Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar?

Rechtsgutachten

für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

erstellt von

Prof. Dr. Franz C. Mayer, LL.M. (Yale)

(Universität Bielefeld)

28. August 2014

v5.0 28082014

Gliederung

Zusammenfassung ..... **I**

I. Einleitung und Hintergrund **1**

II. Vertragsschlusskompetenzen der EU – Vertragliche Bestimmungen und Rechtsprechung **2**
1. Vertragliche Bestimmungen 2
a) Ausdrücklich benannte Vertragsschlusskompetenzen der EU 2
b) Implizite Vertragsschlusskompetenzen der EU 3
2. Beteiligung der Mitgliedstaaten 4
a) Rolle der Mitgliedstaaten bei Vertragsschluss im Bereich der ausschließlichen Kompetenzen der EU 4
b) Rolle der Mitgliedstaaten bei Vertragsschluss außerhalb der ausschließlichen Kompetenzen der EU 5
aa) Kompetenzlücke der EU 5
bb) Vertragsschluss bei zwischen EU und Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeiten 6
3. Rechtsprechung 6
a) Grundsatz 6
b) Bestimmung der Kompetenzgrundlage 7
4. Zwischenbefund – „Pastis“ 8

III. Der CETA Vertragsentwurf vom 1. August 2014 ..... **9**
1. Allgemeines 9
2. Mitgliedstaatliche Kompetenzen im CETA 10
a) Investitionsschutz 10
aa) Definition von „Investitionen“ 10
(1) Keine umfassende Vertragsschlusskompetenz zum Investitionsschutz aus Art. 207 AEUV 10
(2) Keine umfassende Vertragsschlusskompetenz zum Investitionsschutz aus sonstigen Rechtsgrundlagen 12
(3) Zwischenergebnis 13
bb) Kündigung mitgliedstaatlicher Investitionsschutzabkommen 13
cc) Enteignung und Eigentumsschutz 14
(1) Keine Vertragsschlusskompetenz bezüglich Enteignungen und Eigentumsschutz aus Art. 207 AEUV 14
(2) Keine Vertragsschlusskompetenz bezüglich Enteignungen und Eigentumsschutz aus sonstigen Rechtsgrundlagen 15
dd) Investitionsschutz durch Schiedsgericht (Investor-state dispute settlement), Haftung 15
ee) Zwischenergebnis 16
b) Verkehr 16
c) Strafvorschriften zum Schutz von geistigem Eigentum 17
d) Gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen 17
aa) Allgemeines 17
bb) Berufsqualifikationen und Handelspolitik 18
cc) Keine lückenlose Harmonisierung im Unionsrecht 18
(1) Bereichsausnahmen 18
(2) Reglementierte Berufe 18
(3) Drittstaatsangehörige 19
dd) Zwischenergebnis 19
e) Arbeitsschutz 20
f) Gute Herstellungspraxis im Arzneimittelbereich („GMP“) 21
g) Einzelaspekte 21
aa) Gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen („SPS“) 21
bb) Einreise und Kurzzeitaufenthalt 22
cc) Transparenzvorschriften 23
dd) Regulatorische Kooperation 24
3. Zwischenergebnis 24

IV. Vertragspraxis der gemischten Abkommen aus politischen Gründen **24**

V. Verfassungsrechtliche Aspekte **26**

VI. Gesamtzusammenfassung - Ergebnis **27**

Zusammenfassung

1. Das CETA ist ein umfassendes Freihandels- und Investitionsschutzabkommen neuen Typs zwischen der EU und Kanada und stellt Weichen für künftige ähnliche Abkommen (namentlich das TTIP EU-USA). Anders als die multilateralen WTO-Abkommen, die potenziell weltweit gelten und dementsprechend vielfältige Interessensgegensätze mit einem (Minimal-) Konsens auflösen, geht es bei CETA um ein zweiseitiges Abkommen weit über den Abbau von Zollschranken hinaus, mit dem Potenzial viel weitreichenderer Vereinbarungen als es im WTO-Rahmen derzeit möglich erscheint.

2. Wegen der Neuartigkeit dieses und ähnlicher Freihandelsabkommen ist auch der europarechtliche Rahmen für CETA nicht letztverbindlich geklärt. Dies gilt für die Übertragbarkeit der bisherigen Rechtsprechung, die überwiegend andere Freihandelsfragen im Blick hatte, und die Tragweite der einschlägigen Änderungen durch den Vertrag von Lissabon (2009).

3. Diese Unsicherheit erfasst vor allem die Kompetenzfrage, ob die EU das CETA mit Kanada alleine oder nur zusammen mit den EU-Mitgliedstaaten abschließen kann.

4. Soweit die EU für die Materien des Abkommens keine eigenen Zuständigkeiten besitzt, ist sie auf die Mitgliedstaaten angewiesen, damit die Verpflichtungen aus einem solchen Abkommen gegenüber dem Vertragspartner Kanada auch eingehalten werden können. Daher schließen die EU und die Mitgliedstaaten ein Abkommen gemeinsam mit dem Vertragspartner (hier: Kanada plus EU plus 28), falls eine solche „Kompetenzlücke" der Europäischen Union vorliegt. Hier hat sich die Bezeichnung „gemischtes Abkommen" etabliert, wobei es EU-seitig weniger um Vermischung als um anteiliges Zusammenwirken geht und die jeweiligen Teilbereiche aus einer Vielzahl von rechtlichen Gründen zurechenbar sein sollten.

5. Der Unterschied eines gemischten Abkommens zu einem reinen EU-Abkommen („EU only") liegt in der Beteiligung sämtlicher Mitgliedstaaten nicht nur über den Rat, sondern durch ein nationales Ratifikationsverfahren in allen 28 Mitgliedstaaten. Konkret müssen damit nicht nur das EP, sondern auch – je nach verfassungsrechtlicher Vorgabe – alle nationalen Parlamente dem Abkommen zustimmen.

6. Zustimmungserfordernisse nationaler Parlamente bergen faktische Risiken wie die Nichtratifizierung in einem Mitgliedstaat und jedenfalls eine zeitliche Verzögerung für das Inkrafttreten eines Abkommens. Diese Risiken steigen mit der Anzahl an Mitgliedstaaten.

7. Auch deswegen bezweckt die Europäische Kommission, die Beteiligung der Mitgliedstaaten bei solchen Abkommen zu minimieren und gemischte Abkommen möglichst zu vermeiden. Von mitgliedstaatlicher Seite beharrt man auf der Mitwirkung der nationalen Parlamente, auch wegen zunehmender Anforderungen an die demokratische Legitimation von EU- und EU-bezogenem mitgliedstaatlichem Handeln, auch im Außenbereich.

8. In diesem Spannungsfeld steht die Frage, ob das CETA als gemischtes Abkommen einzuordnen ist. Die Antwort auf diese Frage und die Art und Weise der Beantwortung – denkbar ist, dass die Kommission oder das EP oder ein Mitgliedstaat den EuGH einschaltet – stellt entscheidende rechtliche Weichen auch für das TTIP.

9. Ausgangspunkt ist die historisch auf die multilateralen, Zollschranken betreffenden GATT- bzw. WTO-Kontexte ausgerichtete ausschließliche Kompetenz der EU zum Abschluss von Handelsabkommen nach Art. 207 AEUV („Gemeinsame Handelspolitik"). Hier kann die EU alleine Abkommen eingehen. Mit dem Vertrag von Lissabon ist eine Anpassung erfolgt, so dass alle derzeitigen WTO-Materien erfasst sind, zudem „ausländische Direktinvestitionen".

10. Auch wenn ein Abkommen Materien regelt, die nicht unter Art. 207 AEUV fallen, kann unter bestimmten Voraussetzungen eine ausschließliche EU-Außenkompetenz vorliegen („implied powers"). Der Sache nach geht es um eine aktuell oder potentiell weit vorange-

schrittene Rechtsentwicklung innerhalb der EU. Die Mitgliedstaaten bleiben auch dann außen vor.

11. In allen anderen Fällen (d.h. das Abkommen regelt auch eine mitgliedstaatliche Zuständigkeit) kann die EU ein Abkommen nicht alleine schließen und benötigt die Mitgliedstaaten als weitere Vertragsparteien (gemischtes Abkommen), etwa wenn ein Abkommen die Bereiche des Strafrechts berührt, für das die EU keine Binnenkompetenz hat. Wie ein Tropfen Pastis ein Glas Wasser trübt, machen schon einzelne Teilaspekte eines Abkommens das Abkommen als Ganzes von der Zustimmung der Mitgliedstaaten abhängig.

12. Die im CETA-Entwurf vom 1. August 2014 vorgesehenen Bestimmungen zum Investitionsschutz machen eine mitgliedstaatliche Beteiligung am Abkommen erforderlich, weil sie durch einen umfassenden Ansatz als Investitionsschutzabkommen auch im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten befindliche Investitionsformen erfassen. Dies betrifft jedenfalls sog. Portfolioinvestitionen, d.h. Investitionen die der Geldanlage dienen, ohne dabei unternehmerische Zwecke zu verfolgen. Auch das BVerfG ist bei seiner Prüfung des Vertrags von Lissabon und der Ergänzung des Art. 207 AEUV um „ausländische Direktinvestitionen“ davon ausgegangen, dass es für Abkommen mit Regelungen zu Portfolioinvestitionen weiter eines gemischten Abkommens, mithin für Deutschland der Mitwirkung des Deutschen Bundestages, zwingend bedarf. Ein gemischtes Abkommen ist ferner im Hinblick auf die Regeln zur Kündigung bestehender mitgliedstaatlicher Investitionsschutzabkommen (Mitgliedstaaten müssten beteiligt sein), zur Enteignung und zum Eigentumsschutz sowie zum Investitionsschutz durch ein Schiedsgericht und zur Reichweite der mitgliedstaatlichen Haftung nötig.

13. Auch die CETA-Bestimmungen zu Verkehr (wegen Einbeziehung bestimmter Seeverkehrsdienstleistungen), zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen (insbesondere wegen Einbeziehung Drittstaatsangehöriger), zum Arbeitsschutz (insbesondere wegen der Festlegungen zur Einhaltung von Arbeitsrecht) und zur sog. „Guten Herstellungspraxis“ für pharmazeutische Produkte (insbesondere wegen der fortbestehenden Hauptverantwortung der Mitgliedstaaten im Bereich Gesundheit) machen ein gemischtes Abkommen erforderlich, wenn auch die Kompetenzlücke der EU hier jeweils weniger breit erscheint als bei den Investitionsschutzregeln.

14. In den Bereichen der Strafvorschriften zum Schutz von geistigem Eigentum, der gesundheitspolizeilichen und pflanzenschutzrechtlichen Maßnahmen (SPS), Einreise und Kurzzeitaufenthalt (Temporary entry), Transparenzvorschriften sowie Regulatorische Kooperation bestehen Verdachtsmomente zum Erfordernis eines gemischten Abkommens, die sich indessen für die CETA-Textfassung vom 1. August 2014 nicht bestätigen.

15. Weil es in der Vergangenheit immer wieder zu gemischten Abkommen gekommen ist, ohne dass die Ratifikation auch durch die Mitgliedstaaten aus Rechtsgründen letzten Endes geklärt war, lässt sich mit Blick auf diese Vertragspraxis vorsichtig über eine eng begrenzte weitere Kategorie von ‚gemischten Abkommen aus politischen Gründen‘ nachdenken, insbesondere bei unklarer oder bestrittener Kompetenzlage.

16. Aus deutscher Sicht verbinden sich mit einem gemischten Abkommen im Übrigen verfassungsrechtliche Vorteile, wenn so eine Mitwirkung des Deutschen Bundestages gesichert ist, wie sie möglicherweise mit Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG bei einem Abkommen von der Tragweite des CETA ohnehin eingefordert werden wird.

17. Im Ergebnis ist das CETA als gemischtes Abkommen zu schließen. Darin liegt keine Hinwendung zur zwischenstaatlichen Methode in der europäischen Integration. Vielmehr zeigt sich im gemeinsamen Handeln von EU und Mitgliedstaaten einmal mehr die besondere Verbundstruktur zwischen EU und Mitgliedstaaten.

I. Einleitung und Hintergrund

Das CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement), ist ein nicht nur dem Wortlaut zufolge umfassendes Freihandels- und Investitionsschutzabkommen zwischen der EU und Kanada.

Soweit die EU für die in einem solchen Abkommen behandelten Materien keine eigenen Zuständigkeiten besitzt, ist sie auf die Mitgliedstaaten angewiesen, damit die Verpflichtungen aus einem solchen Abkommen auch eingehalten werden. Im Außenverhältnis bleibt es nämlich bei der völkerrechtlichen Bindung der EU, selbst wenn im Innenverhältnis zwischen EU und Mitgliedstaaten gar keine Kompetenz der EU für einen bestimmten Sachaspekt besteht. Daher schließen für den Fall einer Kompetenzlücke der Union die EU und die Mitgliedstaaten gemeinsam das Abkommen mit dem Vertragspartner. Für diese Konstellation hat sich die Bezeichnung „gemischtes Abkommen“ etabliert, wobei es weniger um Vermischung als um anteiliges Zusammenwirken geht und die jeweiligen Teilbereiche aus einer Vielzahl von rechtlichen Gründen zurechenbar sein sollten.

Der Unterschied zu einem reinen EU-Abkommen („EU only“) liegt in der Beteiligung sämtlicher Mitgliedstaaten nicht nur über den Rat, sondern als Vertragsparteien auch im Ratifikationsverfahren entsprechend der jeweiligen innerstaatlichen Vorgaben. Konkret bedeutet dies in aller Regel, dass nicht nur das Europäische Parlament (EP), sondern auch – je nach verfassungsrechtlicher Vorgabe – alle nationalen Parlamente dem Abkommen zustimmen müssen, um sein Inkrafttreten zu ermöglichen.

