

*Professor Dr. iur. Bernhard Kempen*

Prof. Dr. iur. Bernhard Kempen

An das  
Bundesverfassungsgericht  
Schlossbezirk 3  
76131 Karlsruhe

29. August 2016

## **VERFASSUNGSBESCHWERDE**

**und Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung**

### Verfassungsbeschwerde

Beschwerdeführer:

Herr Roman HUBER,

Herr Thilo BODE,

Herr Dr. Felix KOLB,

sowie weitere 125.044 Beschwerdeführer (im Einzelnen aufgelistet in der Anlage)

Namens und mit Vollmacht der Beschwerdeführer erhebe ich Verfassungsbeschwerde

gegen die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union zur Unterzeichnung, zum Abschluss und zur vorläufigen Anwendung des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (CETA) bzw. gegen die Nichtablehnung dieser Ratsbeschlüsse durch den deutschen Vertreter im Rat.

### **Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Anordnung**

Namens und mit Vollmacht der o.g. Beschwerdeführer stelle ich zugleich Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel, dem deutschen Vertreter im Rat der Europäischen Union aufzugeben, gegen die Vorschläge zur Unterzeichnung, zum Abschluss und zur vorläufigen Anwendung des CETA zu stimmen (s.u. B.).

# Gliederung

A. Verfassungsbeschwerde.....	6
I. Anträge.....	6
1. CETA-Vertragsverhandlungen und Ratifikationsplan.....	7
a) Vertragsverhandlungen.....	7
b) Ratifikationsplan.....	8
aa) Nicht geklärte Rechtsnatur des CETA.....	9
bb) Mehrheitserfordernisse im Rat und Mitwirkung des Europäischen Parlaments .....	12
cc) Reichweite der vorläufigen Anwendung .....	14
dd) Mitwirkungsform der deutschen Gesetzgebungsorgane .....	15
2. Struktur und Inhalte des CETA .....	16
a) Vertragsstruktur.....	16
b) Vertragsinhalte .....	17
III. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde .....	23
1. Parteifähigkeit.....	23
2. Beschwerdegegenstand .....	23
a) Zukünftiger Unterzeichnungsbeschluss.....	25
b) Zukünftiger Ratifikationsbeschluss .....	25
c) Zukünftiger Beschluss über die vorläufige Anwendung .....	26
3. Beschwerdebefugnis .....	27
a) Identitätskontrolle .....	29
aa) Einschränkung der Autonomie des Bundestages .....	30
(1) Fehlende deutsche Mitwirkung im Gemischten CETA- Ausschuss.....	32
(2) Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses.....	33
(3) Einschränkungen im Zusammenhang mit dem „Investitionsgericht“ .....	34
bb) Beeinträchtigung des staatlichen Justizmonopols.....	36
b) Ultra-vires-Kontrolle.....	38
aa) Kompetenzwidrige Parallelgerichtsbarkeit.....	40
bb) Kompetenzwidrige institutionelle Erweiterungsbefugnisse ...	41

cc) Kompetenzwidrige Aufgabe des Vorsorgeprinzips.....	42
dd) Kompetenzwidrige vorläufige Anwendung.....	44
IV. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde .....	45
1. Die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ .....	46
a) Verletzung der Verfassungsidentität durch Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ .....	46
aa) Identitätskontrolle.....	47
bb) Verletzung des Rechtsstaatsprinzips .....	48
(1) Das Rechtsstaatsprinzip.....	48
(2) Rechtssicherheit und Normenklarheit.....	51
(3) Gebot der prozessualen Waffengleichheit.....	54
(4) Ungleicher Zugang zum „Investitionsgericht“ .....	57
(5) Verletzung des staatlichen Justizmonopols und des allgemeinen Justizgewähranspruchs.....	61
(6) Entzug des gesetzlichen Richters .....	67
cc) Verletzung des Demokratieprinzips.....	72
(1) Das Demokratieprinzip .....	72
(2) Unzulässige (Weiter-)Übertragung von Hoheitsrechten allgemein .....	73
(3) Unzulässige (Weiter-)Übertragung von Hoheitsrechten hinsichtlich der Letztentscheidungskompetenz.....	77
(4) Unzulässige Beeinträchtigung des Gesetzgebers .....	79
(5) Keine garantierte demokratische Rückkopplung der Richter .....	81
dd) Keine Rechtfertigung über Art. 23, 24 oder 59 Abs. 2 GG ...	83
(1) Art. 23 GG .....	83
(2) Art. 24 GG .....	85
(3) Art. 59 Abs. 2 GG.....	86
(4) Internationale Gerichte.....	86
b) Mitwirkung der Europäischen Union an der Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ als Ultra-vires-Akt .....	89
aa) Ultra-vires-Kontrolle .....	90
bb) Relevantes Handeln der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union .....	91

cc)	Fehlende Vertragsabschlusskompetenz.....	91
dd)	Kompetenzwidrige Weiterübertragung von Hoheitsrechten.	93
ee)	Kompetenzwidrige Parallelgerichtsbarkeit.....	93
ff)	Kompetenzwidrige Auslegungshoheit des Gemischten CETA-Ausschusses .....	95
gg)	Offensichtliche und strukturell bedeutsame Verletzungen ....	96
c)	Rechtsfolge: Anspruch auf negatives Abstimmungsverhalten des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union .....	97
aa)	Anspruch auf Schutz gegen die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ .....	98
bb)	Konkrete Pflicht zur Verhinderung der Bindungswirkung des CETA.....	99
2.	Der Gemischte CETA-Ausschusses.....	101
a)	Ausübung von Hoheitsgewalt als Verletzung der Verfassungsidentität.....	101
aa)	Organisatorische und inhaltliche Entscheidungsbefugnisse	103
bb)	Beschlussfassung des Gemischten CETA-Ausschusses.....	105
cc)	Fehlende demokratische Legitimation.....	106
b)	Offene institutionelle Struktur auf Grundlage eines Ultra-vires- Aktes.....	113
3.	Das europäische Vorsorgeprinzip .....	116
4.	Die vorläufige Anwendung des CETA .....	119
a)	Zustimmung zur vorläufigen Anwendung .....	119
b)	Das CETA als politischer und gesetzesinhaltlicher Vertrag.....	120
c)	Kompetenzgrenzen des Art. 218 Abs. 5 AEUV .....	122
B.	Einstweilige Anordnung.....	124
I.	Antrag.....	124
II.	Begründung.....	124
1.	Zulässigkeit .....	125
2.	Begründetheit .....	126
Anlage	.....	127

## A. Verfassungsbeschwerde

### I. Anträge

Es wird beantragt, wie folgt zu entscheiden:

1. Die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union (bzw. das nichtablehnende Verhalten des deutschen Vertreters im Rat) zu dem Vorschlag der Kommission vom 5. Juli 2016 zur Unterzeichnung des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (CETA) – COM(2016) 444 final – verletzt die Beschwerdeführer in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG.
2. Die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union (bzw. das nichtablehnende Verhalten des deutschen Vertreters im Rat) zu dem Vorschlag der Kommission vom 5. Juli 2016 zum Abschluss des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (CETA) – COM(2016) 443 final – verletzt die Beschwerdeführer in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG.
3. Die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union (bzw. das nichtablehnende Verhalten des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union) zu dem Beschluss des Rates über den Vorschlag der Kommission vom 5. Juli 2016 zur vorläufigen Anwendung des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (CETA) – COM(2016) 470 final – verletzt die Beschwerdeführer in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG.

## II. Sachverhalt

### 1. CETA-Vertragsverhandlungen und Ratifikationsplan

#### a) *Vertragsverhandlungen*

Seit 2009 wurde zwischen der Europäischen Union und Kanada über ein breit angelegtes Freihandelsabkommen verhandelt. Die Verhandlungen zu dem als „Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen“ (bekannter unter dem englischen Namen „Comprehensive Economic and Trade Agreement“ – im Folgenden: CETA) bezeichneten Vertrag, die unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfanden, wurden im August 2014 abgeschlossen. Nach mehreren nicht-autorisierten Veröffentlichungen von Teilen des Textentwurfs und des kompletten Textes (durch des ARD-Hauptstadtstudio am 14. August 2014) veröffentlichte die Kommission einen vorläufigen Entwurf am 26. September 2014. Eine konsolidierte Fassung des Vertragsentwurfs wurde von der Kommission (auf englisch) am 29. Februar 2016 öffentlich vorgestellt. Am 5. Juli 2016 hat die Kommission die endgültige Entwurfsfassung, nun auch auf deutsch und in den anderen Amtssprachen der Europäischen Union, publiziert. Der Text hat ohne Anhänge einen Umfang von 491 Seiten. Er ist jeweils mit sämtlichen Anhängen drei Beschlussvorschlägen der Kommission an den Rat vom 5. Juli 2016 beigefügt. Die Beschlussvorschläge sind:

- Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, COM(2016) 444 final;
- Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Abschluss des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits

und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, COM(2016) 443 final;

- Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die vorläufige Anwendung des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, COM(2016) 470 final.

