

Professor Dr. Arne Pautsch*

Der Abschluss des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) als „gemischtes Abkommen“ – ein Anwendungsfall des Art. 23 I GG?

Dass es sich beim geplanten transatlantischen Freihandelsabkommen CETA mit Kanada um ein so genanntes „gemischtes Abkommen“ handelt, das im Ratifikationsprozess auch der Beteiligung der nationalen Parlamente bedarf, dürfte seit der jüngsten Verlautbarung der EU-Kommission jedenfalls politisch geklärt sein. Danach soll die Ratifikation des Abkommens der Mitentscheidung der Mitgliedstaaten unterstellt werden. Dieser Beitrag geht der Frage nach, welches Verfahren nach dem Grundgesetz hierfür einschlägig ist und welche Mitwirkungsrechte dabei den Ländern über den Bundesrat zustehen. Im Ergebnis ist auf Art. 23 I 2 GG abzustellen.

I. Einleitung

Die fortgeschrittenen Verhandlungen der EU mit Kanada über den Abschluss eines Freihandelsabkommens, das Comprehensive Economic and Trade Agreement (nachfolgend: CETA),¹ haben die Frage in den Raum gestellt, ob es sich dabei um ein Abkommen handelt, welches in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der EU fällt und von dieser allein rechtsverbindlich geschlossen werden kann (so genanntes „EU only“²), oder ob von einem so genannten „gemischtem Abkommen“³ auszugehen ist, das der Ratifikation durch die Parlamente der 28 Mitgliedstaaten bedarf. Die Kontroverse um diese Frage scheint nun jedenfalls auf politischer Ebene geklärt zu sein. Nachdem die EU-Kommission zunächst stets von einem „EU only“ ausgegangen war,⁴ hat Kommissionspräsident *Jean-Claude Juncker* nach Protest aus den Mitgliedstaaten⁵ am 5.7.2016 verlautbart, den CETA-Abschluss der Mitentscheidung der mitgliedstaatlichen Parlamente zu unterstellen.⁶ Wenngleich es sich insoweit um eine rein politische Festlegung handelt, dürfte das Abkommen der mitgliedstaatlichen Mitwirkung nicht mehr entzogen sein. Damit bleibt zu klären, nach welchem innerstaatlichen Verfahrensregime sich die Ratifikation des CETA unter dem Grundgesetz richtet.

Die Auffassungen darüber divergieren. Während zum Teil auf Art. 59 II GG rekurriert wird,⁷ erscheint es – wie noch darzulegen ist – angezeigt, im CETA-Abschluss einen Anwendungsfall des Art. 23 I GG zu erblicken. Die Entscheidung dieser Frage hat vor allem auch Auswirkungen darauf, inwiefern die Länder über den Bundesrat am Ratifikationsprozess beteiligt werden. Die Einschlägigkeit des einen bzw. des anderen Verfahrens bedingt nämlich auch die Intensität der Einbindung des Bundesrates. Während bei Art. 59 II GG eine parlamentsgesetzliche Grundlage überhaupt nur bei so genannten hochpolitischen Verträgen und solchen, die einer parlamentsgesetzlichen Umsetzung bedürfen, sowie im Falle der Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen iSv Art. 24 I GG erforderlich ist,⁸ sieht Art. 23 I GG als Integrationsartikel eine obligatorische Betei-

* Der Verf. ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule Ludwigsburg und leitet dort das Institut für Bürgerbeteiligung und Direkte Demokratie. Der Beitrag geht in wesentlichen Teilen auf ein vom Verf. erstattetes Rechtsgutachten zurück.

1 Das im Entwurf vorliegende Freihandelsabkommen hat bislang zu erheblichen politischen Kontroversen geführt, was auch daran liegt, dass ihm mit Blick auf das ebenfalls im Verhandlungsprozess befindliche transatlantische Freihandelsabkommen mit den USA, das Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), eine maßgebliche Vorbildfunktion zugeschrieben wird.

2 Vgl. zum Begriff *Mayer/Ermes*, ZRP 2014, 237.

3 Zum Begriff *Terhechte* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 216 AEUV Rn. 10.

4 Vgl. *Süddeutsche Zeitung* v. 7.7.2016, 5: „Ceta und Mordio“.

5 Vgl. *Süddeutsche Zeitung* v. 30.6.2016, 1: „Gabriel nennt EU-Kommission „unglaublich töricht““.

6 Vgl. <http://www.sueddeutsche.de/politik/eil-eu-lenkt-ein-nationale-parlamente-muessen-ceta-abkommen-absegnen-1.3064504> (letzter Abruf am 19.7.2016).

7 So mit Blick auf CETA etwa *Nettesheim*, Die Auswirkungen von CETA auf den politischen Gestaltungsspielraum von Ländern und Gemeinden, Gutachten im Auftrag des Staatsministeriums des Landes Baden-Württemberg, iDF v. 8.1.2016 (Tübingen), 10; *Weiß*, DÖV 2016, 661 (666 f.); allgemein für gemischte Abkommen *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 23 Rn. 26 mwN.