Mit dieser scheinbar formalen Frage verbindet sich, dass die Zustimmung nationaler Parlamente eine erhebliche zeitliche Verzögerung für das Inkrafttreten eines Abkommens bedeuten wird und letztlich auch das Risiko der Nichtratifizierung in einem Mitgliedstaat besteht. Diese Nachteile verstärken sich mit steigender Anzahl an Mitgliedstaaten.

Auch deswegen verfolgt die Europäische Kommission augenscheinlich das Ziel, die Beteiligung der Mitgliedstaaten bei solchen Abkommen zu minimieren und den Charakter eines Abkommens als gemischtes Abkommen möglichst zu vermeiden. Von mitgliedstaatlicher Seite beharrt man demgegenüber auf der Mitwirkung der nationalen Parlamente, nicht zuletzt wegen zunehmender Anforderungen an die demokratische Legitimation von unionalem und unionsbezogenem mitgliedstaatlichem Handeln auch im Außenbereich.

In diesem Spannungsfeld stellt sich nun die Frage, ob das CETA als gemischtes Abkommen einzuordnen ist oder nicht. Die Frage nach der Natur des CETA stellt sich auch mit Blick auf weitere in Sicht befindliche umfassende Freihandelsabkommen, namentlich das TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership) zwischen der EU und den USA. Die Antwort auf diese Frage und die Art und Weise der Beantwortung – denkbar ist eine Auseinandersetzung bis hin zum Europäischen Gerichtshof (EuGH) – stellt entscheidende rechtliche Weichen auch für das TTIP.

Die Rechtslage aus Sicht des Europarechts ergibt sich für die vorliegende vielschichtige Materie aus einer nicht völlig eindeutigen Rechtsprechung im Zusammenspiel mit mehr oder weniger klaren primärrechtlichen Vorgaben, die sich zudem mit dem Vertrag von Lissabon

geändert haben. Unsicherheiten ergeben sich auch daraus, dass sowohl die Vertragsbestimmungen wie auch die Rechtsprechung auf umfassende Handelsabkommen neuen Typs, wie es das CETA darstellt, bisher nicht ausgerichtet waren bzw. sind.

Es empfiehlt sich deswegen zunächst eine Vergewisserung über die europarechtlichen Maßstäbe für die Beantwortung der Frage nach der Erforderlichkeit eines gemischten Abkommens (dazu II.). Auf dieser Grundlage lassen sich die Bestimmungen des CETA prüfen (dazu III.) und Überlegungen zum Umgang mit der spannungsreichen Rechtslage und zu verfassungsrechtlichen Hintergrundaspekten anstellen (dazu IV., V.).

II. Vertragsschlusskompetenzen der EU – Vertragliche Bestimmungen und Rechtsprechung

Wie die einzelnen Mitgliedstaaten ist auch die Europäische Union ein mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattetes Völkerrechtssubjekt (Art. 47 EUV) und kann völkerrechtliche Abkommen schließen. Die Bindung durch diese Abkommen erstreckt sich auch auf die Mitgliedstaaten: „Die von der Union geschlossenen Übereinkünfte binden die Organe der Union *und die Mitgliedstaaten*“.[1]

1. Vertragliche Bestimmungen

a) Ausdrücklich benannte Vertragsschlusskompetenzen der EU

Die Voraussetzungen für den Abschluss völkerrechtlicher Abkommen durch die EU nennt Art. 216 Abs. 1 AEUV. Demnach hat die EU dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gemäß Art. 5 Abs. 1 EUV folgend eine Vertragsschlusskompetenz jedenfalls dann, wenn dies ausdrücklich in den Verträgen vorgesehen ist. Dies ist der einfachste Fall, zu der weniger zugänglichen Kategorie der impliziten Vertragsschlusskompetenzen sogleich unter b).

Im Rahmen der ausdrücklichen Vertragsschlusskompetenzen ist zuvörderst die Kompetenz der EU zum Abschluss von Handelsabkommen gemäß Art. 207 AEUV zu nennen. Hier geht es im Kern um die WTO-Dimension, die WTO ist jedoch nicht ausdrücklich erwähnt. Die Bestimmungen zur „Gemeinsamen Handelspolitik“, deren zentrale Befugnisnorm Art. 207 AEUV ist, gehören gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV zur seltenen Kategorie der ausschließlichen Zuständigkeiten der Union. Verfügt die EU über eine ausschließliche Zuständigkeit, so sind die Mitgliedstaaten gemäß Art. 2 Abs. 1 AEUV daran gehindert verbindliche Rechtsakte zu erlassen und können nur noch mit Ermächtigung der EU völkerrechtliche Verpflichtungen eingehen.[2]

Kernbereich der Handelspolitik ist traditionell der Warenaustausch mit Drittstaaten.[3] Der Begriff der Gemeinsamen Handelspolitik ist indessen in den Verträgen nicht definiert. Er lässt sich aber heute durch die beispielhafte Aufzählung von Gegenständen der Handelspolitik in Art. 207 AEUV erfassen.[4] Genannt werden dort „die Änderung von Zollsätzen, […] der Ab-

[1] Art. 216 Abs. 2 AEUV, Hervorhebung hinzugefügt.
[2] Lenski, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar, 6. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 6.
[3] Cottier/Trinberg, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht - Kommentar, 7. Aufl. 2014 (i.E.), Vorb. Art. 206-207 AEUV Rn. 33.
[4] Müller-Ibold, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar, 6. Aufl. 2013, Vorb. Art. 206-207 AEUV Rn. 8.

schluss von Zoll- und Handelsabkommen, die den Handel mit Waren und Dienstleistungen betreffen, und […] die Handelsaspekte des geistigen Eigentums, die ausländischen Direktinvestitionen, die Vereinheitlichung der Liberalisierungsmaßnahmen, die Ausfuhrpolitik sowie die handelspolitischen Schutzmaßnahmen, zum Beispiel im Fall von Dumping und Subventionen."

Der Handel mit Dienstleistungen insgesamt, die Handelsaspekte des geistigen Eigentums sowie – für die vorliegende Fragestellung von besonderem Interesse – die ausländischen Direktinvestitionen sind erst seit dem Vertrag von Lissabon (2009) in den Anwendungsbereich der Gemeinsamen Handelspolitik einbezogen (Art. 207 Abs. 1 AEUV).

Ausdrücklich nicht von der gemeinsamen Handelspolitik erfasst ist hingegen die Wettbewerbspolitik. Sie wird im Rahmen der ausschließlichen Zuständigkeiten der EU in Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV separat neben der Handelspolitik (lit. e) aufgelistet. Auch der Verkehrsbereich ist gemäß Art. 207 Abs. 5 AEUV nicht Teil der Gemeinsamen Handelspolitik. Dieser Ausschluss umfasst insbesondere auch Verkehrsdienstleistungen.[5]

Neben den Handelsabkommen gemäß Art. 207 AEUV hat die Union eine ausdrückliche Kompetenz zum Abschluss von Assoziierungsabkommen gemäß Art. 217 AEUV.[6] Daneben finden sich weitere ausdrücklich benannte spezifische Außenkompetenzen in den Verträgen wie z.B. Art. 191 Abs. 4 AEUV für Umweltaspekte, Art. 186 AEUV für Forschungs- und technologische Entwicklungsabkommen, Art. 214 Abs. 4 AEUV für Abkommen im Bereich der humanitären Hilfe.

b) Implizite Vertragsschlusskompetenzen der EU

Die Zuständigkeit der EU zum Abschluss völkerrechtlicher Abkommen reicht über die ausdrücklich benannten Zuständigkeiten (s. oben) hinaus. Art. 216 Abs. 1 AEUV und Art. 3 Abs. 2 AEUV kodifizieren[7] in nicht ganz deckungsgleichen Formulierungen seit dem Vertrag von Lissabon die bisherige EuGH-Rechtsprechung zu ungeschriebenen Vertragsschlusskompetenzen („implied powers").[8]

Eine Vertragsschlusskompetenz besteht danach auch dann, wenn sich das Abkommen „im Rahmen der Politik der Union" bewegt und das Abkommen „entweder zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich oder in einem verbindlichen Rechtsakt der Union vorgesehen ist oder aber gemeinsame Vorschriften beeinträchtigen oder deren Anwendungsbereich ändern könnte" (Art. 216 Abs. 1 AEUV). Nach Art. 3 Abs. 2 AEUV gibt es eine ausschließliche Außenzuständigkeit, wenn das in einem Binnenrechtsakt vorgesehen ist, wenn ein Abkommen notwendig ist, um die Binnenzuständigkeit auszuüben oder wenn ansonsten Binnenrechtsakte beeinträchtigt oder in ihrer Tragweite verändern wer-

[5] Dazu Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 53. EL 2014, Art. 207 AEUV Rn. 54.

[6] Ein Assoziierungsabkommen unterscheidet sich vom Handelsabkommen durch die über eine reine handelspolitische Zusammenarbeit hinausgehende besondere und privilegierte Beziehung zwischen der Union und dem Vertragspartner, die durch gegenseitige Rechten und Pflichten, gemeinsames Vorgehen und besondere Verfahren gekennzeichnet ist, EuGH, Rs. 12/86, Demirel, Slg. 1987, 3719, Rn. 9.

[7] Für Art. 3 Abs. 2 AEUV, GA Kokott, Schlußanträge vom 27. Juni 2013, Rs. C-137/12, Kommission/Rat, noch nicht veröffentlicht, Rn. 112.

[8] Näher dazu Vöneky/Beylage-Haarmann, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 53. EL 2014, Art. 216 AEUV Rn. 6.

den könnten. Damit werden letztlich drei Fallgruppen aus der früheren EuGH-Rechtsprechung abgebildet.[9]

Bei einer engen Auslegung besteht eine nachträgliche unechte ausschließliche Außenkompetenz der Union dann, wenn die Union durch Innenrechtsakte eine völlige Harmonisierung herbeigeführt hat.[10] Eine weite Auslegung würde im Kern bereits die allgemeine Möglichkeit unionaler Rechtsetzung für ausreichend ansehen, ohne dass es auf deren umfassende Aktivierung oder gar eine Vollharmonisierung ankäme.[11]

Die AETR-Rechtsprechung von 1971[12] und heute Art. 216 Abs. 1 bzw. Art. 3 Abs. 2 AEUV bezwecken keinen vollständigen Gleichlauf von Innen- und Außenkompetenzen. Die Kodifizierung der EuGH-Rechtsprechung in Art. 3 Abs. 2 AEUV („Die Union hat die ausschließliche Zuständigkeit für den Abschluss internationaler Übereinkünfte, wenn...“) sowie in Art. 216 Abs. 1 AEUV führt allerdings zu einer gewissen Parallelität von Innen- und Außenkompetenzen, soll aber vor allem das „Tätigwerden in einer globalisierten Welt“ für die Union erleichtern.[13] Die Union gelangt deswegen unter der Voraussetzung einer weit vorgerückten Europarechtsentwicklung im Binnenbereich zu einer ausschließlichen Außenzuständigkeit. Man könnte von einer unechten nachträglichen Alleinzuständigkeit[14] nach außen – mit Sperrwirkung gegenüber den Mitgliedstaaten – sprechen.

2. Beteiligung der Mitgliedstaaten

Die Rolle der Mitgliedstaaten beim Abschluss völkerrechtlicher Abkommen hängt davon ab, auf welcher Rechtsgrundlage die Union ein Abkommen schließt und wie weit die Abschlusskompetenz der Union im konkreten Fall reicht.

a) Rolle der Mitgliedstaaten bei Vertragsschluss im Bereich der ausschließlichen Kompetenzen der EU

Verfügt die EU über eine ausschließliche Kompetenz wie etwa im Bereich des Art. 207 Abs. 1 AEUV, so sind die Mitgliedstaaten nur noch über ihre Mitwirkung im Rat beteiligt, der über Aushandlung und Abschluss der Abkommen einen Beschluss fasst und über den „Handelspolitischen Ausschuss“ Vorgaben für die Verhandlungen machen kann. Der Grad der Einwirkungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten hängt dann davon ab, ob für den jeweiligen Bereich Einstimmigkeit oder qualifizierte Mehrheitsentscheidung gilt. Art. 207 Abs. 4 AEUV sieht für die Gemeinsame Handelspolitik grundsätzlich den Beschluss mit qualifizierter Mehrheit vor. Nur in einzelnen, besonders sensiblen Materien (kulturelle und audiovisuelle Dienstleistungen, Dienstleistungen des Sozial-, Bildungs- und Gesundheitssektors) ist ein einstimmiger Be-

[9] S. oben, Fn. 12.
[10] Vgl. EuGH, Gutachten 1/94, WTO, Slg. 1994, I-5267, Rn. 84 ff. und 100 ff., insbesondere Rn. 103.
[11] Für das Ausreichen einer lediglich weitgehenden Harmonisierung bei Art. 3 Abs. 2 AEUV, GA Kokott, Schlußanträge vom 27. Juni 2013, Rs. C-137/12, Kommission/Rat, noch nicht veröffentlicht, Rn. 113; für das Ausreichen einer bestehenden Innenkompetenz trotz fehlender Aktivierung, EuGH, Gutachten 1/76, Stillegungsfonds, Slg. 1977, 741, Rn. 4.
[12] EuGH, Rs. 22/70, AETR, Slg. 1971, 263, insbesondere Rn. 15-22. S. auch EuGH, Gutachten 1/76, Stillegungsfonds, Slg. 1977, 741, Rn. 3 und 5; EuGH, Gutachten 1/94, WTO, Slg. 1994 I-5267, Rn. 95.
[13] Dazu im Verfassungskonvent CONV 459/02, S. 16.
[14] Ähnlich Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 53. EL 2014, Art. 3 AEUV Rn. 8.

schluss des Rates erforderlich. In diesen Fällen besteht also der Sache nach eine Vetomöglichkeit jedes einzelnen Mitgliedstaats über den Rat. Ähnliche Abstufungen finden sich bei den allgemeinen Regeln in Art. 218 Abs. 8 AEUV zum Abschluss anderer internationaler Übereinkünfte, die thematisch nicht unter Art. 207 AEUV (Gemeinsame Handelspolitik) fallen.

b) Rolle der Mitgliedstaaten bei Vertragsschluss außerhalb der ausschließlichen Kompetenzen der EU

aa) Kompetenzlücke der EU

Wenn die EU ein Abkommen mit Drittländern oder einer internationalen Organisation schließt und darin Verpflichtungen eingeht, hinsichtlich derer die Union über gar keine Kompetenzen verfügt, dann stellt sich die Frage, wie diese Kompetenzlücke geschlossen werden kann. Ein Beispiel wären hier Vertragsinhalte aus den Bereichen des Strafrechts, für die die EU unstreitig keine Binnenkompetenz hat. Die Problemstellung ist aus dem Verfassungsrecht des Bundesstaates bereits bekannt und ergibt sich in Deutschland beispielsweise dann, wenn der Bund einen völkerrechtlichen Vertrag abschließt, der Kompetenzen der Länder wie etwa das Polizeirecht oder Kultusangelegenheiten berührt.

