

**Tübinger Schriften  
zum internationalen und europäischen Recht**

---

**Band 103**

# **Umfassende Freihandelsabkommen und Grundgesetz**

**Verfassungsrechtliche Grundlagen  
der Zustimmung zu CETA**

**Von**

**Martin Nettesheim**



**Duncker & Humblot · Berlin**

MARTIN NETTESHEIM

Umfassende Freihandelsabkommen  
und Grundgesetz

Tübinger Schriften  
zum internationalen und europäischen Recht

Herausgegeben von

Martin Nettesheim

in Gemeinschaft mit

Heinz-Dieter Assmann, Jochen von Bernstorff

Jörg Eisele, Martin Gebauer, Kristian Kühl

Hans von Mangoldt, Wernhard Möschel

Thomas Oppermann, Stefan Thomas

Wolfgang Graf Vitzthum

sämtlich in Tübingen

Band 103

# Umfassende Freihandelsabkommen und Grundgesetz

Verfassungsrechtliche Grundlagen  
der Zustimmung zu CETA

Von

Martin Nettesheim



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung von Mehr Demokratie e.V., Krefeld.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0720-7654  
ISBN 978-3-428-15351-0 (Print)  
ISBN 978-3-428-55351-8 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85351-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

„Umfassende“ und „tiefe“ Freihandelsabkommen werfen viele Fragen auf. Wie groß sind die Effizienzgewinne, die sich daraus ergeben, dass zwei oder mehr Vertragspartner eine Liberalisierung ihrer handelspolitischen Grenzregime und eine koordinierende Harmonisierung der regulatorischen Regime „hinter der Grenze“ vornehmen? Führen diese Abkommen zu effizienzschmälernden Handelsverlagerungen zu Lasten anderer Handelspartner? Wie kann sichergestellt werden, dass den beteiligten Vertragspartnern die Möglichkeit bleibt, ihre regulatorischen Regime in Bereichen wie Umwelt, Kultur, Daseinsvorsorge u. a. mit einem angemessenen Schutzniveau aufrecht zu erhalten? Wie wird ein angemessener Schutz der Rechtsinteressen der jeweils anderen Seite erreicht, und ist es in diesem Zusammenhang sinnvoll, für Investoren ein Sonderregime zu errichten? Diese Fragen verdienen vertiefte Behandlung und ausführliche politische und rechtswissenschaftliche Diskussion. Auch überzeugte Befürworter des Freihandels räumen heute ein, dass die Begründung handelspolitischer Regime, die sich auf die innere Regelungsautonomie der Vertragspartner „hinter der Grenze“ erstrecken, neue und andere Herausforderungen aufwerfen, als es im Bereich der klassischen Handelspolitik der Fall war. Der ehemalige EU-Kommissar für Außenhandel und Generalsekretär der Welthandelsorganisation Pascal Lamy spricht von einer „neuen Welt des Handels“.

Im Zentrum dieser Studie stehen institutionelle Fragen, die sich im Verfahren des Abschlusses und bei der Ausgestaltung des operationellen Regimes eines umfassenden Freihandelsabkommens stellen. Je weiter Fragen der inneren Regelungsautonomie der Vertragspartner zum Gegenstand eines umfassenden Freihandelsabkommens gemacht werden, desto problematischer ist es, wenn hierüber in dem klassischen, gubernativ geprägten und wenig transparenten handelspolitischen „setting“ von außenhandelspolitischen Experten entschieden wird. Dies gilt umso mehr, wenn es hierbei auch zu einer Verlagerung der Verbandszuständigkeit von den Mitgliedstaaten der EU hin zur Europäischen Union kommt. In Bereichen, in denen bislang in den Mitgliedstaaten in einem demokratisch kontrollierten parlamentarischen Verfahren frei entschieden werden konnte, werden die Entscheidungen dann auf überstaatlicher Ebene in gubernativ besetzten Verhandlungsrunden getroffen; wenn überhaupt, bleibt den Parlamenten nur ein bipolares Zustimmungs- bzw. Ablehnungsrecht.

