 18.10.2016, KOM (2016) 700 final. Schlussendlich hat der Europäische Rat in seinen Schlussfolgerungen vom 20/21.10.2016 darauf hingewiesen „wie wichtig es ist, dass weiter auf die Umsetzung des Partnerschaftsrahmens für die Zusammenarbeit mit einzelnen Herkunfts- oder Transitländern hingearbeitet wird, wobei der Schwerpunkt zunächst auf Afrika liegen wird“ (Punkt 4).

Was ist Ihre Meinung bzgl. der praktischen Auswirkungen einer globalen Annäherung des Problems der Migration und der Mobilität? Glauben Sie, dass der neue Partnerschaftsrahmen mit den Drittstaaten diese globale An-

näherung ausschließt und ersetzt? Wenn ja, in welchem Ausmaß? Unterhält Ihr Staat besondere Beziehungen mit Drittstaaten „die auf Jahrzehntelang gepflegte politische, historische und kulturelle Bindungen und Kontakte zurückzuführen sind“ und „zum Nutzen der EU voll ausgeschöpft werden“ sollten und/oder „umfassende bilaterale Beziehungen zu einem bestimmten Partnerland“ und daher „in vollem Umfang an den Diskussionen zwischen der EU und diesem Land“ beteiligt sein sollten (Vgl. KOM (2016) 385 final, Punkt 9)? Hat Ihr Staat bereits bilaterale oder multilaterale Übereinkünfte mit afrikanischen Staaten abgeschlossen, die als Beispiel für die Umsetzung der Übereinkünfte zwischen der EU und den vorrangigen afrikanischen Ländern dienen können?

25. Seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam besitzt die Union die Zuständigkeit zum Abschluss von Übereinkünften mit Drittländern über die Rückübernahme von den Drittstaatsangehörigen in ihr Ursprungs- oder Herkunftsland, die die Voraussetzungen für die Einreise in das Hoheitsgebiet eines der Mitgliedstaaten oder die Anwesenheit oder den Aufenthalt in diesem Gebiet nicht oder nicht mehr erfüllen (Artikel 79 Abs. 3 AEUV). Dennoch wird generell davon ausgegangen, dass diese Mitgliedstaaten gleichwohl nach wie vor über die Zuständigkeit verfügen, mit Drittländern derartige Übereinkünfte, seien sie bilateraler oder multilateraler Art, zu schließen. Darüber hinaus stellt die Verordnung 2016/1624 EU vom 14.9.2016 über die Europäische Grenz- und Küstenwache fest, dass „das etwaige Bestehen einer Vereinbarung zwischen Mitgliedstaaten und einem Drittstaat die Agentur oder die Mitgliedstaaten nicht von ihren Verpflichtungen nach dem Recht der Union oder dem Völkerrecht, insbesondere hinsichtlich der Einhaltung des Grundsatzes der Nicht-Zurückweisung entbinden (kann)“ (Punkt 36).
- Sind Sie der Meinung, dass die von Mitgliedstaaten getüpfte Praxis des Abschlusses von Übereinkünften über die Rückübernahme mit Drittstaaten insbesondere mit Artikel 79 Abs. 3 AEUV oder mit Artikel 3 Abs. 2 AEUV vereinbar ist? Wenn ja, in welchem Verhältnis sollten die Vereinbarungen über die Rückübernahme, die einerseits von der Union mit Drittländern geschlossen wurden, zu denjenigen stehen, die Mitgliedstaaten mit dem gleichen Drittland geschlossen haben? Hat Ihr Staat seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam eine Übereinkunft über die Rückübernahme geschlossen? Ist er an Vereinbarungen über die Rückübernahme gebunden, die „problematische Klauseln“ enthalten, wie die Klausel, die ein vereinfachtes Verfahren für die Rückübernahme illegaler Einwanderer vorsieht – eine Klausel, die vom Gericht in Straßburg als gegen die EMRK verstörend erklärt wurde (siehe Urteil vom 1.9.2015, Khlaifia u.a. gegen Italien, Nr. 16483/12, Paragraph 45)?