In der EU wird dieses Problem dadurch gelöst, dass neben der EU auch die Mitgliedstaaten als Vertragspartner mit dem Drittland oder der Internationalen Organisation auftreten (sog. „gemischte Abkommen“[15]). Damit ist jedenfalls sichergestellt, dass die Verpflichtungen aus dem Abkommen auch eingelöst werden können, von der jeweils zuständigen Ebene.

Für die auswärtigen Vertragspartner ist diese Konstellation insoweit von Vorteil, als dass neben der EU auch sämtliche Mitgliedstaaten für die Erfüllung der eingegangen Verpflichtungen gemeinsam eintreten. Von Nachteil ist freilich, dass sich Abgrenzungsfragen stellen, wer genau für welche Verpflichtung aus dem Abkommen einsteht. Zudem berühren nun sämtliche vertragsrechtlichen Vorgänge (Annahme/Ratifikation, Änderung, Kündigung) nicht mehr die EU alleine – wobei die Mitgliedstaaten über den Rat freilich in einer zentralen Rolle beteiligt bleiben –, sondern müssen auch formal im Grundsatz durch sämtliche Mitgliedstaaten gleichsam einstimmig mitgetragen werden.

Im Binnenverhältnis EU-Mitgliedstaaten tritt als weitere Schwierigkeit hinzu, dass der über das Europarecht abgestützte Teil eines Abkommens integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung wird und damit auch am Vorrang des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht teilhat,[16] gleichsam zu Unionsrecht mutiert. Auch die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit

---

[15] In jüngerer Zeit wurden beispielsweise die Handelsabkommen mit den Andenstaaten Peru und Kolumbien als gemischte Abkommen geschlossen wegen der darin enthaltenden Regelungen zur Abrüstung und Nichtverbreitung von Massenvernichtungswaffen, ebenso die Abkommen mit den zentralamerikanischen Staaten Honduras, Nicaragua, Panama, Costa Rica, El Salvador und Guatemala, vgl. die jeweils genannten Vertagspartner, ABl. L 354 vom 21.12.2012, S. 3 bzw. ABl. L 346 vom 15.12.2012, S. 3; wichtige Bespiele für gemischte Abkommen sind ferner das GATS und das TRIPS. Hier verfügte die damals noch EG nicht über die ausschließliche Zuständigkeit für den Abschluss des jeweils gesamten Abkommens, da zu diesem Zeitpunkt Dienstleistungen insgesamt und Handelsaspekte des geistigen Eigentums noch nicht dem Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik im Sinne von damals Art. 133 EGV unterfielen, vgl. EuGH, Gutachten 1/94, WTO, Slg. 1994, I-5267, Rn. 98 und 105.

[16] EuGH, Rs. C-459/03, Mox Plant, Slg. 2006, I-4635, Rn. 82.

– für das WTO-Recht verneint [17] – stellt sich dann. Der über die Mitwirkung der Mitgliedstaaten gestützte Teil des Abkommens bleibt dagegen aus Sicht der Mitgliedstaaten herkömmliches Völkervertragsrecht und folgt den dafür bestehenden Regeln der jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung.[18]

bb) Vertragsschluss bei zwischen EU und Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeiten

Ist die Lage bei ausschließlicher Kompetenz der EU oder – mangels EU-Kompetenz – ausschließlicher Kompetenz der Mitgliedstaaten jeweils noch einigermaßen eindeutig, so wird es unübersichtlicher, wenn sich ein Vertragsgegenstand im Bereich der zwischen der EU und den Mitgliedstaaten „geteilten Zuständigkeiten" befindet.

Nach Art. 2 Abs. 2 AEUV können in Bereichen der geteilten Zuständigkeit beide Ebenen, die Union wie auch die Mitgliedstaaten, tätig werden. Allerdings: „Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit wahr, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat." Mit anderen Worten: Sobald die EU ihre Zuständigkeit ausgeübt hat, sind die Mitgliedstaaten gleichsam „gesperrt". Dies gilt auch für den Abschluss völkerrechtlicher Abkommen. Es kommt nun wieder die Kategorie der „nachträglichen unechten" Außenkompetenzen der EU in den Blick (Art. 3 Abs. 2 AEUV; Art. 216 Abs. 1 AEUV), Kompetenzen nach außen, die an die innerunionale Rechtsentwicklung anknüpfen.

Letztlich kommt es in Sachmaterien der geteilten Zuständigkeit für die Kompetenz der EU zum Vertragsschluss nach außen und darauf bezogen die Rolle der Mitgliedstaaten darauf an, in welchem Umfang im Innenverhältnis von einer geteilten Zuständigkeit Gebrauch gemacht wurde. Die weitreichendste Variante ist hier, alleine durch den Vertragsschluss nach außen eine Ausübung der Zuständigkeit durch die Union anzunehmen, die im Innenverhältnis die Mitgliedstaaten in dieser Sachmaterie „sperrt".

Je nach Umfang der unionalen Aktivierung einer geteilten Kompetenz bleibt für die Mitgliedstaaten keine gesonderte Rolle mehr („EU only") oder eben die Rolle als Vertragspartei im Rahmen eines gemischten Abkommens.

3. Rechtsprechung

a) Grundsatz

Der EuGH hat das Konzept der gemischten Abkommen in seiner Rechtsprechung gebilligt. Die gegen das Konzept beispielsweise im Streit um die WTO-Abkommen erhobenen Einwände der Kommission („endlose Diskussionen" über die Zuständigkeitsfragen zwischen Union und Mitgliedstaaten, Schwächung der Verhandlungsmacht der Union und ihres einheitlichen Auftretens nach außen) hat der EuGH nicht durchgreifen lassen.[19] Etwaige Schwierigkeiten könnten die Beantwortung der Zuständigkeitsfrage nicht ändern, weil es sich dabei um eine Vorfrage handele. Es komme vielmehr auf eine enge Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und den Unionsorganen sowohl bei der Aushandlung und dem Abschluss

[17] [17] Vgl. EuGH, verb. Rs. C-300/98 und C-392/98, Dior, Slg. 2000, I-11307, Rn. 48 und 60.

[18] S. etwa EuGH, verb. Rs. C-300/98 und C-392/98, Dior, Slg. 2000, I-11307.

[19] EuGH, Gutachten 1/94, WTO, Slg. 1994, I-5267, Rn. 106 ff.

eines Übereinkommens wie bei dessen Durchführung an, wenn sein Gegenstand teils in die Zuständigkeit der Union, teils in diejenige der Mitgliedstaaten fällt. Diese Pflicht zur Zusammenarbeit ergibt sich nach dem EuGH aus der Notwendigkeit einer geschlossenen völkerrechtlichen Vertretung der Union.[20]

Im Verlauf der Jahre hat der EuGH immer wieder über das Vorliegen von Voraussetzungen eines gemischten Abkommens zu entscheiden gehabt. Er hat dabei wiederholt auch gegen eine Mitwirkung der Mitgliedstaaten entschieden und der Einordnung als gemischtes Abkommen widersprochen.[21]

b) Bestimmung der Kompetenzgrundlage

Die Kompetenzabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten kann auch ohne den Hintergrund eines Abkommens mit Dritten schwierig sein. Kommen für die Begründung unionalen Handelns mehrere Rechtsgrundlagen in Betracht, so richtet sich die Wahl der Rechtsgrundlage danach, in welchem Sachbereich der Schwerpunkt der in Rede stehenden Maßnahme liegt.[22]

Mit Blick auf die jüngere Rechtsprechung des EuGH[23] lässt sich die Frage stellen, ob das Schwerpunktkriterium auch für die Vertragsschlusskompetenzen herangezogen werden kann. Dies könnte bedeuten, dass ein Abkommen, das im Schwerpunkt die Gemeinsame Handelspolitik zum Gegenstand hat – eine ausschließliche Kompetenz der EU – wegen dieses Schwerpunktes insgesamt in den ausschließlichen Kompetenzbereich der EU fallen würde.

Einiges spricht aber dafür, dass die Orientierung am Schwerpunkt eines Abkommens im Bereich der Außenkompetenzen allenfalls dann in Betracht kommt, wenn die Zuständigkeit der Union an sich unbestritten und lediglich eine von mehreren in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen auf europäischer Ebene zu ermitteln ist. Kommen unterschiedliche Vertragsschlusskompetenzen der EU für den Abschluss eines Übereinkommens in Betracht, so ist auf Grundlage von Zusammenhang, Zielsetzung und Inhalt des Abkommens die wesentliche zu ermitteln.[24]

Mit Blick die Frage, ob ein Abkommen als ein gemischtes Abkommen zu behandeln ist, kommt es hingegen nicht auf den Schwerpunkt eines Abkommens an. Würde man in dieser Form auf den Regelungsschwerpunkt eines Abkommens abstellen, würden mitgliedstaatliche Kompetenzen neutralisiert und das Kompetenzgefüge innerhalb der EU ausgehebelt. Die

---

[20] EuGH, Beschluss 1/78, Übereinkommen über den Objektschutz von Kernmaterial, Slg. 1978, 2151, Rn. 34 ff., und EuGH, Gutachten 2/91, ILO-Übereinkommen, Slg. 1993, I-1061, Rn. 36. In diesem Kontext lässt sich fragen, ob nicht die absichtsvolle Auslassung von Vertragselementen, die an sich aufgrund des Mandates oder des Sachzusammenhangs für ein bestimmtes Abkommens vorzusehen wären, rechtliche Grenzen berührt. Wenn solche Auslassungen erkennbar dem Ziel dienen, den Charakter als gemischtes Abkommen zu vermeiden, dann kann dies einen Verstoß gegen das Prinzip der Unionstreue bedeuten.

[21] So z.B. EuGH, Gutachten 1/03, Lugano-Übereinkommen, Slg. 2006, I-1145, Rn. 173. Für die Herangehensweise des EuGH s. jüngst EuGH, Urteil vom 22.10.2013, Rs. C-137/12, Übereinkommen über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten, noch nicht veröffentlicht.

[22] Für Rechtsakte allgemein, EuGH, Rs. C-155/91, Kommission/Rat, Slg. 1993, I-939, Rn. 19 und 21; EuGH, Rs. C-42/97, Parlament/Rat, Slg. 1999, I-869, Rn. 39 f.

[23] EuGH, Urteil vom 22.10.2013, Rs. C-137/12, Übereinkommen über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten, noch nicht veröffentlicht, Rn. 53.

[24] EuGH, Rs. C-36/98, Spanien/Rat, Slg. 2001, I-779, Rn. 59; EuGH, Gutachten 2/00, Protokoll von Cartagena, Slg. 2001, I-9713, Rn. 23.

Union wäre in der Lage Politikbereiche der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit einfach mitzuregeln, solange der Hauptzweck des Abkommens in ihre Zuständigkeit fällt. Dies verstieße jedoch offensichtlich gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermäßigung (Art. 5 EUV).[25] Die Union könnte sich hier „über Bande" eine Kompetenz-Kompetenz vermittels völkerrechtlicher Abkommen schaffen.

Zudem gilt es die Tatsache zu berücksichtigen, dass hier Kompetenzfragen für die Umsetzung völkerrechtlicher Abkommen in Rede stehen. Überschreitet die Union beim Abschluss eines Abkommens die ihr zustehenden Kompetenzen, so berührt dies in der Regel die Wirksamkeit des Abkommens nach außen gerade nicht, im Außenverhältnis gegenüber dem Vertragspartner wäre die Union gebunden.[26] Das Abkommen wäre aber womöglich im Innenverhältnis rechtswidrig. Die völkerrechtliche Bindung ließe sich – anders als Kompetenzfehler bei kompetenzwidrigen Rechtsakten im innerunionalen Verhältnis – nicht ohne weiteres beseitigen. Kompetenzverletzungen blieben dauerhaft bestehen bzw. es käme zu einem dauerhaften Auseinanderfallen von Innen- und Außenkompetenz, was nicht bezweckt sein kann. Dies rechtfertigt einen strengen Maßstab für die Annahme einer ausschließlichen Unionskompetenz. Eine Schwerpunktbetrachtung führt hier nicht weiter.