Ähnliche Verschiebungen sind zu beobachten, wenn die im Rahmen eines Freihandelsabkommens eingesetzten Vertragsgremien („Ausschüsse“) zu einer

Weiterentwicklung der Regelungen befugt sind. Auch hier findet eine Verlagerung von Entscheidungszuständigkeiten in den internationalen Raum hinein statt, die unter demokratisch-legitimatorischen Gesichtspunkten sicherlich nicht so unproblematisch ist, wie dies von wohlmeinenden Handelsdiplomaten gelegentlich suggeriert wird. Leider scheint gerade im Kreis der Europäischen Kommission noch keine rechte Sensibilität für die damit verbundenen Herausforderungen zu bestehen. Es ist eine offene europarechtliche Frage, wie weit die Befugnis der EU-Organen nach Art. 218 Abs. 9 AEUV geht, Entscheidungsbefugnisse auf Vertragsgremien zu übertragen und so den demokratischen Legitimations- und Rechtfertigungszusammenhang zu ändern.

Die vorliegende Studie beschränkt sich darauf, sich mit der Rolle der Mitgliedstaaten der EU im institutionellen Rahmen eines umfassenden Freihandelsabkommens zu befassen. Sie untersucht in diesem Zusammenhang die Regelungen des Grundgesetzes. Das grundgesetzliche Außenverfassungsrecht hat insbesondere durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Europäischen Integration neue Strukturen angenommen. Der Studie liegt die These zugrunde, dass sich die Grundgedanken dieser Rechtsprechung auch im Kontext umfassender Freihandelsabkommen zur Geltung bringen lassen. Dies gilt sowohl für die Sicherung demokratischer Legitimation im Verfahren des Abschlusses derartiger Abkommen als auch bei der Einrichtung überstaatlicher öffentlicher Gewalt im institutionellen Kontext eines umfassenden Freihandelsabkommens.

Die Studie ist damit kein Plädoyer gegen den Freihandel. Sie ist auch kein grundsätzliches Plädoyer gegen umfassende Freihandelsabkommen wie CETA. Es geht ihr um Entscheidungszuständigkeiten und -mechanismen. Sie wird von der Sorge getragen, dass die im EU-Recht verankerten und bewährten institutionellen Mechanismen klassischer Außenwirtschaftspolitik nicht umstandslos passen, wenn und soweit über interne Regelungsregime der Vertragspartner verhandelt und entschieden wird. Während es dort um „output-legitimierte“ wohnstandssteigernde Politik geht, die von handelspolitischen Experten betrieben werden kann und von parlamentarischen Gremien allenfalls aus der Ferne beobachtet wird, geht es hier um Gestaltungsentscheidungen, die keine eindeutige Gemeinwohlbewertung aufweisen und daher vor allem „input-legitimiert“ werden müssen. Schon auf EU-Ebene stellt sich die Frage, ob die in Art. 216 ff. AEUV vorgesehenen institutionellen Regelungen in diesen neuen Lagen wirklich angemessen sind. Aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts, das sich in diesem Punkt mit dem EUV deckt, muss jedenfalls sichergestellt werden, dass es nicht zu unkontrollierten und demokratisch unverantworteten Übergriffen in jene Bereiche kommt, die im quasi-föderalen Verbund von EU und Mitgliedstaaten weiterhin den Mitgliedstaaten zugeordnet sind. Ein „competence creep“ mag im Interesse der EU-Organen liegen, schwächt aber letztlich die legitimatorische Stellung des Verbands. Vor allem aber ist darauf hinzuwirken, dass eine angemessene parlamentarische Rückbindung der Entscheidungstätigkeit der Vertrags-

gremien in Bereichen erfolgt, in denen diese mitgliedstaatliche Kompetenzbereiche berühren. Eine Begleitgesetzgebung, die das Zustimmungsgesetz zu CETA ergänzt, ist hierfür das notwendige – und hinreichende – Mittel.

Die Studie wurde auf Anregung von „Campact!“, „foodwatch“ und „Mehr Demokratie“ verfasst. Inhaltliche Vorgaben und Bindungen bestanden nicht.