8 *Wollenschläger*, NVwZ 2012, 713 (714).

ligung von Bundestag und Bundesrat – nämlich in Form eines Zustimmungsgesetzes nach Art. 23 I 2 GG – vor. Art. 23 I GG verdrängt bei Vorliegen eines Unionsrechtsbezuges somit Art. 59 II GG.⁹

II. Qualifizierung des CETA als so genanntes „gemischtes Abkommen“

Die zuvor aufgeworfene Frage, ob der Anwendungsbereich von Art. 59 II GG oder aber Art. 23 I GG eröffnet ist, setzt freilich voraus, dass es sich bei dem in Rede stehenden CETA-Abkommen überhaupt um ein solches handelt, das auch rechtlich ein mitgliedstaatliches Zustimmungserfordernis auslöst. Es kommt für die Ratifikationsbedürftigkeit somit auf die rechtliche Einordnung des CETA entweder als ausschließliches EU-Abkommen („EU only“)¹⁰ oder aber als so genanntes „gemischtes Abkommen“ zwischen der EU, Kanada und den 28 EU-Mitgliedstaaten an. Maßstab ist der bisher offenelegte CETA-Vertragstext.

Für die Annahme eines ausschließlichen EU-Abkommens spricht zunächst, dass es sich bei den meisten der von CETA erfassten Vertragsinhalte bzw. Verhandlungsgegenstände um solche handelt, die im Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik (Art. 206, 207 AEUV) angesiedelt sind. Für diese sind der EU spätestens mit Inkrafttreten der durch den Vertrag von Lissabon geänderten Verträge umfängliche Hoheitsrechte übertragen, was insbesondere auch in der weitreichenden Außenkompetenz gem. Art. 207 III, IV AEUV zum Ausdruck kommt, welche die EU selbst in die Lage versetzt, über Art. 216, 218 AEUV Verträge mit Drittstaaten – hier mit Kanada – verbindlich zu schließen.

Demgegenüber ist allerdings zu berücksichtigen, dass bei Abkommen, für welche die EU nach Art. 207 III, IV, 218 AEUV prima facie die grundsätzliche Vertragsabschlusskompetenz nach außen – gegenüber dem jeweiligen Drittstaat – besitzt, für mitgeregelte Bereiche zugleich auch „EU-Kompetenzlücken“¹¹ bestehen können, wie dies etwa mit Blick auf den derzeit bekannten Inhalt des CETA der Fall ist (s.u.IV.). Bereits dann, wenn das Abkommen neben solchen Materien, für die bereits Hoheitsrechte auf die EU übertragen worden sind, auch solche Regelungsmaterien umfasst, die bislang in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben sind und daher nicht von der Verbandskompetenz der EU gedeckt werden, handelt es sich um so genannte „gemischte Abkommen“.¹² In diesen Fällen erfordert es das – auch Art. 23 I GG zu Grunde liegende und solchermäßen zugleich im nationalen Verfassungsrecht abgesicherte – unionsrechtliche Prinzip der „begrenzten Einzelermächtigung“ aus Art. 5 I 1, II 1 EUV, dass erst eine Hoheitsrechtsübertragung an die EU erfolgt.

Wie noch im Detail zu zeigen sein wird (s.u.IV.), wirkt das CETA-Abkommen in vielfältiger Weise auf die Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes als auch insbesondere der Länder ein. Besonders augenfällig wird dies anhand des Kompetenztitels des „Rechts der Enteignung“ (näher unten IV.). Dies bereits vorausgeschickt, handelt es sich auch in rechtlicher Hinsicht bei CETA um ein gemischtes Abkommen, das der Mitwirkung der Mitgliedstaaten bedarf. Daher ist nachfolgend zunächst in formeller Hinsicht zu klären, welches Verfahrensregime für die deutsche Ratifikation maßgeblich ist und in welcher Weise auch die Mitwirkung des Bundesrates erforderlich ist.

III. Verfahrensfragen der mitgliedstaatlichen Ratifikation nach dem Grundgesetz

Anerkanntermaßen wirkt der Abschluss gemischter Abkommen durch die EU und ihre Mitgliedstaaten eine Reihe staats-

rechtlicher, völkerrechtlicher, unionsrechtlicher und praktischer Probleme auf, die darin begründet liegen, dass sowohl die Aushandlung, der Abschluss als auch die Beurteilung der Wirkweise dieser Abkommen zumeist in eine „rechtliche Grauzone“¹³ fallen. Dieser Befund bleibt freilich auch nicht ohne Auswirkungen auf den Modus der Beteiligung der nationalen Parlamente im Ratifikationsprozess. Zu klären ist bezogen auf die möglichen Ratifikationsverfahren nach dem Grundgesetz nämlich, welchem innerstaatlichen Verfahrensregime die erforderliche „Kompetenzlückenschließung“ bei gemischten Abkommen konkret unterfällt. Diese Frage ist, soweit ersichtlich, bisher überwiegend nach formell-verfassungsrechtlichen Maßstäben beantwortet worden. Wie zu zeigen sein wird, bedarf es aber zusätzlich einer Betrachtung, welche die materiell-rechtliche Frage der Hoheitsrechtsübertragung an die EU einbezieht.¹⁴