Auf der „amtlichen“ Internetpräsentation der Kommission sind die Beschlussvorschläge nebst dem CETA-Entwurfstext und allen Anhängen in sämtlichen Amtssprachen der EU verfügbar:

<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1524>.

### ***b) Ratifikationsplan***

Über die Vorschläge der Kommission hat der Rat zum Zeitpunkt der Erhebung dieser Verfassungsbeschwerde noch keinen Beschluss gefasst. Nach einer Mitteilung des EU-Verbindungsbüros des Deutschen Bundestages in Brüssel vom 5. Juli 2016,

Deutscher Bundestag, EU-Verbindungsbüro, Kurzmitteilung aus Brüssel Nr. 3/2016 vom 5. Juli 2016, S. 2,

soll der Rat der Europäischen Union am 18. Oktober 2016 über den Abschluss, die Unterzeichnung und die vorläufige Anwendung des CETA beschließen, um den Vertrag auf dem EU-Kanada-Gipfel am 27. Oktober 2016 unterzeichnen zu können.

Allerdings ist die Planung mit einigen Unsicherheiten behaftet. Dies führt dazu, dass die Beschwerdeführer in diesem Verfahren sich notgedrungen weiteren Vortrag vorbehalten müssen, sofern Entwicklungen eintreten, die heute noch nicht absehbar sind. Die Beschwerdeführer beabsichtigen, die Verfassungsbeschwerde auf



ein deutsches Zustimmungsgesetz zum CETA zu gegebener Zeit im Wege der Klageerweiterung auszudehnen bzw. Verfassungsbeschwerde gegen ein deutsches CETA-Zustimmungsgesetz zu erheben.

Derzeit ist noch nicht abzusehen, wann die Gesetzesvorlage eines Zustimmungsgesetzes in den Bundestag eingebracht wird. Unklar ist auch, ob eine Begleitgesetzgebung zum CETA vorgesehen ist. Ebenfalls nicht geklärt ist die Frage, ob das Zustimmungsgesetz zum CETA der Zustimmung auch des Bundesrates bedarf. Doch dies mag einstweilen dahinstehen. Denn gegen das Zustimmungsgesetz zum CETA kann mit der Verfassungsbeschwerde frühestens vorgegangen werden, wenn das Gesetz im Sinne des Art. 78 GG zustande gekommen ist.

Für die hier erhobene Verfassungsbeschwerde sind andere Unwägbarkeiten vorerst von größerer Relevanz. Nicht geklärt sind die Rechtsnatur des CETA (aa), die Mehrheitserfordernisse im Rat und die Mitwirkung des Europäischen Parlaments (bb), die Reichweite der vorläufigen Anwendung des CETA (cc) und die Mitwirkungsform der deutschen Gesetzgebungsorgane (dd).

*aa) Nicht geklärte Rechtsnatur des CETA*

Die Kommissionsvorschläge zum Abschluss, zur Unterzeichnung und zur vorläufigen Anwendung des CETA gehen davon aus, dass das CETA ein gemischtes Abkommen (teilweise auch als „gemischte Übereinkunft“ bezeichnet) ist, das von der Union und allen Mitgliedstaaten zu ratifizieren ist. Dies ergibt sich schon aus dem jeweiligen Art. 1 der Kommissionsvorschläge, der von einem Abkommen „zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits“ spricht. Dies ist die übliche Formulierung für gemischte Abkommen,

vgl. das „Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit“ vom 30. April 2002, Abl. Nr. L 114/6.

Die Begründungen der Kommissionsvorschläge gehen zudem ausdrücklich davon aus, dass es sich beim CETA um ein gemischtes Abkommen handelt,

Begründungen der Kommissionsvorschläge COM(2016) 444 final, COM(2016) 443 final und COM(2016) 470 final, jeweils sub 2.

Allerdings ergibt sich aus den Begründungen auch, dass die Kommission die Rechtsnatur des CETA vom Ausgang des von ihr in Auftrag gegebenen Gutachtens des Europäischen Gerichtshofs über das Freihandelsabkommen mit Singapur abhängig sieht. Wörtlich heißt es in den Vorschlagsbegründungen übereinstimmend:

„Das CETA hat dieselben Ziele und im Wesentlichen den gleichen Inhalt wie das Freihandelsabkommen mit Singapur (EUSFTA). Somit ist die Zuständigkeit der Union in beiden Fällen gleich. Da hinsichtlich des Umfangs und der Art der Zuständigkeit der Union für den Abschluss des EUSFTA Zweifel bestanden, beantragte die Kommission nach Artikel 218 Absatz 11 AEUV im Juli 2015 ein Gutachten des Gerichtshofs (Rechtssache A-2/15). In der Rechtssache A-2/15 vertritt die Kommission die Ansicht, dass die Union die erforderliche Zuständigkeit hat, um das EUSFTA alleine abzuschließen oder andernfalls zumindest eine geteilte Zuständigkeit in den Bereichen besteht, die nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fallen. Viele Mitgliedstaaten haben jedoch eine andere Auffassung zum Ausdruck gebracht. Angesichts dessen und um die Unterzeichnung des Abkommens nicht zu verzögern, hat die Kommission beschlossen, die Unterzeichnung des Abkommens als gemischtes Abkommen vorzuschlagen. Das Abkommen sollte vorläufig angewendet werden, bis die für seinen Abschluss erforderlichen Verfahren abgeschlossen sind. Der Standpunkt der Kommission in der Rechtssache A-2/15 bleibt davon jedoch unberührt. Erst wenn das Gutachten des Gerichtshofs in der Rechtssache A-2/15 vorliegt, müssen die nötigen Schlüsse gezogen werden.“

Der Standpunkt der Kommission zur Rechtsnatur des CETA wird auch in einer Pressemitteilung der Handelskommissarin *Malmström* vom 5. Juli 2016 deutlich. Die Handelskommissarin erklärte:

„Die Kommission ist der Auffassung, dass das Abkommen vom rein juristischen Standpunkt aus betrachtet in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fällt. Angesichts der offenkundigen politischen Situation im Rat verstehen wir jedoch, dass das CETA als ‚gemischtes‘ Abkommen vorgelegt werden muss, wenn eine rasche Unterzeichnung ermöglicht werden soll.“

(Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 05. Juli 2016, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2371\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2371_de.htm)).

Die Vorschläge der Kommission stehen somit unter dem Vorbehalt neuer Erkenntnisse aus dem für 2017 erwarteten Singapur-Gutachten des Europäischen Gerichtshofs. Gegebenenfalls soll dann in der Ratifikation des CETA auf ein reines EU-Abkommen („EU only“) umgeschwenkt werden und dementsprechend auf die Ratifikation in den Mitgliedstaaten verzichtet werden.

Die Bundesregierung vertritt demgegenüber die Auffassung, es handele sich beim CETA um ein gemischtes Abkommen,

vgl. die jüngst erteilte Antwort der parlamentarischen Staatssekretärin *Brigitte Zypries* vom 11. Juli 2016 auf eine Anfrage der Abgeordneten *Renate Künast*: „Die Bundesregierung vertritt wie bekannt die Auffassung, dass CETA als gemischtes Abkommen abgeschlossen werden muss.“

(BT-Drucks. 18/9191, S. 4)

Dabei stützt sie sich auf ein vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten vom 28. August 2014:

*Mayer*, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkom-

men dar?, 28. August 2014 ([www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen](http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen)).

Im Folgenden werden die Beschlussvorlagen der Kommission vom 5. Juli 2016 als letzter „amtlicher“ Stand der Ratifikationsplanung zugrunde gelegt, denen zufolge das CETA als ein gemischtes Abkommen abgeschlossen werden soll. Für den Fall, dass das CETA nach der Verkündung des Singapur-Gutachtens des Europäischen Gerichtshofs als „EU-only“-Abkommen allein von der Europäischen Union ratifiziert werden soll, bleibt weiterer Vortrag vorbehalten.