*Martin Nettesheim*



# Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| <b>§ 1 Gegenstand der Untersuchung</b> .....   | 17 |
| A. „Umfassende“ bzw. „tiefe“ Freihandelsabkommen .....   | 17 |
| B. Das Beispiel: CETA .....  | 18 |
| I. Materielle Reichweite von CETA .....  | 19 |
| 1. Beseitigung von Hindernissen „an der Grenze“ .....  | 19 |
| 2. Vorgaben für die mitgliedstaatliche Steuerung „hinter der Grenze“ ..  | 19 |
| 3. EU-Steuerungsbefugnisse über internationale Verträge gehen weiter<br>als interne EU-Rechtsetzungsbefugnis ..... | 20 |
| II. Institutionelle „Governance-Strukturen“ .....  | 21 |
| 1. Struktur und Zusammensetzung der Vertragsgremien von CETA ...   | 22 |
| 2. Entscheidungsbefugnisse .....   | 24 |
| a) Weiterentwicklung der institutionellen Strukturen .....   | 24 |
| b) Fortentwicklung der Kompetenzen und Veränderung der sub-<br>stanzziellen Reichweite des Abkommens .....         | 25 |
| c) Fortentwicklung der materiell-rechtlichen Vorgaben .....  | 26 |
| aa) Institutionelle Dimension .....  | 26 |
| bb) Materiell-rechtliche Ausgestaltung .....   | 26 |
| d) Lösung von Koordinationsfragen .....  | 27 |
| e) Erfordernis einer Zustimmung zu bilateraler Zusammenarbeit ..   | 27 |
| III. Vertragliche Schiedsgerichtsbarkeit .....   | 27 |
| IV. Streit um die politische Bewertung des Abkommens .....   | 28 |
| C. Verhandlungsprozess und Abschlussverfahren .....  | 29 |
| I. Vorgeschichte .....   | 29 |
| II. Abschlussverfahren, Unterzeichnung und Vorläufige Anwendbarkeit ..   | 29 |
| III. Der Streit um die Einordnung des Abkommens als „gemischtes Ab-<br>kommen“ .....                               | 31 |
| 1. Kompetenz zur Bestimmung der Rechtsnatur .....  | 31 |
| a) Wer entscheidet? .....  | 31 |
| b) Erforderlichkeit der Einstimmigkeit? .....  | 33 |
| 2. Die politische Einschätzung .....   | 34 |
| 3. Die Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts .....  | 35 |
| IV. Kompetenzordnung und Vorbehalte zu CETA .....  | 35 |
| D. Die Herausforderung .....   | 36 |

|   |    |
|---|----|
| <b>§ 2 Kompetenzordnung und demokratische Legitimation</b> .....  | 38 |
| A. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Zuständigkeitsabgrenzung vor Abschluss des Abkommens .....   | 39 |
| I. Komplementäre Zuständigkeiten von EuGH und mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten .....  | 39 |
| II. Wahrnehmung der Integrationsverantwortung setzt Wissen um die Zuständigkeiten voraus .....  | 40 |
| III. Verfassungskonformität des Zustimmungsgesetzes setzt Klarstellung der Zuständigkeiten voraus .....   | 42 |
| IV. Fazit: Kompetenzklarheit als verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an das CETA-Zustimmungsgesetz .....   | 43 |
| B. Abkommenstypen im Schnittfeld von EU- und mitgliedstaatlichen Kompetenzen .....  | 43 |
| C. Zuständigkeiten der EU .....   | 47 |
| I. Explizite Außenbefugnisse der EU nach Art. 207 AEUV .....  | 49 |
| 1. Grundlagen .....   | 49 |
| a) Dynamisches Verständnis von Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV .....   | 49 |
| b) Gemeinsame Handelspolitik und Regelungsfelder „hinter der Grenze“: Die Suche nach Maßstäben .....  | 51 |
| c) Testfrage: Erfordernis der „speziellen“ Regelung des Handelsverkehrs – Regelungswirkungen eines bilateralen Abkommens müssen einen spezifischen Effekt aufweisen ..... | 52 |
| 2. Warenverkehr .....   | 53 |
| 3. Dienstleistungsverkehr .....   | 54 |
| a) Potentielle Reichweite der Auswirkungen der Dienstleistungsliberalisierung auf die Verhältnisse „hinter der Grenze“ .....  | 54 |
| b) Die umfassende Auslegung des Dienstleistungsbegriffs in Art. 207 Abs. 1 AEUV .....   | 55 |
| aa) Das expansive Verständnis des EuGH .....  | 56 |
| bb) Umfassende Freihandelsabkommen gehen regelmäßig über den Bereich „spezifischer Handelsbeschränkungen“ hinaus ..   | 57 |
| cc) Konkreter Konfliktbereich: Anerkennung beruflicher Qualifikationen .....  | 58 |
| c) Ausnahme: Verkehrsbereich .....  | 58 |
| 4. Investitionen .....  | 59 |
| a) Begrenzung auf Direktinvestitionen .....   | 59 |
| b) Reichweite der Regelungszuständigkeit hinsichtlich der Verhältnisse hinter der Grenze .....  | 60 |
| aa) Investitionsschutz .....  | 60 |
| bb) Sonstige Anforderungen an Marktzugang und Betätigungsumfeld .....   | 61 |
| cc) CETA erstreckt sich über die Regelung spezifischer Beeinträchtigungen des Investitionsvorgangs hinaus .....   | 62 |