1. Völkerrechtlicher Ansatz

Nach einer eher völkerrechtlich geprägten Auffassung¹⁵ soll für die Schließung von EU-Kompetenzlücken bei gemischten Abkommen, dh solchen Abkommen der EU, die nicht vollständig durch unionale Kompetenzen – hier also insbesondere nicht allein über Art. 3 I Buchst. e, 206, 207 AEUV (Gemeinsame Handelspolitik) – abgedeckt sind, Art. 59 II GG zur Anwendung kommen.¹⁶ Die Kompetenzlücken auf Seiten der EU würden nach dieser Auffassung somit allein dadurch geschlossen, dass die Mitgliedstaaten neben der EU ebenfalls als Vertragsparteien den Vertrag abschließen und ratifizieren. Die mitgliedstaatlichen Ratifikationsakte führten mithin zu einer Legitimation des CETA insoweit, als er durch die EU-Kompetenzen nicht gedeckt ist. Die Kompetenzen verblieben allerdings auch nach Vertragsschluss weiterhin bei den Mitgliedstaaten. Dem liegt die Auffassung zu Grunde, dass die EU bei einem gemischten Abkommen auch im Außenverhältnis nicht allein handelte, dh den Vertrag nicht mit bindender Wirkung auch für die Mitgliedstaaten abschließen würde, sondern nur für sich selbst, während jeder Mitgliedstaat den Vertrag zusätzlich ratifizierte. Sofern mit dem Ratifikationsakt zugleich eine Hoheitsrechtsübertragung verbunden wäre, würde diese sich im Kontext des Art. 59 II GG zusätzlich nach Art. 24 I GG richten, wenn durch CETA jedenfalls Hoheitsrechte auf eine durch den jeweiligen gemischten Vertrag gegründete (neue) internationale Organisation übertragen würden. Dies wiederum würde voraussetzen, dass durch CETA geschaffenen zwischenstaatlichen Organen Entscheidungsbefugnisse mit Durchgriffswirkung auf die Rechtsordnungen der Vertragsparteien – einschließlich der EU – übertragen werden. Dies indes erscheint zweifelhaft, weil die nachvertragliche Durchführung gemischter Abkommen in den alleinigen Zuständigkeitsbereich der EU fallen dürfte.

9 BVerfGE 123, 267 (386 f.) = NJW 2009, 2267; Wollenschläger, NVwZ 2012, 713 (714).

10 Zum Begriff Mayer/Ermes, ZRP 2014, 237.

11 So Mayer/Ermes, ZRP 2014, 237 (238).

12 Statt vieler Terhechte in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (o.Fn. 3), Art. 216 AEUV Rn. 10.

13 Hummer in Vedder/Heintschel v. Heinegg, Europäisches Unionsrecht, 2012, Art. 216 Rn. 18; Lachmeyer/v. Förster in v. der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 216 AEUV Rn. 20.

14 In diese Richtung geht auch Wollenschläger, NVwZ 2012, 713 (715).

15 Etwa Jarass (o.Fn. 7), Art. 23 Rn. 26 mwN.

16 Etwa Jarass (o.Fn. 7), Art. 23 Rn. 26; Nettesheim (o.Fn. 7), 10. Dies hätte zur Konsequenz, dass bei Betroffenheit von Länderkompetenzen eine Beteiligung der Länder im Ratifikationsprozess nur nach Maßgabe des so genannten „Lindauer Abkommens“ vom 14.11.1957 (abgedruckt bei Maunz in Maunz/Dürig, GG, Stand: 76. EL 12/2015, Art. 32 Rn. 45) in Betracht käme.

2. Integrationsfreundlicher Ansatz

Zu einem anderen Ergebnis gelangt man indes mit einer integrationsfreundlichen Auffassung,¹⁷ welche für die Kompetenzlückenschließung auf Seiten der Mitgliedstaaten Art. 23 I 2 GG für einschlägig hält.¹⁸ Die Vorschrift soll selbst dann zur Anwendung gelangen, wenn es mit dem gemeinsamen Abschluss des Abkommens zwar möglicherweise nicht zur Einräumung von Durchgriffsrechten kommt, dafür jedoch ein Integrationszusammenhang im Verhältnis zur EU besteht.¹⁹ Diese Auffassung stützt sich in neuerer Zeit auch auf die Rechtsprechung des *BVerfG*, das unter anderem in der *ESM/Euro-Plus-Pakt-Entscheidung* aus dem Jahre 2012 judiziert hat, dass Art. 23 I 2 GG auch dann zur Anwendung gelangen könne, wenn im Rahmen des – bei CETA zuvörderst maßgebenden – Unionsrechts eine Übertragung von Aufgaben und Befugnissen auf andere Organe stattfindet bzw. Hoheitsträger geschaffen werden, die mit Aufgaben und Befugnissen ausgestattet sind.²⁰ Darauf, dass diese Organe Durchgriffsbefugnisse haben, soll es nach dem integrationsfreundlichen Ansatz nicht ankommen.²¹ Damit hat offenbar auch das *BVerfG* den Begriff der Angelegenheiten der Europäischen Union nicht auf das eigentliche Unionsrecht begrenzt, sondern lässt auch solche Verträge darunter fallen, die in einem besonderen Näheverhältnis zum Unionsrecht stehen, und zwar insbesondere dann, wenn sie im Zusammenhang mit unionalen Politikbereichen geschlossen werden.²²

3. Stellungnahme

Der integrationsfreundliche Ansatz scheint im Kontext der gemischten Abkommen wie dem CETA nahezuliegen und verdient daher im Grundsatz Zustimmung. Das tragende Argument besteht darin, dass Art. 59 II GG in allen Fällen zu kurz greift, in denen es an einer unmittelbaren Übertragung von Durchgriffsrechten auf die EU zwar fehlt, zugleich aber die Bezüge zur EU, die sich trotz der Komplexität des Integrationsprozesses auf, ansonsten aber weitgehend unberücksichtigt blieben.²³