Es muss vielmehr gelten, dass wenn Regelungen eines Abkommens, wie typischerweise bei vielen internationalen Abkommen, voneinander abgrenzbar sind und mehrere Ziele oder Inhalte verfolgen, eine Schwerpunktbetrachtung unzulässig ist.[27] Ansonsten könnte der Verhandlungsführer letztlich über Kompetenz und Verfahren disponieren, indem er Regelungen aus verschiedenen Bereichen bündelt.[28]

4. Zwischenbefund – „Pastis"

Die „Pastis-Metapher" veranschaulicht, worauf es ankommt:

> „Schon einzelne Teilaspekte eines Abkommens, für die der Gemeinschaft intern die Zuständigkeit fehlt, „infizieren" das Abkommen als Ganzes und machen es insgesamt von der einvernehmlichen Zustimmung der Mitgliedstaaten abhängig. [...] So wie ein kleiner Tropfen Pastis ein Glas Wasser trüben kann, können auch einzelne, noch so untergeordnete Bestimmungen in einem auf Art. 133 Abs. 5 Unterabs. 1 EGV [jetzt Art. 207 AEUV] gestützten internationalen Vertragswerk den Zwang zum Abschluss eines gemischten Abkommens auslösen."[29]

Danach ist eine quantitative Betrachtung nicht maßgeblich. Die entscheidende Frage für die Einordnung eines Abkommens in den Bereich der gemischten Abkommen und damit für ein

---

[25] Dazu etwa Krajewski, Stellungnahme zur Frage, ob das geplante Freihandelsabkommen zwischen der EU und Peru und Kolumbien als sog. gemischtes Abkommen abgeschlossen werden muss, 16.3.2011, S. 2, abrufbar unter http://www2.weed-online.org/uploads/eu_kolumbienperufta_gemischtesabkommen.pdf.

[26] Näher dazu Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 216 AEUV Rn. 24.

[27] Müller-Ibold, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar, 6. Aufl. 2013, Vorb. Art. 206-207 AEUV Rn. 12.

[28] Müller-Ibold, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar, 6. Aufl. 2013, Vorb. Art. 206-207 AEUV Rn. 12. S. dazu auch EuGH, Gutachten 1/08, GATS, Slg. 2009, I-11129, Rn. 139 ff., es ging in der Sache um die Frage, ob ein Abkommen, das sowohl Regelungen zu Dienstleistungen enthält, die damals nicht Teil der Gemeinsamen Handelspolitik waren, und solchen die aber unter ehemals Art. 133 Abs. 1 EGV zu fassen waren, als gemischtes Abkommen zu schließen seien. Der EuGH führt aus, dass unter Zugrundelegung einer Schwerpunktbetrachtung die Zuständigkeitsfrage allein davon abhänge, ob die Vertragsparteien nur den Handels mit Dienstleistungen, die nicht in den Anwendungsbereich der Gemeinsamen Handelspolitik fielen, oder sowohl diesen Handel als auch den Handel mit sämtlichen Dienstleistungen regeln. Dies könne nicht richtig sein. Dem ist zuzustimmen.

[29] GA Kokott, Schlussanträge vom 26.3.2009, Rs. C-13/07, Kommission/Rat (Vietnam), ECLI:EU:C:2009:190, Rn. 121.

Zustimmungserfordernis der Mitgliedstaaten lautet: Besteht auf Ebene der EU eine Kompetenzlücke im Hinblick auf auch nur einen Teilaspekt des Abkommens?

III. Der CETA Vertragsentwurf vom 1. August 2014

1. Allgemeines

Nach mehrjährigen Verhandlungen wurde am 1. August 2014 ein erster konsolidierter Vertragstext für das CETA vorgelegt.[30] Der Text des Abkommens umfasst etwa 500 Seiten. Hinzu kommen Anhänge und weitere Dokumente im Umfang von weiteren ca. 1000 Seiten. Der Text ist noch nicht endgültig. Deswegen erfolgen die nachfolgenden Ausführungen unter Vorbehalt. Wie sich am Beispiel der Strafvorschriften belegen lässt, kann es auf ein einziges Wort ankommen („may" oder „shall", dazu unten, S. 17).

Der Entwurf vom 1. August 2014 enthält an zahlreichen Stellen Bezugnahmen auf die Mitgliedstaaten der EU. Für die Annahme eines gemischten Abkommens reicht es allerdings nicht aus, dass die Mitgliedstaaten im Abkommen erwähnt werden. Es ist noch offen gelassen, wer genau das Abkommen mit Kanada schließen wird. Der Textentwurf spricht an vielen Stellen lediglich von Vertragsparteien. Hintergrund ist, dass das Verhandlungsmandat für die Kommission von den Mitgliedstaaten in Erwartung eines gemischten Abkommens erteilt wurde, die Kommission jedoch von einem „EU only"-Abkommen ausgeht. Die Frage wird zwischen Mitgliedstaaten bzw. Rat und Kommission noch zu klären und der Text des Abkommens dann entsprechend zu finalisieren sein.[31] Dies gilt auch für den Hinweis auf mögliche zukünftige EU-Mitgliedstaaten, deren Kompetenzen durch das CETA berührt sind.[32] Dieser reicht auch nicht aus, um ein gemischtes Abkommen zu begründen.

Auch die bloße Erwähnung von Materien, für die die EU keinerlei Zuständigkeit besitzt – etwa in der Präambel eine Passage zu Massenvernichtungswaffen[33] – genügt nicht.

Ebenfalls nicht ausreichend zur Auslösung eines gemischten Abkommens sind allgemeine Kooperations- und Dialogzusagen. In Kapitel 29 (Dialogues and Bilateral Cooperation) sind diese zu den Sachbereichen Biotechnology, Forstprodukte, Rohstoffe sowie Wissenschaft/Technik/Forschung/Innovation vorgesehen. Sollte das CETA als „EU only"-Abkommen geschlossen werden, betreffen die dort gegebenen Zusagen zu Dialogen und Austausch die Union. Für die Mitgliedstaaten ergeben sich daraus keine rechtlich verbindlichen Vorgaben.

Es kommt auf Kompetenzaussagen im CETA an (dazu 2.). Daneben gibt es bei einer unklaren oder umstrittenen Kompetenzlage Hinweise auf eine Vertragsschlusspraxis, bei der gemischte Abkommen aus politischen Gründen geschlossen werden (dazu 3.). Für Deutschland verbin-

[30] Rats-Dok. v. 5.8.2014.
[31] So auch der Hinweis zum Inkrafttreten bei Kapitel 34 (Final Provisions) Art. X.06: „Negotiators' note: article to be reviewed once term 'Party' has been defined."
[32] Kapitel 34 (Final Provisions) Art. X.09 Abs. [5].
[33] Kapitel 1 (Präambel) 9. Erwägungsgrund, s. aber in diesem Kontext oben, Fn.15.

det sich mit der Beteiligung des Bundestages bei gemischten Abkommen auch eine verfassungsrechtliche Dimension (dazu 4.).

2. Mitgliedstaatliche Kompetenzen im CETA

Als Auslöser für ein gemischtes Abkommen kommen im CETA niedergelegte Vereinbarungen zum Investitionsschutz (a), zum Verkehr (b), zu Strafvorschriften (c), zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen (d), zum Arbeitsschutz (e) und zur „Guten Herstellungspraxis" („GMP") im Arzneimittelbereich in Betracht (f). Daneben bestehen etliche Einzelaspekte (g).

a) Investitionsschutz

Die im CETA vorgesehenen Bestimmungen zum Investitionsschutz machen eine mitgliedstaatliche Beteiligung am Abkommen erforderlich, weil sie durch einen umfassenden Ansatz als Investitionsschutzabkommen auch im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten befindliche Investitionsformen (Portfolioinvestitionen) erfassen (aa). Ein gemischtes Abkommen ist ferner im Hinblick auf die Regeln zur Kündigung mitgliedstaatlicher Investitionsschutzabkommen (bb), zur Enteignung und zum Eigentumsschutz (cc) sowie zum Investitionsschutz durch ein Schiedsgericht und zur mitgliedstaatlichen Haftung (dd) nötig.

aa) Definition von „Investitionen"

Das CETA-Abkommen enthält im Kapitel 10 (Investment) und Kapitel 15 (Financial Services) Regelungen zum Investitionsschutz. Die dort niedergelegten Definitionen von Investitionen (Kapitel 10 (Investment) Art. X.3, Kapitel 15 (Financial Services) Art. 2) verwenden den umfassenden Definitionsansatz herkömmlicher Investitionsschutzabkommen. Für einen solch umfassenden Investitionsschutz verfügt die Union aber nicht über ausreichende Vertragsschlusskompetenzen, was ein gemischtes Abkommen erforderlich macht.

(1) Keine umfassende Vertragsschlusskompetenz zum Investitionsschutz aus Art. 207 AEUV

Mit dem Vertrag von Lissabon (2009) sind die „ausländischen Direktinvestitionen" in den Katalog möglicher Gegenstände von Abkommen nach Art. 207 Abs. 1 AEUV und damit in den Bereich der ausschließlichen Außenkompetenzen der EU aufgenommen worden, so dass eine ausschließliche Vertragsschlusskompetenz aus Art. 207 Abs. 1 AEUV für Investitionsschutzabkommen zunächst in Betracht kommt. Der in Art. 207 Abs. 1 AEUV verwendete Begriff der Direktinvestitionen bedarf indessen der Klärung.[34]

[34] Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 53. EL 2014, Art. 207 AEUV Rn. 46; Johannsen, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 90, August 2009, S. 9 ff.

Denkbar ist zwar, jeglichen ausländischen Einsatz von Kapital für ausreichend anzusehen oder auf Definitionsansätze aus dem Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit zurückzugreifen.[35] Überwiegend werden im investitionschutzrechtlichen Kontext jedoch als Direktinvestitionen grenzüberschreitende Investitionen in ausländische Unternehmen oder Betriebsstätten angesehen, die das Ziel verfolgen, Einfluss auf Unternehmen zu haben.[36] Im Gegensatz dazu handelt es sich bei Portfolioinvestitionen um Investitionen, die nur der Geldanlage und damit der Erzielung von Einkünften dienen, ohne dabei unternehmerische Zwecke zu verfolgen.[37] Somit kann als entscheidendes Kriterium einer Differenzierung zwischen Direkt- und Portfolioinvestitionen das Ziel des Kontrollerwerbs gelten.[38]

Die Abgrenzung von Direktinvestitionen zu den Portfolioinvestitionen ist nicht nur im Unionsrecht etabliert.[39] Reine Portfolioinvestitionen, also der Erwerb von Anteilen ausländischer Gesellschaften ohne Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zu dem Unternehmen, fallen daher nicht in den Anwendungsbereich der Abkommen nach Art. 207 AEUV.[40] Dies ergibt sich übrigens auch aus der Entstehungsgeschichte der heute in Art. 207 Abs. 1 AEUV befindlichen Ergänzung um die „ausländischen Direktinvestitionen" im Verfassungskonvent, auf den diese Ergänzung zurückgeht.[41]

Auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat seiner Prüfung des Vertrags von Lissabon und der Ergänzung des Art. 207 AEUV um ausländische Direktinvestitionen diese Unterscheidung zugrunde gelegt. Es ist dabei ersichtlich davon ausgegangen, dass es für Abkommen mit Regelungen zu Portfolioinvestitionen weiter eines gemischten Abkommens, mithin für Deutschland der Mitwirkung des Deutschen Bundestages, zwingend bedarf.[42]

Art. 207 AEUV umfasst daher zunächst nur Direktinvestitionen, die dem Kontrollerwerb dienen, nicht hingegen reine Portfolioinvestitionen.

Zudem können auch Regelungen betreffend Direktinvestitionen nicht pauschal der Gemeinsamen Handelspolitik und damit einer ausschließlichen Außenkompetenz der EU zugeschlagen werden. Die Gemeinsame Handelspolitik nach Art. 207 AEUV betrifft im Ausgangspunkt klassische Handelsabkommen.[43] Nach der Rechtsprechung des EuGH fällt ein Rechtsakt der Union unter die Gemeinsame Handelspolitik, „wenn er speziell den internationalen Warenaustausch betrifft, weil er im Wesentlichen den Handelsverkehr fördern, erleichtern oder regeln soll und sich direkt und sofort auf den Handel mit den betroffenen Erzeugnissen auswirkt".[44]

---

[35] S. etwa EuGH, Rs. C-326/07, Kommission/Italien, Slg. 2009, I-2291, Rn. 35 zu Direktinvestitionen auf Grundlage des Kapitalverkehrskapitels (Art. 63 ff. AEUV).
[36] Müller-Ibold, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar, 6. Aufl. 2013, Vorb. Art. 206-207 AEUV Rn. 17.
[37] Müller-Ibold, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar, 6. Aufl. 2013, Vorb. Art. 206-207 AEUV Rn. 17.
[38] BVerfGE 123, 267 (421) – Lissabon.
[39] S. dazu OECD, Code of Liberalisation of Capital Movements, 2009, Annex A, List A, S. 27; s. ansonsten Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 53.EL 2014, Art. 207 AEUV Rn. 46.
[40] Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 53. EL 2014, Art. 207 AEUV Rn. 46.
[41] Im Verfassungskonvent war man sich sogar uneinig, ob der Begriff der ausländischen Direktinvestitionen überhaupt in den Anwendungsbereich der Gemeinsamen Handelspoltik aufgenommen werden sollte, vgl. CONV 707/03, S. 7; CONV 821/03, S. 125.
[42] BVerfGE 123, 267 (421) – Lissabon; so auch Müller-Ibold, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar, 6. Aufl. 2013, Art. 207 AEUV Rn. 4.
[43] Krajewski, External Trade Law and the Constitution Treaty, CMLRev. 2005, 91 (114).
[44] EuGH, Rs. C-414/11, Daiichi Sankyo und Sanofi-Aventis, Slg. 2013, I-0000, Rn. 51; EuGH, Rs. C-347/03, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia und ERSA, Slg. 2005, I-3785, Rn. 75 m.w.N.