|   |    |
|---|----|
| dd) Fazit: Keine abschließende Sicherheit in der Reichweite der EU-Kompetenz .....  | 62 |
| c) Ultra-vires-Rechtsprechung zur ausschließlichen Befugnis der EU zur Kündigung völkerrechtlicher Abkommen der Mitgliedstaaten .....     | 63 |
| 5. Handelsaspekte des geistigen Eigentums .....   | 65 |
| 6. Akzessorische institutionelle und prozedurale Regelungen .....   | 66 |
| 7. Bereiche möglicher „Ultra-vires“-Rechtsprechung des EuGH .....   | 66 |
| a) Harmonisierungszuständigkeit für das Wettbewerbsrecht unter Art. 207 AEUV .....  | 66 |
| b) „Ultra-vires“-Rechtsprechung zu den Regelungen über Sicherung der nachhaltigen Entwicklung „hinter der Grenze“ .....                   | 67 |
| c) „Ultra-vires“-Rechtsprechung: Gemeinsame Handelspolitik in Form von Maßnahmen zur sozialen Sicherung der Arbeitnehmer .....            | 70 |
| II. Implizite Außenbefugnisse der EU .....  | 70 |
| 1. Erforderlichkeit für die Verwirklichung der Unionsziele (Art. 216 Abs. 1 2. Alt. AEUV) .....   | 71 |
| 2. Ermächtigung zum Vertragsabschluss (Art. 216 Abs. 1 3. Alt. AEUV) .....  | 71 |
| 3. Gefahr der Beeinträchtigung des Unionsrechts durch mitgliedstaatliche Abschlüsse (Art. 216 Abs. 1 4. Alt. AEUV) .....                  | 72 |
| 4. Verfassungswidrigkeit der Annahme, die EU könnte Verpflichtungen von „äußerst begrenzter Tragweite“ auch ohne Kompetenz eingehen ..... | 74 |
| III. Geteilte Zuständigkeiten .....   | 75 |
| 1. Handwerkliche Defizite des EuGH-Gutachtens 2/15 .....  | 75 |
| 2. Bereiche geteilter Zuständigkeit .....   | 75 |
| IV. Rechtsprechung des EuGH muss kritisch hinterfragt werden .....  | 76 |
| D. Umfassende Freihandelsabkommen: Zuständigkeitsverteilung am Beispiel von CETA .....  | 76 |
| I. Warenverkehr .....   | 77 |
| II. Dienstleistungsverkehr .....  | 78 |
| III. Investitionen .....  | 79 |
| IV. Weitere Vorgaben für die Regelung der Verhältnisse „hinter der Grenze“ .....  | 81 |
| 1. Anerkennung der Berufsqualifikationen .....  | 81 |
| 2. Innerstaatliche Regulierung .....  | 81 |
| 3. Schutz geistigen Eigentums .....   | 81 |
| 4. Handel und nachhaltige Entwicklung/Handel und Arbeit/Handel und Umwelt .....   | 82 |
| 5. Konsequenz: Geteilte Zuständigkeit auch für die Regelungen organisatorisch-institutioneller und prozeduraler Natur .....               | 84 |