Allerdings kann gerade mit Blick auf hybride (völker-)vertragliche Verflechtungen, wie sie im Fall des CETA-Abkommens naturgemäß schon durch die Einbindung des Drittstaats Kanada gegeben sind, nicht jedweder Unionsrechtsbezug ausreichen, um den Anwendungsbereich von Art. 23 I GG zu eröffnen. Denn andernfalls würde wiederum Art. 59 II GG jeder Anwendungsbereich genommen, sofern die EU auch nur im Ansatz beteiligt ist. Damit drohte die im Grundgesetz angelegte Dichotomie der auf eine Einräumung von Durchgriffsrechten zielenden „Übertragung von Hoheitsrechten“ iSv Art. 23 I 2 GG und dem Erfordernis der Mitwirkung oder Zustimmung durch bloßes Vertragsgesetz nach Art. 59 II GG aufgehoben zu werden, indem die höheren Anforderungen des Art. 23 I 2 GG gleichsam auf jeden erdenklichen Fall eines Unionsrechtsbezuges ausgedehnt würden.²⁴

Um also den Anwendungsbereich des Art. 23 I 2 GG in den Fällen an sich nicht gegebener unmittelbarer Hoheitsrechtsübertragungen nicht zu überdehnen, erscheint es somit angezeigt, für den im Grundsatz zu unterstützenden integrationsfreundlichen Ansatz ein Korrektiv zu fordern und einzelfallabhängig zu entscheiden, ob neben dem Bezug zum Unionsrecht wenigstens eine der Hoheitsrechtsübertragung in ihren Auswirkungen vergleichbare Wirkung mit dem Abschluss des gemischten Abkommens verbunden ist. Für eine solche ist auf die tatsächlichen Auswirkungen des Abkommens abzustellen. Der Ratifikationsakt würde dann die Erfordernisse des Art. 23 I 2 GG jedenfalls in den Fällen auslösen, in denen aus

dem Zustimmungsgesetz zwar keine unmittelbaren Durchgriffsrechte im Sinne eines finalen Rechtsanwendungsbefehls folgten, so aber doch mindestens eine vergleichbare Rechtswirkung im Unionskontext impliziert würde. Dieser Fall wird im Folgenden als „implizite Hoheitsrechtsübertragung“ bezeichnet und mit Blick auf das CETA-Abkommen näher beleuchtet.

IV. Abschluss des CETA als implizite Hoheitsrechtsübertragung auf die EU?

Ob beim CETA-Abkommen ein im hier verstandenen Sinne als „implizite Hoheitsrechtsübertragung“ bezeichneter Akt der Kompetenzlückenschließung vorliegt, hängt maßgeblich von der unionsrechtlichen Bindungswirkung gemischter Abkommen nach ihrem Abschluss durch EU, die Mitgliedstaaten und dem Drittstaat ab. Die Auffassungen im Schrifttum, die davon ausgehen, dass nur die Bestimmungen integrierender Bestandteil der Unionsrechtsordnung werden können, welche auch in den Kompetenzbereich der Union fallen, wohingegen solche Bestimmungen, die zum ausschließlichen Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten gehören, auch nach Abschluss der gemischten Abkommen nicht unmittelbar in der Unionsrechtsordnung wirksam werden können,²⁵ greifen zu kurz.

Denn ihnen steht die Rechtsprechung des *EuGH* zu den – gemischten Abkommen jedenfalls vergleichbaren – Assoziierungsabkommen entgegen. Insbesondere in der Entscheidung *Haegeman* hat der *EuGH* festgestellt, dass diejenigen Inhalte der Assoziierungsabkommen, die zuvor im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten lagen, nach dem Vertragsschluss integrierender Bestandteil der Unionsrechtsordnung würden.²⁶ Dem ist mit Blick auf die Wirkweise gemischter Abkommen zu folgen. Denn das Zusammenfallen von ausschließlichen Kompetenzen der EU und solcher der Mitgliedstaaten bewirkt nur, dass ein Abschluss als „EU only“ ausgeschlossen ist; denn dieser wäre als „ausbrechender Hoheitsakt“ zu werten, der eine Ultra-vires-Kontrolle durch

17 *Bothe/Lohmann*, ZaöRV 1998, 1 (25); ähnlich auch *Frenz*, DVBl 1999, 945 ff. (insbes. 951 ff.); *Heyde* in *Umbach/Clemens* (Hrsg.), GG, 2002, Art. 23 Rn. 85.

18 In jüngerer Zeit *Wollenschläger*, NVwZ 2012, 713 (715); *ders.* in *Dreier*, Grundgesetz, Kommentar II, 3. Aufl. 2015, Art. 23 Rn. 43; ähnlich auch *Frenz*, DVBl 1999, 945 ff. (insbes. 951 ff.); *Heyde* in *Umbach/Clemens* (o.Fn. 17), Art. 23 Rn. 85.

19 *Wollenschläger* in *Dreier* (o.Fn. 18), Art. 23 Rn. 43; *Bothe/Lohmann*, ZaöRV 1998, 1 (25).

20 *BVerfGE* 131, 152 (218) = NVwZ 2012, 954: „(...) Jede Zuweisung von Aufgaben und Befugnissen an die Europäische Union und/oder ihre Organe ist daher in der Sache eine Übertragung von Hoheitsrechten (...).“ Anklänge finden sich bereits in der Lissabon-Entscheidung, *BVerfGE* 123, 267 (386 f., 355 f.) = NJW 2009, 2267: „(...) Bezug zur ... Zuständigkeitsordnung der Europäischen Union (...).“ Im Kontext von Art. 24 I GG bereits *BVerfGE* 68, 1 = NJW 1985 = NJW 1985, 603, 603 (Ls. 2.2) – Pershing II.