*bb) Mehrheitserfordernisse im Rat und Mitwirkung des Europäischen Parlaments*

Ungeklärt ist auch, mit welchen Mehrheiten der Rat über die Vorschläge der Kommission zu beschließen hat. Der Staatssekretär im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie *Machnig* antwortete schriftlich am 14. Juli 2016 auf eine Nachfrage der Bundestagsabgeordneten *Dröge*:

„Bezüglich der erforderlichen Mehrheiten im Rat bei Unterzeichnung und Abschluss von CETA gilt, dass diese Beschlüsse faktisch einstimmig gefasst werden müssen. Zwar entscheidet der Rat im Bereich der Handelspolitik nach den Vorschriften des EU-Primärrechts grundsätzlich mit qualifizierter Mehrheit (Art. 207 Abs. 4 AEUV) und nur ausnahmsweise einstimmig. Jedoch stellen gemischte Abkommen wie CETA einen nicht explizit geregelten Sonderfall dar: Gemischte Abkommen müssen von allen Mitgliedstaaten mitunterzeichnet (und ratifiziert) werden, sonst kommt das Abkommen nicht zustande. Sollte daher ein Mitgliedstaat CETA im Rat nicht zustimmen, wäre damit auch klar, dass dieser Mitgliedstaat CETA nicht unterzeichnen wird. Entsprechend wäre das Abkommen bereits bei Ablehnung durch einen Minister im Rat gescheitert. Zwischen der Entscheidung des Mitgliedstaates zur Unterzeichnung des Abkommens und dem Stimmverhalten des Mitgliedstaats im Rat besteht also de facto Einklang.“

(<https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/Parlamentarische-Anfragen/2016/5-222-223-nachfrage>)

Dieser Auffassung stimmen die Beschwerdeführer im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zu. Sie sind der Ansicht, dass die Ratsbeschlüsse zur Unterzeichnung, zum Abschluss und zur vorläufigen Anwendung des CETA aus Rechtsgründen nur einstimmig gefasst werden dürfen,

*Schiffbauer*, Mehrheitserfordernisse für Abstimmungen im Rat über TTIP, CETA & Co., EuZW 2016, S. 252 ff.

Auf „faktische“ Einstimmigkeitserfordernisse kommt es nicht an. Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass der Rat seine Beschlüsse über das CETA einstimmig zu fassen hat. Sollte im Rat ein Beschluss über das CETA nur mit (qualifizierter) Mehrheit zustande kommen und sollte dieser Beschluss gleichwohl von Kommission und Rat als positives Votum gedeutet werden, bleibt weiterer Vortrag vorbehalten. Im Wesentlichen wäre dann vorzutragen, dass sich der zunächst geltend gemachte „Anspruch“ auf negative Stimmabgabe im Rat zu einer Pflicht der Bundesregierung verwandelt, die Anwendung des CETA in Deutschland zu verhindern.

Auch die Mitwirkung des Europäischen Parlaments beim Abschluss des CETA ist nicht zweifelsfrei geklärt. In Bezug auf die vorläufige Anwendung des CETA geht die Bundesregierung davon aus, dass diese auch ohne vorherige Zustimmung des Europäischen Parlaments beschlossen werden könnte, aber einer „gängigen Praxis“ entsprechend die Zustimmung des Parlaments abgewartet werde. So erklärt Staatssekretär *Machnig* in der bereits zitierten Antwort:

„Bevor das Abkommen jedoch tatsächlich vorläufig angewendet wird, wird die Zustimmung des Europäischen Parlaments zum Abkommen gemäß Art. 218 Abs. 6 lit a. v) i.V.m. Art. 207 Abs. 4 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) abgewartet. Dies ist zwar kein rechtli-

ches Erfordernis, entspricht aber der gängigen Praxis bei früheren Freihandelsabkommen und auch bei CETA soll so verfahren werden“ (ebenda).

Im Folgenden gehen die Beschwerdeführer davon aus, dass einem Ratsbeschluss über die vorläufige Anwendung des CETA die Zustimmung des Europäischen Parlaments vorausgehen wird. Für den Fall, dass der Rat einen Beschluss über die vorläufige Anwendung des CETA ohne vorherige Zustimmung des Europäischen Parlaments treffen sollte, bleibt ergänzender Vortrag vorbehalten.

*cc) Reichweite der vorläufigen Anwendung*

Der Vorschlag der Kommission zur vorläufigen Anwendung des CETA (COM(2016) 470 final) erstreckt die vorläufige Anwendung auf den kompletten Vertrag. Die Bundesregierung geht demgegenüber davon aus, dass nur die Vertragsteile vorläufig angewendet werden können, die in die ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Union fallen, nicht aber die Teile, für die eine Zuständigkeit der Mitgliedstaaten besteht. Als nicht vorläufig anwendbar werden die Bestimmungen über den Investitionsschutz und die Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten angesehen. So heißt es in einer Antwort von Staatssekretär *Machnig* an den Bundestagsabgeordneten *Ernst* vom 21. März 2016:

„Mit Blick auf die vorläufige Anwendung von CETA bedeutet das, dass die Investitionsschutzbestimmungen sowie die Regelungen zur Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten nach Auffassung der Bundesregierung von der vorläufigen Anwendung ausgenommen werden müssen, da hier auch mitgliedstaatliche Kompetenzen betroffen sind. Vor diesem Hintergrund wird im Ratsbeschluss zur Unterzeichnung des Abkommens klarzustellen sein, dass die Investitionsschutzbestimmungen von der vorläufigen Anwendbarkeit ausgeschlossen sind.“

(<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/Parlamentarische-Anfragen/2016/2-271>)

Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass der Vorschlag der Kommission zur vorläufigen Anwendung des CETA in der heute vorliegenden Form die Beschlussgrundlage für den Rat bilden wird. Für den Fall, dass die Kommission den Vorschlag vor dem Ratsbeschluss abändert, bleibt weiterer Vortrag vorbehalten.

*dd) Mitwirkungsform der deutschen Gesetzgebungsorgane*

Einstweilen geht die Bundesregierung wohl davon aus, dass die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat zur Unterzeichnung und zur vorläufigen Anwendung des CETA keiner Zustimmung von Bundestag und Bundesrat bedarf. Dies ergibt sich aus der Antwort des Staatssekretärs *Machnig* auf die schriftliche Frage des Bundestagsabgeordneten *Ernst* vom 7. März 2016:

„Die Bundesregierung geht im Fall von CETA davon aus, dass es sich um ein gemischtes Abkommen handeln wird. Die vorläufige Anwendung des in die europäische Zuständigkeit fallenden Abkommensteils erfolgt, wie bereits ausgeführt, erst dann, wenn das Europäische Parlament dem Abkommen zugestimmt hat. Die vorläufige Anwendung des Abkommens ist deshalb vollständig demokratisch durch die Zustimmung der Regierungen der Mitgliedstaaten im Rat und die Zustimmung des Europäischen Parlaments legitimiert.“

(<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/Parlamentarische-Anfragen/2016/2-216>).

Äußerungen der Bundeskanzlerin vom 30. Juni 2016 lassen allerdings offen, ob eine vorherige Befassung des Bundestages vorgesehen ist. Jedenfalls vor dem Abschluss des CETA soll der Bundestag „mitentscheiden“. Die Internetpräsentation der Bundesregierung enthält dazu folgende Passagen in einem Presseartikel:

„Bundeskanzlerin Merkel will den Bundestag über das europäisch-kanadische Freihandelsabkommen CETA mitentscheiden lassen. Die Mitwirkungsrechte des Parlaments erlaubten es, dass ‚wir den Deutschen Bundestag als Bundes-

regierung natürlich mit einbeziehen', sagte Merkel in Berlin. Das Parlamentsvotum werde dann eine wichtige Rolle für das deutsche Abstimmungsverhalten in Brüssel spielen, betonte Bundeskanzlerin Angela Merkel. Im Übrigen gebe es gute Gründe, die nationalen Parlamente zu beteiligen.“

(<https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2016/06/2016-06-29-merkel-will-bei-ceta-bundestag-mitreden-lassen.html>).

Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass Bundestag und Bundesrat erst vor dem endgültigen Abschluss des CETA im deutschen Ratifikationsverfahren nach Maßgabe des Art. 59 Abs. 2 GG, also in Gesetzesform mitwirken werden. Ein Zustimmungsgesetz vor der Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat zur vorläufigen Anwendung des CETA ist offenbar nicht vorgesehen.