|  |           |
|--|-----------|
| V. Regulierungszusammenarbeit .....  | 84        |
| E. Fazit: Der „competence creep“ im Bereich der Außenbeziehungen .....   | 84        |
| I. Bemühungen um (immer) weitere Kompetenzausweitung in den Bereich der Regulierung „hinter der Grenze“ .....                | 84        |
| II. Demokratietheoretische Problematik: Handelspolitischer Zugriff auf Bereiche, die die EU intern nicht regeln könnte ..... | 85        |
| <b>§ 3 Demokratische Errichtung und Kontrolle von umfassenden Freihandelsabkommen .....</b>                                  | <b>87</b> |
| A. Die Herausforderung: verfassungsrechtliche Rückbindung „umfassender Freihandelsabkommen“ neuen Typs .....                 | 87        |
| B. Die Zustimmung zu einem gemischten Freihandelsabkommen neuen Typs .....   | 89        |
| I. Perspektivische Grundlagen: Trennungsansatz oder Einheitsbetrachtung? .....   | 89        |
| 1. Trennungsansatz .....   | 90        |
| 2. Gesamtbetrachtung .....   | 90        |
| 3. Fazit: Gemischte Abkommen sollten aus der Perspektive des Grundgesetzes nicht in verschiedene Teile zerlegt werden .....  | 91        |
| II. Verfassungsrechtliche Legitimation von gemischten Abkommen ohne Begründung von Hoheitsgewalt .....                       | 91        |
| 1. Meinungsstand in der politischen und rechtswissenschaftlichen Diskussion .....  | 91        |
| 2. Absicherung des unionalen Teils .....   | 92        |
| a) Gemischte Abkommen ohne Trennungsklausel: Kompetenzerweiterung der EU .....   | 92        |
| b) Gemischte Abkommen mit Trennungsklausel: Parallelität der vertraglichen Bindungen .....                                   | 95        |
| 3. Absicherung des deutschen Teils .....   | 95        |
| a) Zustimmung nach Art. 59 Abs. 2 GG? .....  | 95        |
| b) Zustimmung nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG .....  | 96        |
| aa) Der kompetenzorientierte Ansatz: Zustimmung zur „Schließung von Kompetenzlücken“ .....                                   | 96        |
| bb) Der inhaltliche Ansatz: Anwendbarkeit von Art. 23 GG aufgrund der Sachgegebenheiten eines gemischten Abkommens .....     | 97        |
| 4. Fazit und Anwendung auf CETA: Anwendbarkeit von Art. 23 GG ..   | 100       |
| III. Verfassungsrechtliche Legitimation von gemischten Abkommen mit Begründung internationaler Hoheitsgewalt .....           | 100       |
| 1. Meinungsstand .....   | 101       |
| 2. Absicherung der unionsrechtlichen Entscheidung über die Begründung internationaler Hoheitsgewalt .....                    | 101       |
| a) Rechtsprechung zu Fallgruppen eines Bedürfnisses wiederholender Legitimation bei europäischer Kompetenzwahrnehmung ....   | 103       |

|   |     |
|---|-----|
| b) Weiterübertragung von EU-Kompetenzen auf eine internationale Einrichtung .....                                   | 103 |
| aa) Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Legitimation von „Kompetenzabwanderungen“ .....                      | 104 |
| bb) Weiterübertragung von EU-Kompetenzen als verdeckte Vertragsänderung .....                                       | 104 |
| cc) Fallgruppen eines erneuten Mitwirkungsbedarfs .....   | 105 |
| (1) Inhalt, Umfang und Art der übertragenen Befugnisse (Wesentlichkeitsvorbehalt) .....                             | 105 |
| (2) Art der Veränderung des Legitimationsmodus .....  | 106 |
| (3) Einsetzung von Entscheidungsgremien mit Befugnis zur Entscheidung im mitgliedstaatlichen Kompetenzbereich ..... | 106 |
| 3. Absicherung der in den deutschen Kompetenzbereich fallenden Teile .....  | 107 |
| a) Anwendbarkeit von Art. 23 Abs.1 GG jedenfalls bei Begründung internationaler Hoheitsgewalt .....                 | 107 |
| aa) Stand der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung .....   | 108 |
| bb) Anwendbarkeit von Art. 23 Abs. 1 GG bei Zusammenwirken von EU und Mitgliedstaaten .....                         | 110 |
| cc) Kein Erfordernis der Begründung supranationaler Hoheitsgewalt .....   | 111 |
| b) Notwendigkeit einer staatsorganisatorischen „Solange“-Konstruktion .....   | 113 |
| 4. Fazit und Anwendung auf CETA .....   | 114 |
| 5. Alternativbetrachtung: Rechtslage bei Anwendung von Art. 24 GG i.V.m. 59 GG .....                                | 114 |
| a) Vorfrage: Zum Verhältnis von Art. 24 Abs.1 GG und Art. 59 Abs. 2 GG .....  | 114 |
| b) Bislang keine Hoheitsrechtsübertragung nach Art. 24 GG erkennbar .....   | 116 |
| c) Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 59 Abs. 2 GG .....  | 117 |
| aa) Politische Natur des Abkommens .....  | 117 |
| bb) Erstreckung auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung .....  | 118 |
| d) Gesetzgebungsverfahren .....   | 119 |
| aa) Zustimmungsbedürftigkeit durch den Bundesrat .....  | 119 |
| (1) Festlegung von Vorgaben für Verwaltungsverfahren ohne Abweichungsmöglichkeit (Art. 84 Abs. 1 S. 6 GG) .....     | 119 |
| (a) Weitreichende Vorgaben für die Durchführung mitgliedstaatlicher Verwaltungsverfahren .....                      | 119 |
| (b) Rechtsrelevanz auch für die Länder .....  | 122 |
| (2) Haftungstatbestände nach Art. 8.9. ff. CETA: Berührung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG .....                       | 123 |