21 Vgl. *Wollenschläger* in *Dreier* (o.Fn. 18), Art. 23 Rn. 43.

22 *BVerfGE* 131, 152 (199) = NVwZ 2012, 954.

23 In der Tendenz zutreffend *Wollenschläger*, NVwZ 2012, 713 (715).

24 Einen Interpretationsspielraum sieht insoweit freilich auch *Wollenschläger*, NVwZ 2012, 713 (715).

25 *Beylage-Haarmann/Vöneky* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 57. EL 8/2015, Art. 216 AEUV Rn. 32; *Schmalenbach* in *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 216 Rn. 43; differenzierend *Mögele* in *Streinz*, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 216 AEUV Rn. 70.

26 *EuGH*, C-181/73, Slg. 1974, 449 Rn. 2 u. 6 – *Haegeman*; eine gegenläufige Tendenz, wie sie zum Teil der TRIPS-Rechtsprechung – *EuGH*, C-300/98 und C-392/98, Slg. 2000, I-11307 Rn. 48 = NJW 2001, 1267 Ls. – *Hermès* und *Dior* – zugeschrieben wird, ist der zitierten Randnummer nicht zu entnehmen. Es dürfte vielmehr auch weiterhin auf den Einzelfall und somit darauf abzustellen sein, in welchem Maße ausschließliche EU-Kompetenzen Gegenstand des Abkommens sind, dh das Abkommen selbst bereits einen stärker unionalen Charakter hat. Dazu näher *Mögele* in *Streinz* (o.Fn. 25), Art. 216 AEUV Rn. 70.

den *EuGH* – vor allem aber das *BVerfG*²⁷ – auslösen würde. Um dem zu begegnen, wird die dadurch auftretende Kompetenzlücke mit dem nach Art. 23 I 2 GG zu bemessenden Ratifikationsakt einmalig geschlossen und die Durchführungskompetenz für das gemischte Abkommen damit zugleich auf die EU übertragen.

Dies beruht bei CETA auf dem Gedanken, dass die sich aus dem Vertragsschluss ergebenden kompetenziellen Verflechtungen zwischen den Vertragspartnern in ihrer Gesamtwichtung zu einer nachvertraglichen Wahrnehmungskompetenz der EU, deren ausschließliche Kompetenz ja den Kern des Abkommens ausmacht, verdichten. Die Ratifikationsakte der Mitgliedstaaten schließen – wie dargelegt – nur Kompetenzlücken, um sodann die Durchführung des Abkommens nach dessen Abschluss in einheitlicher Weise durch die EU (dh vergleichbar einem „EU only“) zu erreichen. Dies wird deutlich dadurch belegt, dass bei CETA schon funktional ein sehr enger Sachzusammenhang mit der EU gegeben ist, die bei dem Abkommen nicht nur die Vertragsverhandlungen führt, sondern danach auch die Vertragsanwendung auf europäischer Seite bestimmt. Überdies berechtigt und verpflichtet CETA auch die EU direkt auf den zentralen Feldern der Verträge. Dies funktioniert jedoch im Innenverhältnis EU/Mitgliedstaaten – dh im Zusammenwirken der (ehedem) zwischen beiden Ebenen gemischten Kompetenzen – nur dann, wenn die EU auch dauerhaft die entsprechenden Hoheitsrechte innehat.

Bei einem entsprechenden mitgliedstaatlichen Ratifizierungsakt bezüglich CETA kann es sich daher wegen des Vorrangs von Art. 23 I GG gegenüber Art. 59 II GG nur um ein Zustimmungsgesetz nach Art. 23 I 2 GG handeln, mit dem Regelungsbereiche aus dem innerstaatlichen Kompetenzbereich – gleichsam als Komplementärkompetenzen gegenüber der ohnehin bei der EU angesiedelten ausschließlichen Zuständigkeit für die Gemeinsame Handelspolitik – an diese übertragen werden und so die Durchführung des jeweiligen gemischten Abkommens sichergestellt wird. Der nach außen gegenüber dem Drittstaat Kanada durch die EU bzw. die Unionsorgane sowie der Mitgliedstaaten erfolgende Vertragsschluss über CETA würde sich in Verbindung mit dem mitgliedstaatlichen Zustimmungsgesetz (hier also nach Art. 23 I 2 GG) bezogen auf die bislang bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Vertragsbestandteile insoweit zugleich als implizite Hoheitsrechtsübertragung auf die EU darstellen.²⁸ Dies gilt indes nur unter der Voraussetzung, dass mit CETA auch in materieller Hinsicht implizite Hoheitsrechtsübertragungen verbunden sind, was abschließend zu klären wäre.

1. Materielle Anforderungen an eine (implizite) Hoheitsrechtsübertragung

Vorauszuschicken ist zunächst, dass nicht jede (faktische) Betroffenheit von mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten bzw. nicht jede Einwirkung gemischter Abkommen auf den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten per se zu einer gleichzeitigen (nach hiesigem Verständnis: impliziten) Hoheitsrechtsübertragung führt.