Selbst wenn der Rahmen der Handelspolitik gemäß Art. 207 AEUV durch den Vertrag von Lissabon erweitert wurde, erscheint es vor dem Hintergrund des Ausgangspunktes „Handelspolitik“ nicht fernliegend, für Direktinvestitionen im Rahmen der Gemeinsamen Handelspolitik im Sinne des Art. 207 AEUV stets einen handelsspezifischen Bezug zu fordern.[45] Das bedeutet auch, dass der Direktinvestitionsbegriff der Gemeinsamen Handelspolitik nicht mit dem des Kapitalverkehrskapitels des AEUV gleichzusetzen sein kann.[46]

Direktinvestitionen im Sinne des Art. 207 AEUV unterliegen daher einer in doppelter Hinsicht eingeschränkten Auslegung.

Das CETA enthält durch seine unterschiedslose Definition von Investitionen Regelungen, die sich nicht auf Art. 207 AEUV stützen lassen, da es sowohl Regelungen im Hinblick auf Portfolioinvestitionen als auch für den Bereich der Direktinvestitionen jenseits der handelsbezogenen Direktinvestitionen enthält. Im Ergebnis stellt also Art. 207 AEUV keine ausreichende Grundlage für den Abschluss eines Abkommens dar, dass derart umfassende Investitionsschutzbestimmungen enthält wie das CETA.

Dies fügt sich in eine allgemeinere Beobachtung ein. Das CETA trägt mit Regelungen beispielsweise zur Enteignung in weiten Teilen Züge eines Handels- *und* Investitionsschutzabkommens. Investitionsschutzverträge stellen aber eine eigenständige Kategorie des internationalen Rechts dar, für die der welthandelsrechtliche Kontexte nur am Rande von Bedeutung ist.[47] Als Indiz für den besonderen investitionsschutzrechtlichen Charakter des CETA kann gelten, das Kanada gerade einmal mit sieben der 28 Mitgliedstaaten der EU (Slowakei, Rumänien, Polen, Lettland, Ungarn Tschechien, Kroatien) bisher ein Investitionsschutzabkommen geschlossen hat,[48] das CETA also gerade auch in investitionsschutzrechtlicher Hinsicht diese Lücke schließen soll. Als Rechtsgrundlage für ein umfassendes Investitionsschutzabkommen ist Art. 207 AEUV aber schlicht nicht gedacht.[49]

(2) Keine umfassende Vertragsschlusskompetenz zum Investitionsschutz aus sonstigen Rechtsgrundlagen

Eine Zuständigkeit der EU kann sich vorliegend auch nicht über Art. 3 Abs. 2 AEUV in Verbindung mit einer Binnenkompetenz ergeben.[50] Zum einen besteht im Innenverhältnis noch keine umfassende Regelung auf dem Gebiet des Investitionsschutzes seitens der Union auf Grundlage einer Kompetenz aus dem Kapitalverkehrskapitel (Art. 63 ff. AEUV), die durch

[45] Krajewski, External Trade Law and the Constitution Treaty, CMLRev. 2005, 91 (114).
[46] Damit sind auch Definitionsansätze des EuGH aus dem Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit (s. oben Fn. 35) für Art. 207 AEUV nicht verwertbar.
[47] BVerfGE 123, 267 (420) – Lissabon.
[48] Department of Foreign Affairs, Trade and Development Canada, Foreign Investment Promotion and Protection Agreements, Stand: 18.12.2013; vgl. auch CETA vom 1.8.2014, Kapitel 34 (Final Provisions) Annex Y.
[49] Daran ändert auch der weitreichende auf Art. 207 Abs. 2 AEUV gestützte Vorschlag der Kommission für eine EU-Verordnung zur Regelung von Investitionsschutzstreitigkeiten nichts, weil über das Sekundärrecht keine Ausweitung von Kompetenzbestimmungen des Primärrechts erfolgen kann. Alleine auf Art. 207 Abs. 2 AEUV gestütztes Sekundärrecht kann demnach auch nur den handelspolitikbezogenen Ausschnitt von Investitionen erfassen, so auch der Juristische Dienst des Rates, 17144/12 v. 30.11.2012. S. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung der Rahmenbedingungen für die Regelung der finanziellen Zuständigkeit bei Investor-Staat-Streitigkeiten vor Schiedsgerichten, welche durch völkerrechtliche Übereinkünfte eingesetzt wurden, deren Vertragspartei die Europäische Union ist, KOM (2012) 335 endg.
[50] In diese Richtung aber die Kommission, Mitteilung der Kommission, „Auf dem Weg zu einer umfassenden europäischen Auslandsinvestitionspolitik“, KOM 2010 (343), S. 9.

mitgliedstaatliche Investitionsschutzabkommen gefährdet wäre. Für Portfolioinvestitionen verfügt die Union schon kaum über Rechtsetzungsermächtigungen.[51] Art. 64 Abs. 2 AEUV bezieht sich ausdrücklich auf „Direktinvestitionen".

Der Fall einer (nachträglichen) ausschließlichen Vertragsschlusskompetenz der Union um die Ausübung ihrer internen Kompetenz zu ermöglichen,[52] liegt ebenfalls nicht vor.

(3) Zwischenergebnis

Die Union bleibt für die umfassenden Investitionsschutzregelungen des CETA kompetenziell auf die Mitgliedstaaten und deren Mitwirkung in einem gemischten Abkommen angewiesen.

bb) Kündigung mitgliedstaatlicher Investitionsschutzabkommen

In Kapitel 34 (Final Provisions) regelt das CETA-Abkommen in Art. X.07 das Verhältnis des CETA zu anderen Abkommen. Es wird insofern auf die zwischen einzelnen Mitgliedstaaten und Kanada derzeitig bestehenden acht bilateralen Investitionsschutzabkommen – Deutschland ist nicht betroffen – verwiesen.[53] Diese Abkommen sollen gemäß Art. X.07 durch das CETA ersetzt und außer Kraft gesetzt werden. Hier wird einmal mehr offenkundig, dass das CETA als umfassendes Investitionsschutzabkommen angelegt ist.

Kompetenzrechtlich stellt sich die Frage, ob die EU ohne Beteiligung der Mitgliedstaaten mit Kanada Vereinbarungen über diese völkerrechtlichen Abkommen der Mitgliedstaaten treffen kann.

Einmal eingegangene völkerrechtliche Bindungen können nach allgemeinen völkervertragsrechtlichen Regeln im Grundsatz nur durch die ursprünglichen Vertragspartner – konkret: Kanada und der jeweilige Mitgliedstaat – aufgehoben werden.[54] Damit die Vorschrift des Art. X.07 Wirkung entfalten kann, müssten also am CETA die Vertragsparteien beteiligt sein, die die aufzuhebenden bilateralen Investitionsschutzabkommen ursprünglich geschlossen haben. Dazu müsste das CETA als ein gemischtes Abkommen geschlossen werden.

Das BVerfG sah übrigens im Lissabon-Urteil den Fortbestand bereits geschlossener Investitionsschutzabkommen durch die mit dem Vertrag von Lissabon geänderte Kompetenzverteilung im Bereich der Außenkompetenzen als nicht gefährdet an.[55] Es führt hierzu an, dass spätere Integrationsschritte den rechtstatsächlichen Zustand in den Mitgliedstaaten nicht beseitigen und verweist auf den Rechtsgedanken des Art. 351 Abs. 1 AEUV.[56] Völkerrechtliche Abkommen eines Mitgliedstaats können dadurch zwar mit Unionsrecht unvereinbar sein, sie sind deshalb von der EU zu genehmigen,[57] aber sie entfalten ihre Wirkung im Außenverhältnis zu

[51] Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 53. EL 2014, Art. 207 AEUV Rn. 46.
[52] Dazu Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 53. EL 2014, Art. 207 AEUV Rn. 46.
[53] Vgl. CETA vom 1.8.2014, Kapitel 34 (Final Provisions) Annex Y.
[54] Vgl. Art. 54 lit. b WVRK. Ferner könnte man das CETA als Vertrag zu Lasten Dritter ansehen, durch den die Mitgliedstaaten, die ein bilaterales Investitionsschutzabkommen mit Kanada geschlossen haben, verpflichtet werden, dieses aufzuheben. Ein Vertrag zu Lasten Dritter erfordert aber gemäß Art. 35 WVRK die ausdrückliche Annahme dieser Verpflichtung in schriftlicher Form durch den Drittstaat.
[55] BVerfGE 123, 267 (421) – Lissabon.
[56] BVerfGE 123, 267 (422) – Lissabon..
[57] BVerfGE 123, 267 (422) – Lissabon.

dem Vertragspartner weiterhin.[58] Die EU ist hinsichtlich ihrer Handlungsoption beschränkt, sie kann die Abkommen nicht aufheben, sondern hat die Erfüllung der mitgliedstaatlichen Pflichten aus einem Abkommen nicht zu behindern.[59] Daher ist es die Pflicht der Mitgliedstaaten bei der Wahrnehmung von geteilten Außenkompetenzen mit einer entsprechenden Gestaltung der Abkommen z.B. durch Kündigungsklauseln in den jeweiligen Abkommen dafür Sorge zu tragen, dass effektives zukünftiges Handeln der EU nicht unmöglich gemacht wird.[60] Auch trifft sie eine Anpassungspflicht aus dem Rechtsgedanken des Art. 351 Abs. 2 AEUV, die zu einer Kündigungspflicht führen kann.[61] Aber auch in diesem Fall liegt die Handlungsoption in den Händen der Mitgliedstaaten.

Es bleibt dabei, dass die Vorschrift des Art. X.07 ein Mitwirken der Mitgliedstaaten am CETA erfordert. Das CETA ist auch aus diesem Grund als gemischtes Abkommen zu schließen.

cc) Enteignung und Eigentumsschutz

Das CETA enthält weitreichende Enteignungs- und Entschädigungsregeln zum Eigentumsschutz in Kapitel 10 (Investment) Art. X.11, der auch auf die Vorschriften in Kapitel 15 (Financial Services) Anwendung findet (Kapitel 15 Art. 1 Abs. 3).

Dafür besteht keine EU-Kompetenz.

(1) Keine Vertragsschlusskompetenz bezüglich Enteignungen und Eigentumsschutz aus Art. 207 AEUV

Art. 206 AEUV, der im AEUV den Titel zur Gemeinsamen Handelspolitik einleitet, betraut die Union lediglich mit der Beseitigung von *Beschränkungen* ausländischer Direktinvestitionen.[62] Demnach können Regelungen zu Direktinvestitionen nur dann Teil der gemeinsamen Handelspolitik im Sinne des Art. 207 AEUV sein, wenn sie die Beseitigung von Beschränkungen ausländischer Direktinvestitionen betreffen.[63]

Davon nicht erfasst sind aber Regelungen, die einen weitergehenden Schutz von Investitionen, also den reinen Eigentumsschutz von Auslandsvermögen, durch Schutz vor Enteignungen betreffen, was traditionell dem Bereich umfassender Investitionsschutzabkommen zuzuordnen ist.[64] Art. 207 AEUV kommt mit Blick auf Art. 206 AEUV (s.o.) für derartige umfassende Regelungen als Kompetenzgrundlage nicht in Betracht.

[58] Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 351 AEUV Rn. 1.
[59] Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 351 AEUV Rn. 20.
[60] EuGH, Rs. 3/76, Kramer, Slg. 1976, 1279, Rn. 40, 44/45.
[61] EuGH, Rs. C-13/93, Minne, Slg. 1994, I-371, Rn. 15.
[62] Krajewski, External Trade Law and the Constitution Treaty, CMLRev. 2005, 91 (114.)
[63] Krajewski, External Trade Law and the Constitution Treaty, CMLRev. 2005, 91 (114); Leczykiewicz, Common Commercial Policy, German Law Journal 2005, 1673 (1678).
[64] Krajewski, External Trade Law and the Constitution Treaty, CMLRev. 2005, 91 (114); Leczykiewicz, Common Commercial Policy, German Law Journal 2005, 1673 (1678).

(2) Keine Vertragsschlusskompetenz bezüglich Enteignungen und Eigentumsschutz aus sonstigen Rechtsgrundlagen

Explizite ausschließliche Vertragsschlusskompetenzen sind im Übrigen nicht in Sicht. Allenfalls implizite Vertragsschlusskompetenzen gemäß Art. 216 AEUV kommen noch in Betracht. Nur bei besonders großzügiger Auslegung erscheint es denkbar, Enteignungs- und Entschädigungsregelungen zum Eigentumsschutz durch die Union in den Kontext der Vorschriften zur Niederlassungsfreiheit zu rücken (Art. 50 Abs. 1 AEUV, Art. 51 Abs. 2 AEUV). Dann müsste jedoch noch zu begründen sein, warum ein Abkommen, das diesen Bereich regelt, zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit erforderlich ist (vgl. Art. 216 Abs. 1 AEUV).