|   |     |
|---|-----|
| bb) Zustimmungsbedarf nach dem „Lindauer Abkommen“  | 126 |
| e) Fazit und Subsumtion von CETA  | 128 |
| aa) Keine Übertragung von Hoheitsgewalt im Sinne von Art. 24 GG                               | 128 |
| bb) Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 59 Abs. 2 GG   | 128 |
| cc) Gesetzgebungsverfahren  | 128 |
| (1) Zustimmungspflichtigkeit des Gesetzes   | 128 |
| (2) Anwendbarkeit des Lindauer Abkommens  | 129 |
| C. Institutionell-organisatorische und prozedurale Strukturserwartungen des Grundgesetzes     | 129 |
| I. Defizite im Bereich der personalen Legitimation  | 130 |
| II. Notwendigkeit der Absicherung durch Begleitgesetzgebung und Vorbehalt                     | 131 |
| D. Demokratische Steuerungs- und Kontrollverantwortung der deutschen Staatsorgane             | 132 |
| I. Integrationsverantwortung von Bundestag und Bundesregierung                                | 132 |
| 1. Notwendigkeit der Wahrnehmung der Integrationsverantwortung                                | 132 |
| a) Steuerungsverantwortung  | 132 |
| b) Kompetenzkontrollverantwortung   | 134 |
| c) Schutzpflichten zur Sicherung des demokratischen Prozesses                                 | 134 |
| 2. Dauerhafte Verantwortung für die Einhaltung des Integrationsprogramms                      | 135 |
| II. Fallgruppen notwendiger parlamentarischer Begleitung der Tätigkeit von Vertragsorganen    | 136 |
| 1. Grundlegende institutionelle Entscheidungen  | 137 |
| a) Konkreter Legitimationsbedarf bei Berührung mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten            | 137 |
| b) Sonstige institutionelle Änderungen mit Bezug zu mitgliedstaatlichen Kompetenzen           | 138 |
| c) Konkreter Legitimationsbedarf bei Zuständigkeitsübertragung aus CETA heraus                | 139 |
| 2. Grundlegende Veränderung des rechtlichen Verpflichtungsgehalts von CETA                    | 140 |
| a) Absicherung der schon in CETA vorgesehenen Zustimmungserfordernisse                        | 140 |
| b) Absicherung sonstiger legitimationsbedürftiger Entscheidungen                              | 141 |
| c) Kein mitgliedstaatlicher Legitimationsbedarf für Entscheidungen im Kompetenzbereich der EU | 142 |
| 3. Verwaltende Tätigkeit der Vertragsgremien ohne besonderen Legitimationsbedarf              | 142 |

|  |            |
|--|------------|
| III. Notwendigkeit eines Begleitgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG und<br>eines Vorbehalts ..... | 143        |
| 1. Begleitgesetz .....   | 143        |
| 2. Völkerrechtlicher Vorbehalt .....   | 144        |
| <b>§ 4 Fazit .....</b>   | <b>145</b> |
| <b>Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen .....</b>  | <b>147</b> |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b>  | <b>153</b> |