Für den Fall, dass Bundestag und Bundesrat schon vor dem Beschluss über die vorläufige Anwendung einbezogen werden sollten, bleibt weiterer Vortrag vorbehalten.

## **2. Struktur und Inhalte des CETA**

### ***a) Vertragsstruktur***

Als gemischtes Abkommen weist das CETA eine bilaterale Struktur auf. Auf der einen Seite des Vertrages stehen die Europäische Union und ihre 28 Mitgliedstaaten, auf der anderen Seite Kanada. Bei einem gemischten Abkommen verhält es sich nicht so, dass die vertragliche Bindung für die Union und für die Mitgliedstaaten nur auf die in die jeweilige Binnenkompetenz fallenden Vertragsteile erstreckt wäre. Zur Funktionsweise von gemischten Abkommen gehört vielmehr, dass die Union und die Mitgliedstaaten gegenüber dem Drittstaat in allen Vertragsteilen vollständig gebunden sind und dementsprechend im Außenverhältnis Vertragserfüllung für den kompletten Vertrag schulden,



allgemeine Auffassung: *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 216 Rn. 7; *Steinbach*, Kompetenzkonflikte bei der Änderung gemischter Abkommen durch die EG und ihre Mitgliedstaaten, EUR 2007, 109; *Stein*, Der gemischte Vertrag im Recht der Außenbeziehungen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1986, S. 131.

Für das CETA wird diese Funktionsweise ausdrücklich festgelegt, indem Art. 1.8 Abs. 1 CETA anordnet: „Jede Vertragspartei ist voll verantwortlich für die Einhaltung aller Bestimmungen dieses Abkommens.“

### **b) Vertragsinhalte**

Ausweislich der Präambel des dreißig Kapitel aufweisenden Vertrages wollen die Vertragsparteien aufbauend auf ihren Verpflichtungen im Rahmen der Welthandelsorganisation zur Errichtung „eines erweiterten und sicheren Marktes für ihre Waren und Dienstleistungen durch den Abbau oder die Beseitigung von Handels- und Investitionshemmnissen“ gelangen. Es soll dabei zur „Aufstellung klarer, transparenter, berechenbarer und beiderseits vorteilhafter Regeln für Handel und Investitionen“ kommen.

Diese Ziele wollen die Vertragsparteien dadurch erreichen, dass sie in Einklang mit Artikel XXIV GATT 1994 und Artikel V GATS eine Freihandelszone errichten (Art. 1.4 CETA). Nach Maßgabe eines in Anhang 2-A verankerten Stufenplans sollen Zölle auf Ursprungswaren gesenkt werden (Art. 2.4 Abs. 1 CETA).

Mit Kapitel 5 verfolgen die Vertragsparteien unter anderem das Ziel, „sicherzustellen, dass die gesundheitspolizeilichen und pflanzenschutzrechtlichen (sanitary and phytosanitary, im Folgenden ‚SPS‘) Maßnahmen der Vertragsparteien keine ungerechtfertigten Handelshemmnisse schaffen“ (Art. 5.2 lit. b CETA). Zu diesem Zweck setzt der Vertrag einen „Gemischten Verwaltungsausschuss für gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen“ ein (Art. 26.2 Abs. 1

lit. d CETA). Dieser Ausschuss, der sich aus „Vertreter(n) der Regulierungs- und der Handelsseite jeder Vertragspartei mit Zuständigkeit für SPS-Maßnahmen“ zusammensetzt (Art. 5.14 Abs. 1 CETA), hat die Befugnis, die Anhänge des Kapitels 5 zu überprüfen und zu ändern, wobei diese Änderungen der Genehmigung durch die Vertragsparteien bedürfen (Art. 5.14 Abs. 2 lit. d CETA).

Das dem Investitionsschutz gewidmete Kapitel 8 verwendet einen weiten Investitionsbegriff:

„Vermögenswerte jeder Art, die direkt oder indirekt im Eigentum oder unter der Kontrolle eines Investors stehen und die Merkmale einer Investition aufweisen; hierzu gehören eine gewisse Dauer und andere Merkmale wie die Bindung von Kapital oder anderen Ressourcen, die Erwartung von Wertzuwachs oder Gewinn oder die Übernahme von Risiken.“ (Art. 8.1 CETA)

Ausdrücklich werden „Anteile, Aktien und sonstige Formen der Kapitalbeteiligung an einem Unternehmen“, „Rechte des geistigen Eigentums“ und „Ansprüche auf Geld oder auf Leistungen aus einem Vertrag“ umfasst, letztere aber nur, sofern sie sich nicht „lediglich aus kommerziellen Verträgen über den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen“ ergeben. Für solche Investitionen wird ein umfassender grenzüberschreitender Marktzugang eröffnet (Art. 8.4 CETA), die Beachtung von diskriminierungsfreier Inländerbehandlung sichergestellt (Art. 8.6 CETA), eine Meistbegünstigungsregel aufgestellt (Art. 8.7 CETA) und ein Grundsatz der „gerechten und billigen Behandlung“ etabliert (Art. 8.10 CETA). Für direkte und indirekte Enteignungen ist zum Marktwert zuzüglich marktüblicher Zinsen zu entschädigen (Art. 8.12 Abs. 2 und Abs. 3 CETA).

Investoren können unter bestimmten Voraussetzungen ein eigens eingerichtetes und so bezeichnetes „Gericht“ (im Folgenden zur Klarstellung und Abgrenzung „Investitionsgericht“ genannt) anrufen und gegen die Europäische Union oder einen Mitgliedstaat Klage erheben. Voraussetzung dafür ist unter anderem, dass der Kläger „auf sein Recht verzichtet, in Bezug auf eine Maßnahme, die angeblich ei-

nen Verstoß gegen das Abkommen darstellt und die in seiner Klage angeführt wird, eine Klage oder ein Gerichtsverfahren nach internem oder internationalem Recht anzustrengen“ (Art. 8.22 Abs. 1 lit. g CETA).

Dem „Investitionsgericht“ sollen zunächst 15 „Gerichtsmitglieder“ angehören, die der Gemischte CETA-Ausschuss (Art. 26.1 CETA) ernennt. Fünf Mitglieder des Gerichts müssen Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaats sein, fünf Mitglieder Staatsangehörige Kanadas und fünf Mitglieder Staatsangehörige von Drittstaaten (Art. 8.27 Abs. 2 CETA). Gegen die Entscheidungen des „Investitionsgerichts“ kann ein Rechtsbehelf zu einem sog. „Berufungsgericht“ eingelegt werden (Art. 8.28 CETA). Auch dessen Mitglieder werden von dem Gemischten CETA-Ausschuss ernannt (Art. 8.28 Abs. 3 CETA). Der Gemischte CETA-Ausschuss ist ermächtigt, die Verfahrensordnung für das „Berufungsgericht“ zu beschließen (Art. 8.28 Abs. 7 CETA).

Das „Investitionsgericht“ wendet gem. Art. 8.31 CETA „dieses Abkommen nach den Auslegungsregeln des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge und anderen zwischen den Vertragsparteien geltenden völkerrechtlichen Regeln und Grundsätzen an.“ Es ist nicht befugt, „die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme, die angeblich einen Verstoß gegen dieses Abkommen darstellt, nach dem internen Recht einer Vertragspartei zu beurteilen“, es darf aber das interne Recht einer Vertragspartei „als Tatsache“ heranziehen (Abs. 2). In Art. 8.31 Abs. 3 CETA ist eine authentische Interpretation des CETA durch den Gemischten CETA-Ausschuss vorgesehen:

„Bei ernsthaften Bedenken in Bezug auf Auslegungsfragen, die sich auf Investitionen auswirken können, kann der Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen dem Gemischten CETA-Ausschuss nach Artikel 8.44 Absatz 3 Buchstabe a die Annahme von Auslegungen dieses Abkommens empfehlen. Eine vom Gemischten CETA-Ausschuss angenommene Auslegung ist für das nach diesem Abschnitt errichtete Gericht bindend. Der Gemischte CETA-

Ausschuss kann beschließen, dass eine Auslegung ab einem bestimmten Zeitpunkt bindende Wirkung hat.“

Den in Kapitel 9 durch Inländerbehandlung (Art. 9.3 CETA) und Meistbegünstigung (Art. 9.5 CETA) geprägten Bestimmungen über den Dienstleistungsverkehr liegt ein weiter Dienstleistungsbegriff zugrunde. Ausgenommen sind in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistungen (Art. 9.2 Abs. 2 lit. a CETA). Darunter ist nach 9.1 CETA „jede Art von Dienstleistung, die nicht zu kommerziellen Zwecken oder im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistern erbracht wird“, zu verstehen.