Eine Hoheitsrechtsübertragung iSv Art. 23 I 2 GG bemisst sich grundsätzlich nach denselben Maßstäben wie eine solche nach Art. 24 I GG, so dass insoweit auf die hierzu entwickelten Fallgruppen abgestellt werden kann.²⁹ Als erste Fallgruppe der Hoheitsrechtsübertragung sind die Befugnisse umfasst, welche zwischenstaatliche Einrichtungen ermächtigen, solche Rechtssätze und Einzelfallregelungen zu erlassen, deren Adressaten unmittelbar die Rechtssubjekte und Rechtsanwendungsorgane der staatlichen Rechtsordnung sind.³⁰

Ausdruck einer solchen expliziten Hoheitsrechtsübertragung ist die unmittelbare Schaffung von Durchgriffsrechten der zwischenstaatlichen Einrichtung auf den Hoheitsbereich der diese ermächtigenden Mitgliedstaaten.³¹ Die zweite Fallgruppe der Hoheitsrechtsübertragung stellt auf die Intensität einer nicht-deutschen Regelung ab und beurteilt diese nach ihrer Einwirkung auf die deutsche Rechtsordnung und ihre Rechtssubjekte.³² Hiernach gelten alle nicht-deutschen Regelungen dann als Ausübung von Hoheitsrechten, wenn die Handlungen einer zwischenstaatlichen Einrichtung (nach hiesigem Verständnis also die EU im Kontext von Art. 23 I GG) in einer wesentlichen – qualifizierten – Weise auf Rechtsgüter im deutschen Hoheitsgebiet einwirken.³³

Eine solche Betroffenheit von Zuständigkeiten der EU-Mitgliedstaaten mindestens im Sinne der zweiten Fallgruppe durch Einwirkung der gemischten Abkommen auf den innerstaatlichen Hoheitsbereich der Vertragsstaaten ist auch nach dem Vertragstext des CETA auszumachen. Denn einzelne Bestimmungen aus dem CETA bewirken jedenfalls einen faktischen Durchgriff namentlich auch auf den Verfassungsbereich der Länder, wie sogleich darzustellen ist. Insoweit führt der gemeinsame Vertragsschluss bezogen auf die nicht übertragenen Regelungsmaterien (die „EU-Kompetenzlücken“) gleichzeitig zu einer – ohne Hoheitsrechtsübertragung indes unzulässigen – Verkürzung bzw. partiellen Verdrängung der innerstaatlichen Kompetenzen der Mitgliedstaaten, dh auch der Bundesrepublik Deutschland und hier der Hoheitsrechte, die nach der bundesstaatlichen Zuständigkeitsordnung (Art. 30, 70 ff. sowie Art. 83 ff. GG) den Ländern zugeordnet sind.

a) *Betroffenheit von Kompetenzen im Bereich der Daseinsvorsorge.* Es ist bereits an anderer Stelle nachgewiesen worden, dass sich „EU-Kompetenzlücken“ mit Blick auf das CETA namentlich mit Blick auf die vorgesehenen Vorschriften zum Investitionsschutz, die Einbeziehung von Verkehrsdienstleistungen sowie von Fragen der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen bzw. des Arbeitsschutzes ergeben.³⁴ Nach den Vertragsinhalten zielt das Abkommen im Bereich des Investitionsschutzes – wie von anderer Seite bereits ausführlich dargelegt wurde³⁵ – nämlich auch auf die Liberalisierung von Dienstleistungshandel und Investitionen im öffentlichen Sektor. Damit sind Auswirkungen auf die Erbringung, Finanzierung und Organisation öffentlicher Dienstleistungen verbunden, die unmittelbar aus dem Freihandelsabkommen folgen.³⁶ Sofern also zB Markt-

27 *BVerfGE* 89, 155 (188) = NVwZ 1994, 53 Ls. = BeckRS 1993, 08465; *BVerfGE* 123, 267 (353 ff.) = NJW 2009, 2267; *BVerfGE* 126, 286 (302 ff.) = NJW 2010, 3422; *BVerfGE* 134, 366 (382 ff.) = NJW 2014, 907 = NVwZ 2014, 501.

28 So wohl auch *Fischer-Lescano/Horst*, Europa- und Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA), Rechtsgutachten, 10/2014 (Bremen), 33, hinsichtlich der zur Regulierungszusammenarbeit gebildeten Ausschüsse im Rahmen des CETA.

29 *Schorkopf* in BK-GG, Stand: 178. Aktualisierung 2016, Art. 23 Rn. 65; so auch *Bothe/Lohmann*, ZaöRV 1998, 1 (24 f.), unter Betonung der Notwendigkeit eines materialen Verständnisses der Hoheitsrechtsübertragung.

30 *Schorkopf* in BK-GG (o. Fn. 29), Art. 23 Rn. 65.

31 *Schorkopf* in BK-GG (o. Fn. 29), Art. 23 Rn. 65.

32 *Schorkopf* in BK-GG (o. Fn. 29), Art. 23 Rn. 65; *Wollenschläger* in *Dreier* (o. Fn. 18), Art. 23 Rn. 44; *Wollenschläger*, NVwZ 2012, 713 (715).

33 *Randelzhofer* in *Maunz/Dürig*, GG, Stand: 76. EL 12/2015, Art. 24 Rn. 30. Siehe auch *Schorkopf* in BK-GG (o. Fn. 29), Art. 23 Rn. 65; *Wollenschläger* in *Dreier* (o. Fn. 18), Art. 23 Rn. 44; *Wollenschläger*, NVwZ 2012, 713 (715).

34 *Mayer/Ermes*, ZRP 2014, 237 (238 f.).

35 *Krajewski*, EuZW 2015, 301.