## § 1 Gegenstand der Untersuchung

### A. „Umfassende“ bzw. „tiefe“ Freihandelsabkommen

„Umfassende“ und „tiefe“ Freihandelsabkommen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie sich nicht mit einer Beseitigung von Beschränkungen des freien Waren-, Dienstleistungs- und Niederlassungsverkehrs begnügen, die „an der Grenze“ gelten. Sie zielen auf die Liberalisierung und Ordnung der Verhältnisse „hinter der Grenze“ ab. Typische Regelungsgegenstände bilden die Zulassungsregeln für Produkte und Dienstleistungen oder die Zugangsregeln für einen niederlassungswilligen Unternehmer. Darüber hinaus werden die Rahmenbedingungen der Tätigkeit des Dienstleistungserbringers oder Investors erfasst. Zudem sichern sie die einem Investor gewährte Rechtsposition durch Einrichtung einer Schiedsgerichtsbarkeit ab. „Umfassende Freihandelsabkommen“ sehen häufig Vertragsgremien mit Rechtsetzungsbefugnis vor. Zu beobachten ist die Entstehung einer neuen Formgestalt internationaler öffentlicher Gewalt – auch wenn die Entscheidungen der Gremien des Freihandelsabkommens regelmäßig keine unmittelbare Wirkung haben und daher keine unmittelbaren Pflichten und Rechte im innerstaatlichen Bereich begründen.

Die Stellung, die „umfassenden Freihandelsabkommen“ im deutschen Außenverfassungsrecht zukommt, ist bislang nur in Umrissen und noch nicht hinreichend bestimmt worden. Während der verfassungsändernde Gesetzgeber der Integration des deutschen Staats in die Europäische Integration mit dem Erlass von Art. 23 GG einen verfassungsrechtlichen Rahmen gesetzt hat, werden Freihandelsabkommen auch dann, wenn sie dem neuen Typus entsprechen und weitreichende Vorgaben für die Verhältnisse „hinter der Grenze“ begründen, weiterhin als normale völkerrechtliche Abkommen angesehen. Man versucht, sie unter Rückgriff auf die eher unspezifischen, den neuen Entwicklungen nicht speziell angepassten Bestimmungen von Art. 24 Abs. 1 GG, Art. 59 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich einzufangen.

Entsprechenden Entwicklungsbedarf gibt es in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Während das Bundesverfassungsgericht in einer inzwischen längeren Kette von Entscheidungen den Rahmen, in dem sich der Prozess der europäischen Integration bewegt, konkretisiert hat, finden sich bislang nur vereinzelt Entscheidungen, die sich mit den Anforderungen befassen, die die deutschen Organe beim Abschluss eines umfassenden Freihandelsabkommens zu beachten haben.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur hat das Thema demgegenüber inzwischen beträchtliche Aufmerksamkeit erfahren. Insbesondere die rechtspolitische Diskussion, die im Streit um die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit von CETA und TTIP ausgetragen worden ist, hat eine Reihe wichtiger Gesichtspunkte hervorgebracht. Sie hat aber auch deutlich gemacht, wie groß die Zahl der Fragen ist, in denen wissenschaftlicher bzw. gutachtlicher Streit herrscht.

Besondere Fragen stellen sich, wenn ein umfassendes Freihandelsabkommen von der EU und den Mitgliedstaaten gemeinsam als „gemischtes Abkommen“ geschlossen wird. In diesem Fall besteht nicht nur die Notwendigkeit, die jeweiligen Kompetenzräume voneinander abzugrenzen. Gerade in der Frage der verfassungsrechtlichen Absicherung eines derartigen Abkommens, das aus der Perspektive des Grundgesetzes eben mehr ist als nur das Nebeneinander zweier voneinander getrennter Abkommen, besteht weiterhin erheblicher Klärungsbedarf. Die Europarechtswissenschaft beschäftigt sich mit „gemischten Abkommen“ zwar schon seit mehreren Jahrzehnten; auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs haben sie immer wieder eine Rolle gespielt. Aus Sicht des Grundgesetzes hat man ihnen bislang nicht jene Bedeutung zuerkannt, die sie in der Praxis haben. Das dogmatische Wissen darum, wie diese Abkommen in der Ordnung des Grundgesetzes zu behandeln sind, ist bislang unterentwickelt.