In Kapitel 21 ist die Regulierungszusammenarbeit geregelt. Die Regulierungskooperation ist breit angelegt und erstreckt sich auf alle denkbaren handelsbezogenen Regulierungen auf den Gebieten des Waren- und Dienstleistungsverkehrs. Die Zielvorgaben für die regulatorische Zusammenarbeit werden in Art. 21.2 Abs. 4 CETA in chronologischer Reihenfolge benannt. Sie umfasst die Ziele (lit. a) der Liberalisierung des Handels- und Warenverkehrs durch den Abbau vorhandener und die Verhinderung neuer Barrieren für den Handel und private Investitionen, um Handelsstreitigkeiten zu vermeiden, (lit. b) der Verbesserung des Wettbewerbsklimas und (lit. c) der Förderung von transparenten, effizienten und effektiven Regulierungsverfahren. Hinzu kommt nach Art. 21.3 lit. b i und lit. c i CETA das Ziel, „unnötige Regulierungsunterschiede“ zwischen den Vertragsparteien zu vermeiden und zu reduzieren.

Die regulatorische Kooperation ist als Frühwarnsystem ausgestaltet. Die Vertragsparteien sollen nach Art. 21.4 lit. b, c und f sowie Art. 21.7 CETA möglichst frühzeitig in den Prozess der Entscheidungsfindungen der jeweils anderen Vertragsparteien einbezogen werden und in regelmäßigen Abständen Informationen über Regulierungsvorhaben austauschen, um ihre jeweiligen Perspektiven auf Regulierungsvorhaben der anderen Parteien und ihre Bedenken dagegen vortragen zu können. Es sollen Informationen – auch nichtöffentlicher Art – über geplante und

begonnene Regulierungsvorhaben oder auch bereits bestehende Regulierungen aller staatlichen Ebenen, inklusive der Bundesgesetzgebung, geteilt werden. Die jeweils anderen Vertragsparteien können diese Informationen innerhalb einer ausreichenden Frist kommentieren. Informationen und Kommentare dienen dann als Grundlage für anschließende Beratungen und Folgenabschätzungen – und damit letztlich als Grundlage für eine mögliche Änderung ursprünglich nationalstaatlicher Regulierungsziele oder -mittel. Zur Effektuierung ihrer Regulierungszusammenarbeit können die Vertragsparteien auf privaten, zivilgesellschaftlichen, wissenschaftlichen oder Betroffenen Sachverständigen zurückgreifen und dürfen nach Art. 21.8 CETA Interessenvertreter der Wirtschaft, NGOs oder andere Sachverständige zu Beratungen hinzuziehen.

Die regulatorische Kooperation im CETA wird von mehreren Institutionen gesteuert. Es sind beteiligt der Gemischte CETA-Ausschuss, Sonderausschüsse, das Forum für die Zusammenarbeit in Regulierungsfragen („Forum“) und die „Bilateralen Dialoge und Kooperationen“ des Kapitels 29. Das Forum, das als Sonderausschuss eingerichtet wird, dient als Diskussionsforum der Vertragsparteien. Daneben unterstützt es die Parteien in ihren Bemühungen, die regulatorische Kooperation zu erweitern und zu vertiefen. Es ist zusammengesetzt aus Beamten oder Funktionären der Vertragsparteien. Den Vorsitz hat ein Vertreter der Regierung Kanadas im Rang eines „Deputy Minister“ und ein Vertreter der Europäischen Kommission im Rang eines Generaldirektors (Art. 21.6 Abs. 3 CETA).

In Kapitel 26 ist eine eigene institutionelle Vertragsstruktur vorgesehen. Der Gemischte CETA-Ausschuss ist das Hauptvertragsorgan. Er wird besetzt mit Vertretern aus Kanada und der EU. Vertreter der Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind nicht Mitglieder dieses Ausschusses (Art. 26.1 Abs. 1 CETA). Er entwickelt das Freihandelsabkommen fort. Generell kann der Gemischte CETA-Ausschuss Annexe und Protokolle des Vertrages ändern (Art. 30.2 Abs. 2 CETA). Diese allgemeinen Änderungsbefugnisse werden sektorspezifisch in den einzelnen Ver-

tragskapiteln konkretisiert. So kann der Gemischte CETA-Ausschuss Befreiungstatbestände bei Einfuhrzöllen beschließen, die die entsprechenden Annex-Regelungen verdrängen (Art. 2.3 Abs. 5 CETA). Er kann nach Art. 8.1 CETA das Investitionsschutzkapitel um bislang nicht erfasste Kategorien des geistigen Eigentums ergänzen und diese unter den Schutz des Vertrages stellen. Gleichzeitig kann der Ausschuss im Annex 20-A die geschützten Herkunftsbezeichnungen erweitern oder streichen. Nach Art. 8.10 Abs. 3 CETA und Art. 8.31 Abs. 3 CETA kann der Gemischte CETA-Ausschuss verbindliche Auslegungen der Schutzstandards und die sonstige authentische Interpretation des Investitionsschutzkapitels beschließen. Der Gemischte CETA-Ausschuss kann ferner Ergänzungen im Kapitel 23 „Handel und Arbeit“ vornehmen.

Die Sonderausschüsse, die nach Art. 26.2 CETA zur Verwaltung der verschiedenen Kapitel eingerichtet werden, stehen unter der Aufsicht des Gemischten CETA-Ausschusses und arbeiten ihm zu. Nach Art. 26.2 Abs. 1 CETA werden insgesamt neun Sonderausschüsse eingerichtet: (lit. a) der Ausschuss für Warenhandel, (lit. b) der Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen, (lit. c) der Gemischte Ausschuss für Zusammenarbeit im Zollbereich, (lit. d) der Gemischte Verwaltungsausschuss für SPS-Maßnahmen, (lit. e) der Ausschuss für das öffentliche Beschaffungswesen, (lit. f) der Ausschuss für Finanzdienstleistungen, (lit. g) der Ausschuss für Handel und nachhaltige Entwicklung, (lit. h) das Forum für die regulatorische Zusammenarbeit und (lit. i) der CETA-Ausschuss für geografische Angaben. Den Sonderausschüssen kommt grundsätzlich insgesamt eine vorentscheidende Rolle für die Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses zu. Zur Besetzung der Ausschüsse enthält Art. 26.2 CETA kaum genauere Angaben. Es wird lediglich in Abs. 4 festgelegt, dass der Vorsitz in den Ausschüssen von einem Vertreter Kanadas und der EU gemeinsam geführt wird. Die Besetzungsregeln finden sich ansonsten in den speziellen Vertragskapiteln, in denen die Ausschüsse eingesetzt werden.

### III. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

#### 1. Parteifähigkeit

Die Beschwerdeführer sind allesamt als natürliche Personen parteifähig, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG. Es wird mit Blick darauf, dass eine Verletzung des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gerügt wird, darauf hingewiesen, dass es sich bei allen Beschwerdeführern um Wahlberechtigte im Sinne dieser Verfassungsbestimmung handelt.

#### 2. Beschwerdegegenstand

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen den Zustimmungsakt des deutschen Vertreters im Rat zu den Vorschlägen der Kommission vom 5. Juli 2016 über die Unterzeichnung, den Abschluss und die vorläufige Anwendung des CETA. Dabei mag dahinstehen, ob die Zustimmung des deutschen Vertreters durch aktive Stimmabgabe oder durch Stimmenthaltung bewirkt wird. In beiden Fällen würde der deutsche Vertreter im Rat bei einem einstimmigen Beschluss zustimmend mitwirken. Ein einstimmiger Beschluss würde nur dann verhindert, wenn der deutsche Vertreter im Rat aktiv eine ablehnende Stimme abgibt,

*Schiffbauer*, Mehrheitserfordernisse für Abstimmungen im Rat über TTIP, CETA & Co., EuZW 2016, S. 252 ff.; *Obwexer/Hummer*, in: Streinz, EUV/AEUV Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 238 AEUV, Rn. 27; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 238 AEUV, Rn. 5.

Die zustimmende Mitwirkung des deutschen Vertreters im Rat ist ein Akt deutscher öffentlicher Gewalt, der grundsätzlich mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden kann.