36 *Krajewski*, EuZW 2015, 301 (302 f.).

zugangsregelungen – etwa in Form von Marktzugangsverpflichtungen – in dem Abkommen vorgesehen sind, die nicht unter eine Sektorenausnahme fallen, können diese je nach Ausgestaltung zu einem Verbot mengenmäßiger und qualitativer Marktzugangsbeschränkungen auch und gerade im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge führen.³⁷ Ob dies zu durchgriffsähnlichen Auswirkungen auf die Regelungsbefugnis der für das Kommunalrecht zuständigen Landesgesetzgeber führen wird, bleibt abzuwarten. Aus der Betroffenheit von Kompetenzen, die den Bereich der (kommunalen) Daseinsvorsorge betreffen, kann daher nicht unmittelbar auf eine implizite Hoheitsrechtsübertragung im materiellen Sinne geschlossen werden.

b) Das „Recht der Enteignung“ als Einbruchstelle in mitgliedstaatliche Kompetenzbereiche. Als Einbruchstelle im Sinne einer impliziten Hoheitsrechtsübertragung sowohl auf die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes als auch auf den Legislativbereich der Länder ist allerdings die Kompetenz für das Recht der Enteignung zu sehen, da der CETA-Vertragstext ein umfängliches und detailgenaues Regelungsregime zur Enteignung vorsieht, das an Stelle der bundes- bzw. landesgesetzlichen Regelungen zum Tragen kommt, sofern sich nach dem CETA enteignungsrechtliche Sachverhalte ergeben.

Ein ausdrücklicher Kompetenztitel für den Bund besteht insofern mit Art. 74 I Nr. 14 GG („Recht der Enteignung“). Danach ist es dem Bund gestattet, als Annex zu seinen übrigen Zuständigkeiten nach den Art. 73 und 74 auf diesen Gebieten eine etwaige Enteignung zu normieren.³⁸ Außerhalb dieser positivrechtlich verankerten Annexkompetenz steht das Recht zur Normierung von Enteignungsbestimmungen den Ländern zu, dh es gilt das Kompetenzverteilungsprinzip des Art. 70 GG. Die Länder haben durch den Erlass von eigenständigen Enteignungsgesetzen von ihrer eigenen Kompetenz umfassend Gebrauch gemacht;³⁹ überdies besteht die Landeskompentenz neben Art. 74 I Nr. 14 GG auch für künftige Gesetzesänderungen uneingeschränkt fort. Außerhalb des begrenzten Anwendungsbereichs von Art. 74 I Nr. 14 GG handelt es sich nämlich um eine ausschließliche Landeszuständigkeit, soweit im Rahmen expliziter oder impliziter Landeskompentenzen enteignet wird.⁴⁰

Eine Betroffenheit der Landesgesetzgebung durch eine „implizite“ Hoheitsrechtsübertragung, die über bloße faktische Auswirkungen des völkerrechtlichen Abkommens hinausreicht, ergibt sich vor allem mit Blick auf die Enteignungsregelungen des CETA in dessen Kapitel 8 sowie des zugehörigen Annexes 8-A über Investitionen und Investitionsschutz. Soweit nämlich insbesondere in Art. 8.12 des CETA ausgeschlossen wird, dass eine der Vertragsparteien direkt oder indirekt durch Maßnahmen, die einen der Nationalisierung oder Enteignung gleichwertigen Effekt haben, eine abgesicherte Investition nationalisiert oder enteignet und dies unter dem Oberbegriff der „Enteignung“ (Expropriation) zusammenfasst, hebt dies die Zuständigkeit des Landesgesetzgebers zur Regelung des Enteignungs- und Enteignungsschadigungsrechts aus. Gleiches gilt für den Bund im Rahmen seiner Annexkompetenz.

Indem durch den CETA-Vertragstext in Kapitel 8 (insbesondere in Kapitel 8, Art. 8.12) ein eigenständiges – für die Mitgliedstaaten verbindliches und der Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit unterworfenen – Regelungsregime für Enteignungen geschaffen ist, wird dadurch der Geltungsanspruch namentlich der Landesenteignungsgesetze unterlaufen und zugleich die Zuständigkeit der Landesgesetzgeber für diese Materie faktisch aufgehoben. Denn die Schiedsgerichte sind

dazu berufen, verbindlich über das „Ob“ der Enteignung und die Höhe der Entschädigung zu entscheiden. Die Aushöhlung des jeweiligen Landesgesetzgebungsrechts wird zudem dadurch verstärkt, dass die Durchführung des CETA-Abkommens auch mit Blick auf die Enteignungsregeln den ebenfalls durch das Abkommen geschaffenen Ausschüssen, dem Joint Committee und dem Committee on Services and Investment, unterstellt ist, die im wechselseitigen Zusammenwirken bindende Interpretationen des Vertrags vorschreiben können (Kapitel 8, Art. 8.31 Nr. 3, Art. 8.43 Nr. 3, Kapitel 26 Art. 26.3).

Soweit also die Landesenteignungsgesetze detailliert und umfassend die Entschädigungsgrundsätze für Enteignungen im Bereich von Landeskompentenzen regeln, werden diese durch die aufgezeigten Regelungsmechanismen, die zur Enteignung im CETA enthalten sind, aufgehoben. Nichts Anderes gilt, soweit der Bund fachgesetzliche Enteignungsregelungen kraft seiner Annexkompetenz aus Art. 74 I Nr. 14 GG trifft.