In jedem Falle spricht Art. 345 AEUV gegen eine EU-Zuständigkeit zur Festlegung von Standards für Enteignungen und Garantien im Hinblick auf den Enteignungsschutz.[65] Nach Art. 345 AEUV lassen die europäischen Verträge die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten unberührt. Dies stellt eine Kompetenzschranke für die EU hinsichtlich der Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten dar. Die Union darf nicht in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten über Organisation und Zuordnung der Eigentumsordnung eingreifen.[66]

Der EuGH hat freilich immer wieder herausgestellt, dass eigentumsrechtliche Fragen dem Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht völlig entzogen sind, indem er betont, dass sich mitgliedstaatliche Regelungen an europarechtliche Vorgaben im Bereich der Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts halten müssen, mit der Konsequenz das z.B. diesbezügliche Sonderrechte für die öffentliche Hand nicht mit dem Unionsrecht vereinbar sind.[67] Ferner sollen Sekundärrechtsregelungen durchaus Fragen des Eigentums berühren dürfen.[68] Im Annibaldi-Urteil hat der EuGH darüber hinaus angedeutet, dass das Unionsrecht grundsätzlich sogar Enteignungsregelungen vorsehen könnte.[69] Das Annibaldi-Urteil ist indessen vom EuGH in diesem Kontext nicht wieder aufgegriffen worden. Daher bleibt es dabei, dass Art. 345 AEUV unionalen Kompetenzansprüchen im Bereich von Enteignungs- und Entschädigungsregelungen zum Eigentumsschutz Grenzen setzt, dies gilt insbesondere für Regelungen über direkte Enteignungen wie in sie im CETA in Kapitel 10 (Investment) Art. X.11 zu finden sind.

Mangels Unionskompetenz zur Regelung von Enteignungsfragen im Investitionsschutz ist ein gemischtes Abkommen erforderlich.

dd) Investitionsschutz durch Schiedsgericht (Investor-state dispute settlement), Haftung

Kapitel 10 (Investment) enthält unter Section 6 in den Art. X.17 bis X.43.1 eine Vielzahl von Detailregeln zur Streitbeilegung in Investitionsschutzstreitigkeiten vor einem Schiedsgericht. Zum Anwendungsbereich heißt es wörtlich in Art. X.17 Abs. 1 (Scope of a Claim to Arbitration):

> „[...] an investor of a Party may submit to arbitration under this Section a claim that the respondent has breached an obligation under: (a) Section 3 (Non-Discriminatory Treatment) of this Chapter, with respect

[65] So auch Tietje, in: Pache/Schorkopf, Die Europäische Union nach Lissabon, 2009, S. 33 (S. 50).
[66] Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 345 AEUV Rn. 5.
[67] EuGH, Rs. 182/83, Robert Fearon & Co Ltd gegen Irish Land Commission, Slg. 1984, 3677, Rn. 7; EuGH, Rs. C-463/00, Golden Shares, Slg. 2003, I-4581, Rn. 67; EuGH, Rs. C-452/01, Margarethe Ospelt und Schlössle Weissenberg Familienstiftung, Slg. 2003, I-9743, Rn. 24.
[68] Vgl. EuGH, verb. Rs. 56/64 und 58/64, Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH, Slg. 1966, 322 (394).
[69] EuGH, Rs. C-309/96, Annibaldi, Slg. 1997, I-7493, Rn. 23.

to the expansion, conduct, operation, management, maintenance, use, enjoyment and sale or dispo-sal of its covered investment; or (b) Section 4 (Investment Protection) of this Chapter; and where the investor claims to have suffered loss or damage as a result of the alleged breach."

Schon weil es sich um ein umfassendes, alle möglichen Investitionen – auch Portfolioinvestitionen (s.o.) – betreffendes Schiedsverfahren handelt, reicht Art. 207 Abs. 1 AEUV als Kompetenz nicht aus. Andere Kompetenzen der EU sind nicht ersichtlich. Es bleibt lediglich der Weg über ein gemischtes Abkommen.

Das hier angelegte Schiedsverfahren reicht potentiell tief in den Kompetenzraum der Mitgliedstaaten hinein. Das belegen insbesondere die Regeln zur Haftung in Kapitel 10 (Investment) Art. X.20 Abs. 3 und 4. Danach verfügt die Kommission darüber, wer im Verfahren Antragsgegner ist. Selbst wenn ein Mitgliedstaat vorrangig in Anspruch genommen wird, so bleibt es doch bei einer gemeinschaftlichen Haftung von EU und Mitgliedstaaten. Damit könnten bei Ausfall des angegriffenen Mitgliedstaates Haftungsansprüche auf andere Mitgliedstaaten zukommen. Für eine solche Haftungskonstruktion besteht keine Unionskompetenz.[70]

Auch unter diesem Aspekt bedarf daher es eines gemischten Abkommens.

ee) Zwischenergebnis

Bereits das Investitionskapitel des CETA macht ein gemischtes Abkommen erforderlich. Der Sache nach wird in diesem Kapitel ein vollständiges Investitionsschutzabkommen untergebracht. Dies ist besonders bemerkenswert, weil das ursprüngliche Verhandlungsmandat von Anfang 2009 das Investitionsthema noch gar nicht nannte. Dies wurde erst Ende 2009 mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon überhaupt möglich, weil damit die Ergänzung des Art. 207 AEUV um die ausländischen Direktinvestitionen erfolgte. Das Verhandlungsmandat wurde dann angepasst.

Für ein umfassendes Abkommen verleiht Art. 207 AEUV der Union keine Kompetenz, und auch der Rückgriff auf ein Patchwork anderer Kompetenztitel zur Begründung einer Vertragsschlusskompetenz für die Union trägt hier im Ergebnis nicht. Es bedarf der Mitwirkung der Mitgliedstaaten.

b) Verkehr

Es liegt nahe, das CETA darauf zu überprüfen, ob es explizit aus dem Anwendungsbereich des Art. 207 AEUV ausgenommene Materien erfasst.

Der Bereich des Verkehrs ist nach Art. 207 Abs. 5 AEUV eine solche Materie. Allerdings finden sich im CETA diesbezüglich Bereichsausnahmen, namentlich Luftverkehrsdienstleistungen sind aus dem Anwendungsbereich des CETA ausgenommen (Kapitel 11 (Cross-border trade in services), Art. X-01 Abs. 2).

[70] Die Haftungsaufteilungverordnung stiftet hier keinen Kompetenztitel, s. dazu bereits oben; s. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung der Rahmenbedingungen für die Regelung der finanziellen Zuständigkeit bei Investor-Staat-Streitigkeiten vor Schiedsgerichten, welche durch völkerrechtliche Übereinkünfte eingesetzt wurden, deren Vertragspartei die Europäische Union ist, KOM (2012) 335 endg.

Das CETA enthält jedoch in Kapitel 16 (International Maritime Transport Services) unter anderem Vorschriften zu Seeverkehrsdienstleistungen (Transport zwischen Häfen und Schiffen) und maritimen Hilfsdiensten. Da Art. 207 AEUV als unionale Kompetenz ausfällt (s.o.) kommt es darauf an, inwieweit andere Kompetenztitel hier eine Vertragsschlusskompetenz der Union begründen könnten. Eine ausschließliche Kompetenz besteht nicht. Die zwischen Union und Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit (Art. 4 Abs. 2 lit. g AEUV - Verkehr) ist auch nicht im Sinne von Art. 3 Abs. 2 bzw. Art. 216 Abs. 1 AEUV unter den dort genannten Aspekten zur (ausschließlichen) Abschlusskompetenz geworden. Insbesondere ist keine abschließende Harmonisierung für die maritimen Transport- und Hilfsdienste in Sicht. Damit bedarf es auch mit Blick auf diese im CETA geregelte Materie eines gemischten Abkommens.

c) Strafvorschriften zum Schutz von geistigem Eigentum

In der Vergangenheit waren Strafvorschriften in vergleichbaren Abkommen ein typischer Auslöser für eine mitgliedstaatliche Beteiligung im Wege der gemischten Abkommen. So ist beispielsweise das Freihandelsabkommen mit der Republik Korea von 2010[71] ausdrücklich mit Blick auf Strafvorschriften zur Effektivierung des Schutzes von geistigem Eigentum als gemischtes Abkommen geschlossen worden.[72] Wörtlich heißt es in Art. 10.54 des Abkommens:

> „Jede Vertragspartei sieht Strafverfahren und Strafen vor, die zumindest bei vorsätzlicher Nachahmung von Markenwaren und vorsätzlicher unerlaubter Herstellung von Waren, die durch ein Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrechtgeschützt sind, in gewerbsmäßigem Umfang Anwendung finden."

Eine entsprechende Bestimmung enthält das CETA nicht. In Kapitel 22 (Intellectual Property Rights) Art. 5.6 (Camcording) heißt es:

> „Each Party *may* provide for criminal procedures and penalties to be applied in accordance with its laws and regulations against any person who, without authorisation of the theatre manager or the holder of copyright in a cinematographic work, makes a copy of that work or any part thereof, from a performance of the work in a motion picture exhibition facility open to the public." (Hervorhebung hinzugefügt)

Durch „may" wird jedoch – anders als durch „shall" – keine Verpflichtung aufgegeben, es handelt sich demnach hier nicht um eine Verpflichtung zur Einrichtung von Strafsanktionen etc., sondern um eine nicht rechtsverbindliche Aufforderung im Sinne eines „jede Vertragspartei kann...". Mangels rechtlicher Verpflichtung stellt sich für diese Passage die Frage nach dem Kompetenztitel seitens der Union nicht. Das Erfordernis eines gemischten Abkommens lässt sich mit Strafvorschriften vorliegend nicht begründen.

d) Gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen

aa) Allgemeines

Das CETA behandelt in Kapitel 13 die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen (Mutual recognition of professional qualifications). Das Kapitel enthält allerdings nur Rahmenvorgaben und Verfahrensvorschriften für noch auszuhandelnde konkrete Abkommen über

[71] Freihandelsabkommen vom 6. Oktober 2010 zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits, BT-Drs. 17/10758.
[72] BT-Drs. 17/10758, S. 2: „Von der vorläufigen Anwendung ausgenommen wurden einige wenige Bereiche, die in die ausschließliche Kompetenz der EU-Mitgliedstaaten fallen (strafrechtliche Sanktionen im Bereich des Schutzes geistigen Eigentums sowie Fragen der kulturellen Kooperation."

die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen, die erst mit der Ratifikation durch die jeweiligen Parteien verbindlich würden (Kapitel 13 (Mutual recognition of professional qualifications) Art. 3). Aus dem Kapitel ergibt sich indessen nicht zwingend, dass die Mitgliedstaaten als Mitgliedstaaten an den noch auszuhandelnden Abkommen beteiligt wären. Daher ist bereits für die Rahmen- und Verfahrensfestlegungen zu prüfen, ob materiell Kompetenzen der Mitgliedstaaten in einer Weise betroffen sind, die ein gemischtes Abkommen erforderlich machen. Erfasst sind nach Kapitel 13 (Mutual recognition of professional qualifications) Art. 1 Abs. 2 „professions which are regulated in both Parties, including in all or some EU Member States and in all or some Provinces and Territories of Canada." Abgesehen davon, dass die Formulierung „both parties" den Ausschluss einer Beteiligung der 28 Mitgliedstaaten (gemischtes Abkommen) noch nicht präjudiziert – solche Bestimmungen würden noch geändert - wird hier die Anknüpfung an die Mitgliedstaatenrechtsordnungen sehr deutlich.

bb) Berufsqualifikationen und Handelspolitik

Für die Kompetenzfrage ist zunächst zu fragen, ob die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen noch unter Gemeinsame Handelspolitik im Sinne von Art. 207 AEUV zu fassen ist. Das ist zu verneinen.[73]

cc) Keine lückenlose Harmonisierung im Unionsrecht

Allerdings regelt innerhalb der EU das Europarecht heute durch eine Vielzahl von Sekundärrechtsakten die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen. Die Frage ist, ob hier noch Lücken verbleiben, die insbesondere dann, wenn kompetenziell nur die Mitgliedstaaten diese Lücken schließen können, das Erfordernis eines gemischten Abkommens begründen.

(1) Bereichsausnahmen

Dies ist jedenfalls da der Fall, wo das Unionsrecht wegen der primärrechtlichen Bereichsausnahmen bestimmte Berufsqualifikationen nicht adressieren darf. So sieht Art. 51 AEUV eine Bereichsausnahme für Tätigkeiten vor, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Diese Bereichsausnahme wird im CETA nicht vorgesehen, sodass das CETA einen größeren Anwendungsbereich abdecken soll.

(2) Reglementierte Berufe

Ansonsten wird seit 2007 das Unionsrecht in diesem Bereich durch die Berufsanerkennungs-Richtlinie definiert.[74] Diese löste die Hochschuldiplom-Richtlinie ab und trifft Festlegungen

[73] S. dazu EuGH, Gutachten 1/94, WTO, Slg. 1994, I-5267, Rn. 45 f.
[74] Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.

zu spezielleren Richtlinien wie beispielsweise der Anwaltsrichtlinie.[75]

Die Berufsanerkennungs-Richtlinie betrifft nur sogenannte reglementierte Berufe.[76] Dies gilt auch für das Kapitel 13 CETA. Ein Beruf soll gemäß Art. 2 dann als reglementiert gelten, wenn er bei beiden Vertragsparteien reglementiert ist, einschließlich aller oder einiger Mitgliedstaaten und aller oder einiger kanadischer Provinzen. Diese Formulierung ist jedoch nur schwer mit der innerunionalen Kompetenzverteilung in Einklang zu bringen, sofern mit ihr eine Erweiterung unionaler Zuständigkeiten einhergeht. An sich kann die Tatsache, dass ein Beruf in einzelnen, wenigen Mitgliedstaaten reglementiert ist – Art. 2 spricht explizit nur von „some" und nicht „most" Member States – nicht dazu führen, dass diese Berufsqualifikation EU-weit insgesamt als reglementiert gilt. Vielmehr würde sich ein Beruf, der nur in einzelnen Mitgliedstaaten reglementiert ist, bei einer vergleichenden Betrachtung für die Mehrzahl der Mitgliedstaaten nicht als reglementierter Beruf darstellen. Als reglementiert im Sinne des Unionsrechts können jedoch nur Berufe gelten, die in einer Mehrheit von Mitgliedstaaten reglementiert sind. Für solche Berufe, die in der Mehrzahl der Mitgliedstaaten nicht reglementiert sind, verfügt die Union nicht über eine Außenkompetenz zum Abschluss diesbezüglicher Anerkennungsabkommen.