Die nach Maßgabe der Art. 216 ff. AEUV zu treffenden Beschlüsse, die der Rat in Wahrnehmung seiner Organzuständigkeit für die in Titel V des AEUV geregelten „Internationalen Übereinkünfte“ der Union verabschiedet, sind indes Unionsrechtsakte. Solche Rechtsakte bilden grundsätzlich keine tauglichen Beschwerdegegenstände im Verfahren der Verfassungsbeschwerde,

zuletzt BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juni 2016 – 2 BvR 322/13, Rn. 8; zuvor BVerfGE 129, 124 (175 f.); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 97.

Allerdings können solche Rechtsakte mittelbar Gegenstand der Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht sein, sofern sie die Grundrechtsberechtigten in Deutschland betreffen und aus der Integrationsverantwortung folgende Reaktionspflichten deutscher Verfassungsorgane auslösen,

BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juni 2016 – 2 BvR 322/13, Rn. 9; BVerfGE 134, 366 (394 ff., Rn. 44 ff.); 135, 317 (393 f., Rn. 146).

Die Beschwerdeführer wenden sich nicht unmittelbar gegen die (zukünftigen) Ratsbeschlüsse über die Unterzeichnung, den Abschluss und die vorläufige Anwendung des CETA. Sie sind der Auffassung, dass diese Ratsbeschlüsse aber mittelbar einen tauglichen Überprüfungsgegenstand bilden, weil nach ihrem – unten im einzelnen dargelegten – Vortrag die Nichtbefolgung der aus der Integrationsverantwortung fließenden Reaktionspflicht deutscher Verfassungsorgane zu einer Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts der Beschwerdeführer aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG führen wird.

Den Ratsbeschlüssen wird dabei nicht bloß eine vorbereitende Funktion zukommen. Dies gilt für den Beschluss über die Unterzeichnung des CETA (a), den Abschluss des CETA (Ratifikationsbeschluss) (b) und auch für den Beschluss über die vorläufige Anwendung des CETA (c).



### **a) *Zukünftiger Unterzeichnungsbeschluss***

Die Unterzeichnung eines völkerrechtlichen Vertrages bringt nicht bloß die Absicht des Unterzeichnerstaates zum Ausdruck, den Vertrag nach Möglichkeit alsbald zu ratifizieren. Als unmittelbare rechtliche Wirkung tritt nach Art. 18 lit. a der Wiener Vertragsrechtskonvention (BGBl. 1985 II, S. 926), dessen Inhalt auch völkergewohnheitsrechtlich Geltung beansprucht, das Verbot in Kraft, sich in der Zwischenphase zwischen der Unterzeichnung und der Ratifikation aller Handlungen zu enthalten, die Ziel und Zweck des Vertrages vereiteln würden. Diese Vorwirkung greift in die Grundrechtssphäre der Betroffenen durch. Mit dem Unterzeichnungsbeschluss sind die deutschen staatlichen Organe bereits in ihren politischen Handlungsoptionen darauf eingeengt, das Vertragsprogramm nicht zu konterkarieren. Die Unterlassenspflichten spiegeln dabei die positiven vertraglichen Handlungspflichten wider.

### **b) *Zukünftiger Ratifikationsbeschluss***

Der Ratifikationsbeschluss ist nach der derzeitigen Planung nur ein Element neben den Ratifikationsbeschlüssen in den 28 EU-Mitgliedstaaten, und insoweit ließe sich argumentieren, dass von dem Ratifikationsbeschluss des Rates allein noch keine Betroffenheit der Beschwerdeführer ausgelöst werden könne. Dabei wäre aber übersehen, dass der Ratifikationsbeschluss des Rates möglicherweise schon die letzte Entscheidung der europäischen Seite über den Abschluss des CETA sein wird. Denn in dem entsprechenden Vorschlag der Kommission wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass für den Fall, dass sich unter dem Eindruck des Singapur-Gutachtens des Europäischen Gerichtshofs die ursprüngliche Rechtsansicht der Kommission bestätigt, es handele sich bei CETA um ein „EU-only“-Abkommen, die „nötigen Schlüsse“ gezogen werden müssen,

COM(2016) 443 final, S. 4.

Dies kann nach Wortlaut und inhaltlichem Zusammenhang nur so verstanden werden, dass in diesem Fall die Ratifikationsprozesse in den Mitgliedstaaten abgebrochen werden und das CETA von der Union allein ratifiziert wird. In diesem Fall wird der Ratifikationsbeschluss die Beschwerdeführer unmittelbar betreffen.

Dass der Ratifikationsbeschluss vom Rat noch nicht gefasst wurde, es sich also um einen künftigen Überprüfungsgegenstand handelt, ist für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde unschädlich. Denn es ist anerkannt, dass vorbeugender Rechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht gewährt werden kann, wenn andernfalls nicht mehr korrigierbare Folgen eintreten,

BVerfGE 1, 396 (413); 74, 297 (318 ff.); 97, 157 (164); 108, 370 (385); 112, 363 (367); 123, 267 (329); 134, 366 (391 f., Rn. 34).

Wenn, was nach dem jetzigen Stand noch nicht abzusehen, aber andererseits sehr gut möglich ist, mit dem Ratsbeschluss im Oktober schon die letzte Entscheidung über den Abschluss des CETA getroffen wird, ist der Vertrag im Außenverhältnis zu Kanada wirksam und entfaltet im Innenverhältnis der Union nicht mehr einseitig zu ändernde Rechtsbindungen. Insofern ist es zulässig, mit dieser Verfassungsbeschwerde um vorbeugenden Rechtsschutz nachzusuchen.

### ***c) Zukünftiger Beschluss über die vorläufige Anwendung***

Erst recht gilt das Vorstehende für den Ratsbeschluss über die vorläufige Anwendung des CETA. Vorläufige Anwendung bedeutet zunächst einmal, dass das CETA in allen Hinsichten sofort seine völkerrechtlichen Bindungen entfaltet und als Teil des Unionsrechts Anwendungsvorrang gegenüber entgegenstehendem Recht der Mitgliedstaaten genießt. Der einzige Unterschied zum endgültigen Abschluss besteht darin, dass die vorläufige Anwendung von den Vertragsparteien einseitig beendet werden kann, sei es, weil die Ratifikation endgültig verweigert wird, sei es aus anderen Gründen,

so auch die Ausarbeitung der Unterabteilung Europa des Deutschen Bundestages „Fragen zu den Ratifikationserfordernissen und der vorläufigen Anwendung des Comprehensive Economic and Trade Agreements (CETA)“, PE 6 – 3000 – 31/16 vom 14. März 2016, S. 6.

Angesichts dessen ist es zulässig, den Ratsbeschluss über die vorläufige Anwendung des CETA, der nach dem jetzigen Informationstand am 18. Oktober 2016 – s.o. A. II. 1. b) – getroffen wird, schon jetzt im Wege des vorbeugenden Rechtsschutzes zum Überprüfungsgegenstand dieser Verfassungsbeschwerde zu machen. Ein weiteres Zuwarten würde die vertraglichen Bindungen und die Rechtswirkungen in der unionalen Rechtsordnung entstehen lassen, ohne dass dann noch die Möglichkeit einer Korrektur bestünde.

### **3. Beschwerdebefugnis**

Die Beschwerdeführer machen eine Verletzung ihres grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 20, 23 Abs. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG geltend.

Mit dem Maastricht-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht anerkannt, dass Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG nicht nur ein formales Wahlrecht zum Deutschen Bundestag vermittelt, sondern den dahinter stehenden grundlegenden Gehalt dieses Rechts gewährleistet,

BVerfGE 89, 155 (171 f.).