Im Ergebnis bleibt festzustellen, dass das CETA – soweit es die Enteignung verbindlich zwischen den Vertragspartnern regelt – unmittelbar auf die Verfassungsräume sowohl des Bundes als auch insbesondere der Länder einwirkt. Da die durch den CETA-Abschluss vorgesehene Ermächtigung zum Erlass von verbindlichen Enteignungsregeln der nachvertraglichen Durchführung des Abkommens durch die EU unterfällt, muss auch die hierzu erforderliche Kompetenzlückenschließung, die zudem einen direkten Unionsrechtsbezug aufweist, zwingend unter Mitentscheidung der Gesetzgebungskörperschaften des Bundes und der Länder erfolgen. Denn jedenfalls im Enteignungskontext verlagern sich jeweils Normsetzungskompetenzen zum Zwecke der Durchführung des CETA auf die EU, soweit diese zukünftig durch die Enteignungsregeln des CETA verpflichtet wird.

2. Bewertung

Im Falle von CETA sind es also in materieller Hinsicht vor allem die Enteignungsregelungen des Abkommens, die auf den innerstaatlichen Kompetenzbereich vor allem der Länder einwirken, ohne dass es insoweit bislang zu einer Übertragung von Hoheitsrechten gekommen wäre. Der Vertragsschluss unter Einbeziehung auch der EU wirkt nach Abschluss des Abkommens daher innerstaatlich faktisch wie ein kompetenzieller Durchgriff auf die zwischen Bund und Ländern verteilten Gesetzgebungszuständigkeiten für die Materie des Enteignungsrechts. Er löst die rechtliche Überformung des jeweiligen Gesetzgebungsrechts durch das auf völkerrechtlicher Grundlage geschlossene Freihandelsabkommen und die hierfür erforderliche vorherige Hoheitsrechtsübertragung (auch) auf die EU aus, damit diese die Durchführung des Abkommens nach seinem Abschluss ohne fortbestehende Kompetenzlücken gewährleisten darf. Dies ist nur durch Zustimmungsgesetz von Bundestag und Bundesrat nach Art. 23 I 2 GG – als Ratifikationsakt – zu erreichen.

37 Krajewski, EuZW 2015, 301 (302 f.).

38 Allgemeine Auffassung, s. etwa Seiler in Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 74 Rn. 55; Maunz in Maunz/Dürig, GG, Stand: 76. EL 12/2015, Art. 74 Rn. 186.

39 Enteignungsgesetze der Länder: Baden-Württemberg (LEntG BW), Bayern (BayEG), Berlin (EntEigG), Bremen (EntG), Brandenburg (EntGBbg), Hamburg (EntG), Hessen (HEG), Mecklenburg-Vorpommern (EntG), Niedersachsen (NEG), Nordrhein-Westfalen (EEG NW), Rheinland-Pfalz (LEnteigG), Saarland (EntG), Sachsen (SächsEntEG), Sachsen-Anhalt (EntG), Schleswig-Holstein (EntG) und Thüringen (ThürEG).

40 Vgl. auch BVerfGE 56, 249 (263 f.) = NJW 1981, 1257.

Das CETA stellt daher im Ergebnis ein so genanntes „gemischtes Abkommen“ dar, dessen gemeinsamer Abschluss durch die EU und ihre Mitgliedstaaten mit Kanada zugleich eine (mindestens partielle) Übertragung von Hoheitsrechten impliziert, soweit „EU-Kompetenzlücken“ bestehen. Aus diesem Wirkmechanismus, der sich vor allem nachvertraglich – dh auf der Ebene der Durchführung des CETA durch die EU – niederschlägt, ergibt sich für den Vertragsschluss selbst ein Integrationszusammenhang iSv Art. 23 I GG, der die Notwendigkeit einer stärkeren Beteiligung beider Gesetzgebungskörperschaften – Bundestag und Bundesrat – nach sich zieht, als dies nach Art. 59 II GG zu erreichen wäre. Der nunmehr durch die EU-Kommission eröffnete Mitentscheidungsprozess der mitgliedstaatlichen Parlamente hat sich für den Verfassungsbereich der Bundesrepublik wegen der impliziten Hoheitsrechtsübertragung vor allem im Bereich des Enteignungsrechts auf die EU nach Art. 23 I GG zu richten. Danach bedarf es für die Ratifikation des CETA nach dem Grundgesetz zwingend einer verbindlichen Beteiligung des Bundesrates. Insbesondere ein bloßes Vertragsgesetz nach Art. 59 II GG genügt hierfür selbst dann nicht, wenn die Länder nach Maßgabe des so genannten „Lindauer Abkommens“ formal einbezogen würden.

V. Zusammenfassung

Die politischen Kontroversen um die Ratifikation des CETA-Abkommens scheinen geklärt. Selbst nach dem Willen der EU-Kommission soll nunmehr eine Mitentscheidung der nationalen Parlamente erfolgen, dh in der Bundesrepublik grundsätzlich von Bundestag und Bundesrat. Art und Maß der Einwirkung der CETA-Regeln namentlich im Enteignungsrecht lassen es angezeigt erscheinen, für den mitgliedstaatlichen Ratifikationsakt in Deutschland Art. 23 I 2 GG zur Anwendung zu bringen. Bereits der unionale Integrationszusammenhang erfordert dies im Zusammenhang mit der CETA-Ratifikation, zumal mit dem „Recht der Enteignung“ nicht nur Bundes-, sondern gerade auch zentrale landesgesetzliche Zuständigkeiten betroffen sind. Eine maßgebliche Beteiligung auch der Länder kann somit nur über ein Zustimmungsgesetz nach Art. 23 I 2 GG erfolgen. CETA stellt als gemischtes Abkommen somit einen Anwendungsfall des Art. 23 I GG dar. Auch bei der geplanten vorläufigen Anwendung des CETA ist zu beachten, dass diese nur Bereiche umfassen darf, die im ausschließlichen Kompetenzbereich der EU liegen. ■