Die nachfolgende Untersuchung analysiert das Außenverfassungsrecht, das für den Abschluss von umfassenden Freihandelsabkommen gilt, aus verschiedenen Perspektiven. In § 2 soll es um die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten gehen. Die diesbezüglichen Ausführungen beschäftigen sich mit der Einordnung von umfassenden Freihandelsabkommen in die Struktur der Verbandskompetenzen von EU und Mitgliedstaaten. Die Ausführungen in diesem Kapitel bilden die Grundlage für die nachfolgende verfassungsrechtliche Analyse – ohne eine klare kompetenzielle Einordnung eines „umfassenden Abkommens“ in die jeweiligen Zuständigkeitsräume von EU und Mitgliedstaaten lassen sich weiterführende Aussagen dazu, wer wofür in welchem Entscheidungsmodus zuständig ist, nicht treffen. In § 3 sollen verfassungsrechtliche Vorgaben entfaltet werden, die bei der Übernahme von Verpflichtungen aus einem Freihandelsabkommen zu respektieren sind. Besonderes Augenmerk wird dabei der verfassungsrechtlichen Grundlage für die Zustimmung erteilt (Art. 23 Abs. 1 GG, Art. 59 Abs. 2 GG). Die einschlägige Grundlage determiniert insbesondere, ob die Zustimmung durch Gesetz erfolgen muss und ob der Bundesrat nur in Form eines Einspruchsrechts oder über das Erfordernis der Zustimmung zu beteiligen ist.

## **B. Das Beispiel: CETA**

Die nachfolgenden Überlegungen werden mit Blick auf und am Beispiel von CETA gemacht. CETA gehört zu den Freihandelsabkommen eines „neuen Typs“,

wie sie die EU inzwischen verschiedentlich abgeschlossen hat. In anderen Teilen der Welt ist man diesen Weg schon früher gegangen. Die materiell-rechtlichen Regelungen von CETA betreffen zunächst die Beseitigung von Hindernissen „an der Grenze“, also den Abbau, die Beseitigung oder die Angleichung klassischer außenwirtschaftsrechtlicher Marktzugangshindernisse. Zu nennen wären etwa der Abbau von Zöllen und die Beschäftigung mit zoll- und zollverfahrensrechtlichen Fragen. Die Regelungen von CETA greifen darüber hinaus tief und weit in die Sphäre mitgliedstaatlicher Ordnungsautonomie „hinter der Grenze“ ein, indem sie Vorgaben für die Verhältnisse nach dem erfolgten Marktzutritt machen (nachfolgend I). Die Bestimmungen von CETA werden dadurch dynamisiert, dass in diesen Abkommen „Vertragsgremien“ eingesetzt werden, die (in beschränktem Umfang) Hoheitsgewalt ausüben (nachfolgend II). Zudem wird der Verpflichtungsgehalt (für den Bereich des Investitionsschutzrechts) dadurch in die Hände von „Vertragsgremien“ gelegt, dass Schiedsgerichte über den konkreten Verpflichtungsgehalt in investitionsschutzrechtlichen Streitigkeiten entscheiden können (nachfolgend III.).

## **I. Materielle Reichweite von CETA**

### **1. Beseitigung von Hindernissen „an der Grenze“**

CETA ist zunächst und vor allem ein klassischer Vertrag international-wirtschaftsrechtlicher Natur. Einen der zentralen Regelungsbereiche von CETA bildet die Beseitigung außenwirtschaftsrechtlicher Marktzugangshindernisse für Waren und Dienstleistungen im Bereich von Zöllen, Quoten etc. CETA bewegt sich in dieser Hinsicht in den Bahnen überkommener bi- oder multilateraler Handelsliberalisierung und wirft aus verfassungsrechtlicher Sicht keine spezifischen Probleme auf. Weiterführend und neuartig ist CETA insofern, als das Abkommen auch Bestimmungen über den Marktzugang von Dienstleistungserbringern und die Anerkennung beruflicher Qualifikationen enthält: Das Abkommen erfasst damit auch einen – regelmäßig politisch sensiblen – Bereich, der sowohl im WTO-Recht als auch in anderen Freihandelsabkommen regelmäßig nicht erfasst wird.

### **2. Vorgaben für die mitgliedstaatliche Steuerung „hinter der Grenze“**

Die innovativen Gehalte von CETA (und ähnlicher Abkommen „neuen Typs“), die unions- und verfassungsrechtliche Fragen aufwerfen, sind in jenen Bestimmungen enthalten, die sich auf die Ordnung der Verhältnisse „hinter der Grenze“ erstrecken. Derartige Regelungen sind dem Außenwirtschaftsrecht schon seit mindestens zwei Jahrzehnten nicht fremd. Frühe Beispiele für diesen Regelungsansatz liefern die im Rahmen des Abkommens von Marrakesch vereinbarten und von der WTO verwalteten Übereinkommen über sanitäre und phytosanitäre