Bezogen auf die europäische Integration hat das Gericht im Maastricht-Urteil ausgeführt – BVerfGE 89, 155 (187 f.):

„Weil der wahlberechtigte Deutsche sein Recht auf Teilnahme an der demokratischen Legitimation der mit der Ausübung von Hoheitsgewalt betrauten Einrichtungen und Organe wesentlich durch die Wahl des Deutschen Bundes-

tages wahrnimmt, muss der Bundestag auch über die Mitgliedschaft Deutschlands in der Europäischen Union, ihren Fortbestand und ihre Entwicklung bestimmen. [...] Entscheidend ist, dass die Mitgliedschaft der Bundesrepublik Deutschland und die daraus sich ergebenden Rechte und Pflichten – insbesondere auch das rechtsverbindliche unmittelbare Tätigwerden der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Rechtsraum – für den Gesetzgeber voraussehbar im Vertrag umschrieben und durch ihn im Zustimmungsgesetz hinreichend bestimmbar normiert worden sind (vgl. BVerfGE 58, 1 (37); 68, 1 (98 f.)). Das bedeutet zugleich, dass spätere wesentliche Änderungen des im Unions-Vertrag angelegten Integrationsprogramms und seiner Handlungsermächtigungen nicht mehr vom Zustimmungsgesetz zu diesem Vertrag gedeckt sind (vgl. schon BVerfGE 58, 1 (37); BVerfGE 68, 1 (98 f.); Mosler in: Handbuch des Staatsrechts, Band VII [1992], § 175 Rdnr. 60). Würden etwa europäische Einrichtungen oder Organe den Unions-Vertrag in einer Weise handhaben oder fortbilden, die von dem Vertrag, wie er dem deutschen Zustimmungsgesetz zugrunde liegt, nicht mehr gedeckt wäre, so wären die daraus hervorgehenden Rechtsakte im deutschen Hoheitsbereich nicht verbindlich. Die deutschen Staatsorgane wären aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert, diese Rechtsakte in Deutschland anzuwenden. Dementsprechend prüft das Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen (vgl. BVerfGE 58, 1 (30 f.); 75, 223 (235, 242)).“

In den Folgejahren hat das Gericht diese grundlegende Rechtserkenntnis beibehalten und sie in einzelnen Ausprägungen immer schärfer konturiert.

BVerfGE 123, 267 (330 ff., 340 ff.); 129, 124 (167 ff.); 134, 366 (381 ff.); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 80 ff.

Zuletzt hat das Gericht im OMT-Vorlagebeschluss vom 14. Januar 2014 sowie im OMT-Urteil vom 21. Juni 2016 in dankenswerter Klarheit die eigenen Überprüfungsmaßstäbe und ihre Voraussetzungen beschrieben,

BVerfGE 134, 366 (381 ff.); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 81 ff.

Danach bezieht sich die Kontrollaufgabe des Gerichts darauf, ob Handlungen den nicht übertragbaren Kern der deutschen Verfassungsidentität berühren (Identitätskontrolle) oder auf hinreichend qualifizierten Kompetenzüberschreitungen beruhen (Ultra-vires-Kontrolle).

#### **a) *Identitätskontrolle***

Das Bundesverfassungsgericht überprüft im Rahmen der Identitätskontrolle, ob eine Maßnahme eines Organs der Europäischen Union Auswirkungen hat, die die durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungsidentität berühren. Dahinter steht die naheliegende Überlegung, dass eine solche Maßnahme schlechterdings nicht auf einer wirksamen primärrechtlichen Grundlage bestehen kann, weil der Bundesgesetzgeber selbst mit der Mehrheit des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG keine Hoheitsrechte übertragen darf, deren Inanspruchnahme die von Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungsidentität berühren würde,

BVerfGE 134, 366 (384); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 134, 138.

Dabei gilt, dass Art. 79 Abs. 3 GG eine „absolute Grenze“ errichtet: Berührt die Anwendung von Unionsrecht die in Art. 79 Abs. 3 GG verankerten Identitätsmerkmale, hilft eine Abwägung mit Unionsinteressen nicht weiter. Die Identitätsmerkmale des Art. 79 Abs. 3 GG sind abwägungsresistent,

BVerfGE 123, 267 (348); 134, 366 (385); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 153.

Das Bundesverfassungsgericht weist zu Recht darauf hin, dass die Achtung der „nationalen Identität“ in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV einerseits einen viel weiter reichenden Anwendungsbereich hat, andererseits aber der unional geforderte Schutz wegen seiner Abwägungsoffenheit kategorial hinter der von Art. 79 Abs. 3 GG geforderten Identitätskontrolle zurück bleibt,

BVerfGE 134, 366 (386 f.); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 140 ff.

Ebenfalls zu Recht weist das Gericht auf die mit der deutschen Identitätskontrolle vergleichbare Rechtslage in anderen EU-Mitgliedstaaten hin,

BVerfGE 134, 366 (387); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 142.

Die Identitätskontrolle des Bundesverfassungsgerichts steht nach alledem in fester Übung. Die Beschwerdeführer tragen vor, dass ihre Rechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG dadurch verletzt werden, dass die Bundesregierung mit ihrem zustimmenden Verhalten im Rat eine vertragliche Bindung eintreten lässt, die das politische Gestaltungsrecht des Deutschen Bundestages aushöhlt und die Verfassungsstruktur der Bunderepublik verändert. Im Einzelnen:

*aa) Einschränkung der Autonomie des Bundestages*

Der Bundestag ist das zentrale Gesetzgebungsorgan des Bundes. Dass die politische Willensbildung im Bundestag ihren Kulminationspunkt findet, von dem aus gesetzgeberische Staatsgewalt ausgeübt wird (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG), setzt voraus, dass der Bundestag als Organ in seiner internen Willensbildung unabhängig ist. Unabhängigkeit bedeutet dabei nicht nur Abwesenheit von physischem oder

psychischem Zwang sowie Weisungsunabhängigkeit und Freiheit von vertraglichen Bindungen. Für den einzelnen Abgeordneten und mithin für die Summe aller Abgeordneten sind diese Unabhängigkeitsgarantien in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG verankert,

dazu *Schreiber*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 38 (2013), Rn. 181 f.; *Achterberg/Schulte*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 6. Aufl. 2010, Art. 38, Rn. 39 ff.

Darüber hinaus muss sichergestellt sein, dass die Autonomie des Bundestages als Ganzes nicht in einer Weise eingeschränkt wird, die das verfassungsrechtliche Leitbild eines unabhängig agierenden Gesetzgebungsorgans zur Fiktion werden lässt. Dabei ist zunächst zu konstatieren, dass der Bundestag als Ganzes und jeder einzelne Abgeordnete sich in einem Geflecht von Kommunikations- und Informationsstrukturen bewegt, das es schwermacht, eine klare Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Beeinflussung zu ziehen. Andererseits aber liegt auf der Hand, dass es jenseits der in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG enthaltenen Garantien unabhängigkeitsbedrohende Strukturen geben mag, die wegen ihrer besonderen Qualität mit der Verfassung nicht mehr übereinstimmen.

Massive strukturelle Einschränkungen der gesetzgeberischen Autonomie sind mit dem Grundgesetz (Art. 38 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) nicht vereinbar. Für solche massiven strukturellen Einschränkungen ist zweierlei kennzeichnend: erstens, dass der Bundestag wegen von ihm nicht mehr steuerbarer außerparlamentarischer Sachzwänge nicht mehr in der Lage ist, seinen Gesetzgebungswillen frei in einer ganz bestimmten Weise zu artikulieren, ohne dass er, zweitens, zugleich das Verdikt von Rechtswidrigkeit auf sich zieht.

Sachzwängen, die sich bei der nachvollziehenden Umsetzung von EU-Richtlinien ergeben, führen zwar auch zu einer Einengung des gesetzgeberischen Gestaltungspotentials. Aber diese Einengungen haben eine antizipierte, rechtlich tragfähige Grundlage, die letztlich in der parlamentarisch verantworteten Einbindung in die

Europäische Union ihren Ursprung hat. Zugleich weisen die EU-Richtlinien eine eigene demokratische Legitimation auf, die über die Mitwirkung im Europäischen Parlament und im Rat hergestellt wird.

Im Unterschied zu diesen legitimen Eingrenzungen parlamentarischer Gestaltungsfreiheit handelt es sich bei den hier in Rede stehenden massiven strukturellen Einschränkungen um außerparlamentarische Einflussnahmen, die in ihrer Entstehung dem Einfluss des Gesetzgebers entzogen sind. Deren weiteres Merkmal ist, dass sie vom Bundestag ohne Verstoß gegen geltendes, nicht ohne weiteres änderbares Recht nicht missachtet werden können.