(3) Drittstaatsangehörige

Das einschlägige Unionsrecht erfasst vom persönlichen Anwendungsbereich her im Ausgangspunkt nur Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten (Unionsbürger).[77] Drittstaatsangehörige, die eine Berufsqualifikation in einem EU-Mitgliedstaat erworben haben, sind grundsätzlich nicht erfasst. Zwar werden durch gesonderte Sekundärrechtsakte Drittstaatsangehörigen in den Anwendungsbereich der Berufsanerkennungs-Richtlinie mit einbezogen.[78] Es bleiben indessen selbst dort Ausschlüsse von Drittstaatsangehörigen, beispielsweise bestimmte drittstaatsangehörige Familienangehörige.[79]

Der persönliche Anwendungsbereich in Kapitel 13 CETA unterscheidet indessen nicht nach aus Sicht der EU berechtigten Drittstaatsangehörigen und solchen, die es nicht sind. Für diese letztgenannte Personengruppe bleibt es bei der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.

dd) Zwischenergebnis

Im Hinblick auf die in Kapitel 13 CETA vereinbarten Rahmen- und Verfahrensregelungen über die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen ist die Beteiligung der Mitgliedstaaten (gemischtes Abkommen) erforderlich. Schon das bloße Regeln eines Rahmens für spätere Abkommen tangiert bereits die mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten.

---

[75] Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde.
[76] Vgl. Art. 1 der Richtlinie 2005/36/EG.
[77] Vgl. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2005/36/EG.
[78] S. etwa Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2011/98/EU über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten von Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten.
[79] Ebd., Art. 3 Abs. 2. S. für ein Beispiel etwa § 2 Abs. 2a Bundes-Apothekerordnung.

e) Arbeitsschutz

Das CETA sieht in Kapitel 24 (Trade and Labour) weitreichende Bestimmungen zum Arbeitsschutz bis hin zu Verfahrensfragen vor.

Schon die wörtliche Gegenüberstellung im CETA (Handel *und* Arbeit) bestätigt, dass dieses Gebiet nicht über Art. 207 AEUV abgedeckt werden kann.

Die dazu bestehenden Unionskompetenzen sind größten Teils Unterstützungs- und Ergänzungskompetenzen mit Harmonisierungsverbot (vgl. Art. 153 Abs. 2 lit. a AEUV). Die Union ist darauf beschränkt die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern, was in der Regel durch eine Förderung des Informationsaustauschs erfolgt.[80] Zwar kann die Union im Rahmen von Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV auch Richtlinien erlassen, sie ist dabei aber in zweierlei Hinsicht eingeschränkt: erstens dürfen diese Richtlinien nur Mindestvorschriften enthalten, zweitens kann Ziel einer solchen Harmonisierung nur sein, die unterstützende und ergänzende Tätigkeit der Union nach Abs.1 zu fördern.[81] Durch diese Verbindung der Harmonisierung mit der ergänzenden und unterstützenden Tätigkeit der Union hat sie keine Kompetenz, die in Abs. 1 genannten Bereiche tiefgreifend anzugleichen.[82]

Nach Kapitel 24 (Trade and Labour) Art. 3 verpflichten sich die Parteien des Abkommens auf die Einhaltung von ILO-Standards. Die Union hat jedoch keine Kompetenz, Einfluss auf die Ratifizierung von ILO-Übereinkommen durch die Mitgliedstaaten zu nehmen wie dies Art. 3 Abs. 4 vorsieht. Denn die Mitgliedstaaten sind gemäß Art. 153 Abs. 4 AEUV zwar berechtigt strengere Schutzmaßnahmen, z.B. durch Ratifizierung von ILO-Übereinkommen, zu treffen, aber eben nicht verpflichtet. Die Union ist hier auf die Mitwirkung der Mitgliedstaaten angewiesen.

Das CETA enthält in Kapitel 24 (Trade and Labour) Art. 4 u.a. folgende Festlegungen:

> A Party shall not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, its labour law, as an encouragement for trade or the establishment, acquisition, expansion or retention of an investment or an investor in its territory.
>
> A Party shall not fail to effectively enforce its labour law, through a sustained or recurring course of action or inaction, as an encouragement for trade or investment.

In Art. 5 heißt es:

> „In connection with the obligations in Article 4, each Party shall promote compliance with and shall effectively enforce its labour law [...] „

Die Union kann indessen mangels Zuständigkeit für das Arbeitsrecht gar keine Versprechungen gegenüber einem Vertragspartner im Hinblick auf Freistellungen oder Durchsetzung von Arbeitsrecht machen. Vor diesem Hintergrund geht auch Art. 9 (Government Consultations) im Falle eines „EU only"-Abkommens weitgehend ins Leere.

Die Einhaltung der Zusagen zum Arbeitsrecht können nur die Mitgliedstaaten sichern, daraus folgt das Erfordernis eines gemischten Abkommens.

[80] Krebber, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 153 AEUV Rn. 37.
[81] Krebber, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 153 AEUV Rn. 6.
[82] Krebber, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 153 AEUV Rn. 6.

f) Gute Herstellungspraxis im Arzneimittelbereich („GMP“)

Kapitel 28 (Protocol on the good manufacturing practices for pharmaceutical products) sieht ein Protokoll über die gegenseitige Anerkennung betreffend Gute Herstellungspraxis für pharmazeutische Produkte vor.[83] Ferner sind GMP für pharmazeutische Produkte Gegenstand bilateraler Abkommen zur gegenseitigen Anerkennung mit Australien, Kanada, Israel, Japan, Neuseeland, der Schweiz, den USA und auch Kanada gewesen.[84]

Das einschlägige Unionsrecht wird in Annex I zum Kapitel 28 aufgeführt. Das danach maßgebliche Unionsrecht war im Kern auf die Vorgängervorschrift zu Art. 114 AEUV gestützt, die allgemeine Binnenmarktharmonisierungskompetenz, früher Art. 100a EWGV, 95 EGV. Eine lückenlose Harmonisierung besteht in diesem Bereich nicht.[85]

Die Rechtslage hat sich allerdings zwischenzeitlich geändert. Mit dem Vertrag von Lissabon sind Sonderregeln für „Maßnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Arzneimittel und Medizinprodukte“ in Art. 168 Abs. 4 lit. a AEUV aufgenommen worden,[86] die deutlich machen, dass Arzneimittel und Medizinprodukte nicht den herkömmlichen Regeln zum Warenverkehr folgen sollen.

Art. 168 AEUV behandelt das Gesundheitswesen und ist im Grundsatz lediglich eine Unterstützungs- und Koordinierungskompetenz (Art. 2 Abs. 5, 6 lit. a AEUV), womit der Union in aller Regel auch die Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten untersagt wird (Art. 168 Abs. 5 AEUV). Allerdings gilt für Art. 168 Abs. 4 AEUV eine Gegenausnahme, so dass hier die eben genannten Einschränkungen nicht bestehen.

Die in Art. 168 AEUV geregelte Materie bleibt gleichwohl wie aus der Gesamtbetrachtung der Vorschrift ersichtlich eine Sondermaterie, weil die Mitgliedstaaten in besonderem Maße für die Gesundheit verantwortlich bleiben. Die Union hat daher bei der Wahrnehmung ihrer Außenkompetenzen der Hauptverantwortung der Mitgliedstaaten für ihre Gesundheitspolitik Rechnung zu tragen.[87] Damit ist mit Blick auf den Bereich der CETA-Regeln zu pharmazeutischen Produkten die Mitwirkung der Mitgliedstaaten über ein gemischtes Abkommen erforderlich.

g) Einzelaspekte

aa) Gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen („SPS“)

In Kapitel 7 (Sanitary and Phytosanitary Measures, SPS) finden sich Festlegungen zu gesundheitspolizeilichen und pflanzenschutzrechtlichen Maßnahmen. Der Konnex dieser Maßnahmen zur Handelspolitik besteht darin, dass solche SPS-Maßnahmen zur Behinderung des freien Handels eingesetzt werden oder zumindest führen können. Seit 1995 besteht ein WTO-Übereinkommen über sanitäre und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen (SPS-Abkommen).

[83] Protocol to the Comprehensive Economic and Trade Agreement between the European Union and Canada on the Mutual Recognition of the Compliance and Enforcement Programme regarding Good Manufacturing Practices for Pharmaceutical Products.
[84] S. dazu die Übersicht bei der EMA, http://www.ema.europa.eu.
[85] S. zu den Hintergründen und der Rechtslage in Deutschland, Prinz, Die Good Manufacturing Practice (GMP) und ihre fehlende Verbindlichkeit für Apotheken, PharmR 2012, 16.
[86] Näher dazu, Schmidt am Busch, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 53. EL 2014, Art. 168 Rn. 54 ff.
[87] Fischer, in: in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar, 6. Aufl. 2013, Art. 168 AEUV Rn. 21.

Mit Kanada besteht daneben seit 1999 bereits ein gesondertes EU-Kanada-Veterinärabkommen.[88] Dieses soll mit Inkrafttreten des CETA enden (Art. 1). Die Mitgliedstaaten waren bei diesem Abkommen nicht beteiligt. Aus kanadischer Sicht wird das Veterinärabkommen nicht nur in CETA inkorporiert, sondern auch aktualisiert.[89]

Vorliegend von Interesse sind die Festlegungen zu den „competent authorities" (Art. 3), die sich aus dem Annex 1 zu Kapitel 7 (Competent authorities) ergeben. Unter „Competent authorities of the EU" heißt es:

> As regards exports to Canada, the Member States are responsible for the control of the production circumstances and requirements, including statutory inspections/audits and issuing health certification attesting to the agreed standards and requirements.
>
> As regards imports from Canada, the Member States are responsible for the control of the compliance of the imports with the EU's import conditions.

Den Behörden der Mitgliedstaaten kommt also eine entscheidende Rolle bei Exporten und Importen nach und aus Kanada zu.

Diese Festlegung findet sich nahezu identisch im EU-Kanada-Veterinärabkommen von 1999. Dieses wurde seinerzeit auf Art. 113 EGV gestützt, die Vorläuferbestimmung zu Art. 207 AEUV.

Ob die Inanspruchnahme mitgliedstaatlicher Verwaltungen im SPS-Kontext sich ohne weiteres auf Art. 207 AEUV stützen lässt, erscheint zweifelhaft. Die Rechtslage rund um das WTO SPS-Übereinkommen hilft nicht zwingend weiter, weil die WTO-Abkommen seinerzeit aus verschiedenen Gründen als gemischte Abkommen geschlossen wurden.

Allerdings dürften mit Blick auf den Stand des innerunionalen SPS-Rechts die Mitgliedstaaten nicht auf ein gemischtes Abkommen insistieren dürfen. Im Binnenbereich hat die Union auf Art. 37 AEUV gestützt im Bereich der Gemeinsamen Agrarpolitik das SPS-Recht umfassend geregelt.

bb) Einreise und Kurzzeitaufenthalt

Kapitel 12 (Temporary Entry) des CETA enthält Bestimmungen zu Einreise und Kurzzeitaufenthalt von Personen. Die Temporary Entry-Regelungen im CETA sind von ihrem Anwendungsbereich her darauf gerichtet, dass natürliche Personen für geschäftliche Zwecke vorübergehend einreisen und bleiben können, wobei als Personengruppen: „key personnel, contractual services suppliers, independent professionals and short term business visitors" genannt sind; demgegenüber ausgeschlossen sind die Einreise zwecks Arbeitssuche, der Regelungsbereich zur Staatsangehörigkeit, eine dauerhafte Niederlassung oder eine dauerhafte Beschäftigungsaufnahme. Die Regelungen zum Temporary Entry dürften unter den Begriff des Handels mit Dienstleistungen[90] nach Art. 207 Abs. 1 AEUV und damit gem. Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV in die ausschließliche[91] Vertragsschlusskompetenz der EU fallen. Die Temporary

[88] Agreement between the European Community and the Government of Canada on sanitary measures to protect public and animal health in respect of trade in live animals and animal products, ABl EU L 71 vom 18.03.1999, S. 3 ff.
[89] CETA Technical Summary, S. 11, abrufbar unter http://actionplan.gc.ca/sites/default/files/pdfs/cetatechnical summary.pdf.
[90] Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 53. EL 2014, Art. 207 AEUV Rn. 34.
[91] S. auch Hahn, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4. Auflage 2011, Art. 207 AEUV Rn. 68.

Entry Clause ist damit für sich betrachtet nicht geeignet, in Bezug auf das CETA ein gemischtes Abkommen auszulösen.

cc) Transparenzvorschriften

In etlichen Kapiteln des CETA finden sich gesonderte Transparenzvorschriften, die für das jeweilige Sachthema Festlegungen treffen. Soweit dort unverbindliche Bekenntnisse zum Streben nach mehr Transparenz in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen abgegeben werden, ist dies nicht zu beanstanden.[92]

Teilweise berühren diese Transparenzvorschriften den Kompetenzraum der Mitgliedstaaten. So heißt es in Kapitel 4 (Rules of origin) Art. 30:

> „Further to Articles X.03 (Transparency Chapter - Administrative Proceedings) and X.04 (Transparency Chapter - Review and Appeal), each Party shall provide that the rights of review and appeal referred to in paragraph 1 shall include access to at least two levels of appeal or review including at least one judicial or quasi-judicial level."

Entsprechender Rechtsschutz ist freilich in der EU u.a. durch die Charta der Grundrechte (Art. 47 GRCh) bereits zu gewährleisten. Im Falle eines „EU only"-Abkommens gelten die Verpflichtungen lediglich im Hinblick auf EU-Maßnahmen.

Anders ist die Lage zu beurteilen, wenn nicht an „parties" sondern an „territory" angeküpft wird, weil dies auch Rechtsakte der Mitgliedstaaten erfasst. So heißt es in Kapitel 9 (Subsidies) Art. X.2 Abs. 1 Satz 1:

> „Every two years, each Party shall notify the other Party of the following with respect to any subsidy granted or maintained within its territory: the legal basis of the subsidy; the form of the subsidy; and the amount of the subsidy or the amount budgeted for the subsidy."

Allerdings schließen diese Anforderungen an bestehende WTO-Verpflichtungen an (Art. X.2 Abs. 1 Satz 2).

Daneben enthält Kapitel 31 (Transparency) allgemeine Bestimmungen zu Transparenzvorschriften. Wörtlich heißt es dort in Art. X.01:

> „Each Party shall ensure that its laws, regulations, procedures and administrative rulings of general application respecting any matter covered by this Agreement are promptly published or made available in such a manner as to enable interested persons and the other Party to become acquainted with them."

Sollte das CETA als „EU only"-Abkommen geschlossen werden, so ergibt sich aus solchen Bestimmungen keine unmittelbare Verpflichtung für die Mitgliedstaaten. Erfasst wären dann eben nur „laws, regulations, procedures and administrative rulings of general application" der EU.

Art. X.02 Abs. 1 sieht allerdings Folgendes vor:

> „To the extent possible, on request of the other Party, a Party shall promptly provide information and respond to questions pertaining to any existing or proposed measure materially affecting the operation of this Agreement, whether or not the other Party has been previously notified of that measure."

Dies könnte auch mitgliedstaatliche Maßnahmen erfassen, allerdings nur im Rahmen des (rechtlich) Möglichen („To the extent possible").

[92] S. etwa Kapitel 25 (Trade and Environment) Art. X.7 („encourage public debate").

Die Vorschriften zur Transparenz in Kapitel 31 alleine dürften nicht ausreichend in den Kompetenzraum der Mitgliedstaaten hineinwirken, um für sich genommen ein gemischtes Abkommen auszulösen. Wären die Mitgliedstaaten aufgrund eines gemischten Abkommens auch Partei würden diese Transparenzbestimmungen indessen den intendierten Zweck wohl besser erfüllen können.

dd) Regulatorische Kooperation

Das CETA sieht in Kapitel 26 Bestimmungen zur „Regulatory Cooperation" vor. Hier wird in weiten Teilen lediglich an WTO-Recht angeknüpft. Im Übrigen heißt es ausdrücklich in Art. X.2 Abs. 6: „The Parties may undertake regulatory cooperation activities, on a voluntary basis." In der Folge geht es vorrangig um Meinungs- und Erfahrungsaustausch.

Sollte das CETA als „EU only"-Abkommen geschlossen werden, dann betreffen die Bestimmungen des Kapitels 26 nur die „regulatory, legislative and policy activities" im Sinne von Eigenaktivitäten der Union, nicht die der Mitgliedstaaten.

3. Zwischenergebnis

Jedenfalls die im CETA vorgesehenen Bestimmungen zum Investitionsschutz, zum Verkehr, zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen, zum Arbeitsschutz und zur gegenseitige Anerkennung betreffend die „Gute Herstellungspraxis für pharmazeutische Produkte" machen eine mitgliedstaatliche Beteiligung erforderlich. Das CETA ist als gemischtes Abkommen zu schließen.

IV. Vertragspraxis der gemischten Abkommen aus politischen Gründen

Die Erforderlichkeit eines gemischten Abkommens ist immer wieder zwischen Kommission und Rat streitig gewesen. Nicht selten ist es in der Vergangenheit zu gemischten Abkommen gekommen, ohne dass die Erforderlichkeit der mitgliedstaatlichen Beteiligung aus Rechtsgründen geklärt war.[93] Im vorliegenden Fall hat die Kommission bereits anlässlich der Erweiterung des Verhandlungsmandats um die Aspekte ausländischer Direktinvestitionen 2011 erklärt, dass sie das CETA als „EU only"-Abkommen sieht, wogegen die Mitgliedstaaten von einem gemischten Abkommen ausgehen.

In einer solchen Situation einer unklaren oder bestrittenen Kompetenzlage erklärt sich die Entscheidung für ein gemischtes Abkommen nicht zuletzt auch aus politischen Gründen. Dabei mag es eine Rolle spielen, dass die Mitgliedstaaten daran interessiert sind, weiterhin als eigene Völkerrechtssubjekte aufzutreten.[94]

Vor allem hat die Beteiligung der Mitgliedstaaten vermittels der mit dem gemischten Abkommen einhergehenden nationalen Ratifikationsverfahren auch Absicherungscharakter bei unübersichtlichen Kompetenzlagen. Mit der politischen Entscheidung „im Zweifel für das gemischte Abkommen" wird eine Konfliktlage gelöst, die ansonsten in langwierige Verfahren

[93] S. z.B. Henze, EuR 1995, 76 (81) für die Lomé-Abkommen.
[94] Kaiser, Gemischte Abkommen im Lichte bundesstaatlicher Erfahrungen, 2009, S. 36.

vor dem EuGH münden kann, mit entsprechender Verzögerung aber auch mit Reputationsverlust gegenüber dem potentiellen Vertragspartner.[95] Daneben sichert die mitgliedstaatliche Beteiligung auch gegen mitgliedstaatliche verfassungsrechtliche Einwände ab, wie sie im Falle einer unübersichtlichen Kompetenzlage gerade in Deutschland unter dem Aspekt eines möglichen Ultra vires-Handelns der Union und entsprechender Klagen vor dem BVerfG drohen (s. dazu unten). Nach innen trägt die Beteiligung der Mitgliedstaaten über gemischte Abkommen zur Akzeptanz der Abkommen bei, weil die eigenständige Ratifikation einen zusätzlichen Legitimationseffekt hat.

Einiges spricht vor dem Hintergrund der Vertragspraxis dafür, dass es gemischte Abkommen auch aus politischen Gründen gibt und geben sollte. Völlig voraussetzungsfrei ist dies freilich nicht. Mit Blick auf die Vertragspraxis dürften die Voraussetzungen für die Annahme eines gemischten Abkommens aus politischen Gründen mindestens die folgenden Punkte umfassen:

- *Unklare Kompetenzlage im Innenverhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten.* Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Reichweite einer Aktivierung unionaler Zuständigkeiten streitig ist, etwa wenn gegen den entsprechenden Rechtsakt der Union rechtliche Einwände bestehen, womöglich ein Rechtsstreit anhängig ist.

- *Mandatierung der Kommission von vornherein unter den Vorzeichen eines gemischten Abkommens.* Wird von Seiten der Mitgliedstaaten bereits das Verhandlungsmandat gleichsam „doppelgleisig" erteilt,[96] weil mit einem gemischten Abkommen gerechnet wird, so entfaltet dies eine auch rechtliche bedeutsame Vorwirkung. Durch diese Mandatierung wird dem Vertragspartner signalisiert, dass auf europäischer Seite nicht nur die Union sondern auch die 28 Mitgliedstaaten für das Abkommen einstehen werden. In die politischen Öffentlichkeiten der Mitgliedstaaten wird das Signal gegeben, dass über die Zustimmungserfordernisse in den Mitgliedstaaten (Ratifikation) Deliberations- und Einwirkungsmöglichkeiten bestehen. Freilich kann diese Festlegung auf ein gemischtes Abkommen nicht aus dem Nichts erfolgen, so wenig wie der Abschluss des Abkommens für sich genommen die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten zugunsten der EU aushebeln kann.

- *Keine entgegenstehenden zwingenden Vorgaben des Unionsrechts*. Die Annahme eines gemischten Abkommens aus politischen Gründen darf daher auch nicht zwingenden Einwänden des Unionsrechts begegnen und insbesondere nicht einer Entscheidung des EuGH widersprechen.

- *Besondere Bedeutung des in Frage stehenden Abkommens.* Die Annahme eines gemischten Abkommens aus politischen Gründen setzt schließlich voraus, dass es um ein besonders bedeutsames Abkommen geht. Diese besondere Bedeutung kann sich auf die Inhalte des Abkommens beziehen, auf sein potentielles Wirtschaftsvolumen oder auch auf den Bedarf an Legitimation. Die Einschätzung, ob ein Abkommen eine solche besondere Bedeutung hat, ist eine nur begrenzt gerichtlich überprüfbare Einschätzung.

Alle diese Voraussetzungen erscheinen vorliegend gegeben und können die Entscheidung für die Annahme eines gemischten Abkommens begründen helfen.

---

[95] Ehlermann, in: O'Keeffe/Schermers, Mixed Agreements, S. 3 (S. 8); Kaiser, Gemischte Abkommen im Lichte bundesstaatlicher Erfahrungen, 2009, S. 37.

[96] In der Praxis als Ratsbeschluss (einstimmig oder mit qualifizierter Mehrheit je nach avisierter unionaler Rechtsgrundlage) und daneben als gesonderter Akt der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten (einstimmig).

V. Verfassungsrechtliche Aspekte

Das Erfordernis eines gemischten Abkommens ergibt sich vorrangig mit Blick auf die europarechtliche Kompetenzlage und vor dem Hintergrund einer Vertragspraxis. Aus deutscher Sicht verbinden sich mit einem gemischten Abkommen jedoch auch Vorteile aus verfassungsrechtlicher Sicht. Damit ist nämlich die Mitwirkung des Deutschen Bundestages gesichert, wie sie möglicherweise mit Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG[97] bei einem Abkommen von der Tragweite des CETA aus Gründen der deutschen Verfassungsordnung geboten ist.

Insbesondere die Vereinbarung der Investitionsschutzregeln im CETA (s. oben) aber auch andere Inhalte des Abkommens gehen möglicherweise über das Integrationsprogramm[98] hinaus, das der deutsche Ratifikationsgesetzgeber bei der Zustimmung zu den vertraglichen Grundlagen der europäischen Integration überschauen konnte. Dies bedeutet nicht automatisch, dass aus Sicht des deutschen Verfassungsgerichts die entsprechenden Inhalte nur mit einer förmlichen Änderung der europäischen Gründungsverträge in einem Freihandelsabkommen verankert werden dürften. Das BVerfG hat im Lissabon-Urteil für die dynamische Weiterentwicklung des Europarechts die innerstaatliche Begleitung durch ein Zustimmungsgesetz nach Art. 23 GG für nötig, dann aber auch ausreichend gehalten.[99] Die entsprechenden Anwendungsfälle sind im Integrationsverantwortungsgesetz[100] niedergelegt. Insbesondere die Aktivierung des Art. 352 AEUV (Flexibilitätsklausel) belegt, wie ein Vorgang einerseits europarechtlich als Vertragsanwendung, verfassungsrechtlich aber als Vertragsänderung gedeutet werden kann. Für weitreichende Gehalte eines Freihandelsabkommens lässt sich diese Konstruktion übertragen.

Auch die potenziellen finanziellen Belastungen für die Mitgliedstaaten aus dem Investitionsschutzkapitel des CETA, die sich aus den dortigen Haftungsmechanismen ergeben, bedürfen möglicherweise unter dem Aspekt der Haushaltsverantwortung[101] aus deutscher verfassungsrechtlicher Sicht ebenfalls der Mitwirkung des Deutschen Bundestages.

Der Abschluss des CETA als gemischtes Abkommen sichert die Mitwirkung des Bundestages. Dies verkleinert das Risiko, dass wegen eines Verfahrens vor dem BVerfG das CETA aufgehalten wird.

---

[97] Vgl. BVerfGE 89, 155 – Maastricht; BVerfGE 123, 267 – Lissabon; BVerfGE 129, 124 – Euro/Griechenland; BVerfG, Urteil vom 18.3.2014, verb Rs. 2 BvR 1390/12 u.a. – ESM.

[98] Vgl. z.B. für ausländische Direktinvestitionen, die Annahme des BVerfG, Portfolioinvestitionen seien von der Gemeinsamen Handelspolitik nicht erfasst, BVerfGE 123, 267 (421) – Lissabon.

[99] BVerfGE 123, 267 (433 ff.) – Lissabon.

[100] BGBl. 2009 I S. 3022.

[101] BVerfGE 129, 124 (179) – Euro/Griechenland; BVerfG, Urteil vom 18.3.2014, verb Rs. 2 BvR 1390/12 u.a., Rn. 162 ff. – ESM.

VI. Gesamtzusammenfassung - Ergebnis

Das CETA ist als gemischtes Abkommen zu schließen. Die EU verfügt alleine nicht über hinreichende Kompetenzen für sämtliche im CETA behandelten Materien.

Bei gemischten Abkommen wirken EU und Mitgliedstaaten zusammen und treten gleichsam gemeinsam als Vertragspartei auf. In einem gemeinsamen Abkommen ist deswegen keine Hinwendung zur zwischenstaatlichen Methode in der europäischen Integration zu sehen. Vielmehr erscheint das gemeinsame Handeln von EU und Mitgliedstaaten gerade als besonders treffender Ausdruck der Verbundstruktur zwischen EU und Mitgliedstaaten.---

Franz Mayer, 28. August 2014