Die Beschwerdeführer tragen vor, dass die im CETA enthaltenen Bestimmungen solche die Autonomie des Deutschen Bundestages beschränkenden, massiven und strukturellen Einschränkungen mit sich bringen. Diese Einschränkungen verändern die demokratische Verfassungsstruktur der Bundesrepublik. Im Einzelnen:

*(1) Fehlende deutsche Mitwirkung im Gemischten CETA-Ausschuss*

Es ist nicht vorgesehen, dass deutsche Repräsentanten der Legislative oder der Exekutive im Gemischten CETA-Ausschuss vertreten sind (Art. 26.1 Abs. 1 CETA: „Vertreter der Europäischen Union und Vertreter Kanadas“). In den Sonderausschüssen ist eine deutsche Beteiligung nicht sichergestellt, wenn von „Vertretern der Vertragsparteien“ die Rede ist (z.B. Art. 6.14 Abs. 2; 11.5 lit. a; 19.19 Abs. 1; 22.4 Abs. 1 CETA). Die Formulierung lässt zu, dass nur einzelne, aber nicht alle Mitgliedstaaten vertreten sind. Der Deutsche Bundestag hat keine rechtlich gesicherte Möglichkeit, auf die Arbeit in den CETA-Sonderausschüssen einzuwirken, eine Mitwirkung in dem übergeordneten Gemischten CETA-Ausschuss ist definitiv nicht vorgesehen.



(2) *Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses*

Die vom Gemischten CETA-Ausschuss verabschiedeten Beschlüsse (Art. 26.3 CETA) können das gesamte Themenfeld des CETA betreffen (Art. 26.3 Abs. 1 CETA). Ihre Rechtswirkungen sind in Art. 26.3 Abs. 2 Satz 1 CETA festgelegt:

„Die Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses sind für die Vertragsparteien – vorbehaltlich der Erfüllung etwaiger interner Anforderungen und des Abschlusses etwaiger interner Verfahren – bindend und von ihnen umzusetzen.“

Welche internen Anforderungen und interne Verfahren im Falle der Bundesrepublik Deutschland gemeint sein könnten, erschließt sich aus dem Vertragstext nicht. Aber auch das Grundgesetz ist insoweit nicht ergiebig. Es verlangt nur für politische und gesetzesinhaltliche völkerrechtliche „Verträge“ (Art. 59 Abs. 2 GG) in jedem einzelnen Fall die Zustimmung bzw. Mitwirkung der deutschen Gesetzgebungsorgane,

zum Vertragsbegriff BVerfGE 90, 286 (359).

Bei den Beschlüssen des Gemischten CETA-Ausschusses handelt es sich indes nicht um Verträge, sondern um einseitige Rechtsakte, für die ein deutsches Zustimmungsgesetz nicht statthaft wäre,

BVerfGE 68, 1, (84 ff.); 90, 286 (358).

Andererseits kommen Art. 24 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG als Grundlage fallweise zu erteilender Beschlusslegitimation nicht in Betracht. Diese Verfassungsbestimmungen betreffen die vorweggenommene gesetzesförmliche Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen oder auf die Europäische Union, nicht aber deren konkrete Ausübung in jedem einzelnen Fall.

Es ergibt sich somit, dass die Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses für die Vertragsparteien, also auch die Bundesrepublik Deutschland, verbindlich sind.

Sie sind, wie es in Art. 26.3 Abs. 2 Satz 1 CETA ausdrücklich heißt, „bindend“ und „umzusetzen“. Diese Verpflichtung wird schon wegen des Vorbehalts des Gesetzes im Wesentlichen den Gesetzgeber treffen. Er wird ohne vorherige Einflussmöglichkeit zur Umsetzung verpflichtet, und er würde bei verweigerter Umsetzung eine Vertragsverletzung der Bundesrepublik Deutschland verursachen, die möglicherweise nach Durchführung des im CETA vorgesehenen Streitschlichtungsverfahrens Entschädigungspflichten auslöst (Art. 29.14 Abs. 1 CETA).

In diesem Zusammenhang wiegt schwer, dass der Gemischte CETA-Ausschuss auch dazu berufen ist, über die Inhalte des CETA zu disponieren. Er kann punktuell das Abkommen und seine Anhänge ändern (Art. 4.7. Abs. 1 lit f, Art. 20.22 Abs. 1 i.V.m. Art. 26.1. Abs. 5 lit. c CETA), ohne dass dafür eine Rückbindung an das Europäische Parlament oder die Parlamente der Mitgliedstaaten vorgesehen wäre.

Durch diese vertraglichen Inhalte ist die Autonomie des Bundestages, die demokratische Struktur der Gesetzgebung und damit ein essentielles Element der in Art. 79 Abs. 3 GG garantierten, identitären Staatsstrukturen berührt.

### *(3) Einschränkungen im Zusammenhang mit dem „Investitionsgericht“*

Nicht nur auf den Gemischten CETA-Ausschuss, sondern auch auf das „Investitionsgericht“ werden durch das CETA in unzulässiger Weise Hoheitsrechte übertragen, weil der Spruchkörper in die Lage versetzt wird, letztverbindliche und weltweit vollstreckbare Urteile zu erlassen (Art. 8.41 Abs. 1 CETA). Die auf diese Weise erzeugte Parallelgerichtsbarkeit beeinträchtigt nicht nur das staatliche Justizmonopol und verlässt das unionale Kompetenzgefüge (dazu sogleich), sondern beschränkt auch die Autonomie des Bundestages, indem sie das Demokratieprinzip verletzt. Denn die durch den Bundestag wirksam vorgenommene Übertragung von Hoheitsrechten auf den Europäischen Gerichtshof, dem Teile davon nun zu Gunsten des „Investitionsgerichts“ wieder entzogen werden, geschah unter der Prämisse

des durch Art. 23 Abs. 1 GG vermittelten Integrationsauftrags. Dieser geht einher mit der Bedingung, dass eine Weiterübertragung von Hoheitsrechten außerhalb der Union nicht möglich ist, was der restriktive Wortlaut von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG („hierzu“ – nämlich nur zur Verwirklichung eines vereinten Europas) belegt. Wenn es aber – wie hier geschehen – möglich ist, dass Hoheitsrechte, die ursprünglich grundgesetzkonform durch den Bundestag auf die Union übertragen wurden, in der Folge in einer Weise „weiterveräußert“ werden, die dem Bundestag nicht gestattet wäre, wird dadurch zugleich dessen Autonomie beschränkt. Denn so wird auch der zulässige Rahmen von Hoheitsrechtsübertragungen durch den Bundestag sinnentleert.

Darüber hinaus wird die Autonomie des Bundestages auch durch die materielle Rechtsprechung des „Investitionsgerichts“ spürbar eingeschränkt. Dies ist vor allem der erheblichen Privilegierung der Klägerseite – nämlich ausschließlich kanadischer Investoren – geschuldet. Sie können (anders als die beklagte Bundesrepublik) stets auf zumindest einen Richter aus dem eigenen Lager vertrauen (Art. 8.27 Abs. 6 CETA), dürfen das im jeweiligen Fall anwendbare Verfahrensrecht bestimmen (Art. 8.23 Abs. 2 CETA) und sind dank unbestimmter, aber streitentscheidender Rechtsbegriffe (insbesondere „gerechte und billige Behandlung“, Art. 8.10 Abs. 1 CETA) i.V.m. immensen Zahlungsforderungen vor dem Hintergrund einer auch insoweit uneinheitlichen Rechtsprechung von Investor-Staat-Schiedsgerichten in der Lage, ein erhebliches Bedrohungspotential zu generieren. Obwohl das „Investitionsgericht“ nur Schadensersatz- und Entschädigungszahlungen zusprechen kann, können (und werden) diese doch teils derart unverhältnismäßig hoch ausfallen, dass sich der Gesetzgeber – zur Erzielung eines „billigeren“ Vergleichs – dazu genötigt sieht, bestehende Gesetze zu ändern oder von einer geplanten Änderung abzusehen,

so bereits geschehen im Schiedsverfahren „Vattenfall-I“ zum Kraftwerk Hamburg-Moorburg: *Krajewski*, Umweltschutz und internationales Investiti-

onsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), ZUR 2014, S. 396 ff. (398) m.w.N.

Überdies schränkt die zu kalkulierende Möglichkeit immenser außerplanmäßiger Zahlungspflichten auch den Haushaltsgesetzgeber in seiner Handlungsfreiheit spürbar ein.

*bb) Beeinträchtigung des staatlichen Justizmonopols*

Nach Art. 92 Abs. 1 GG ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut. „Sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt“ (Art. 92 Hs. 2 GG). Die Begründung einer nichtstaatlichen Gerichtsbarkeit findet im Grundgesetz keine ausdrückliche Grundlage. Sie ist mit den Worten des Bundesgerichtshofs „weder erlaubt noch verboten“,

BGHZ 65, 59 (61).

Für die private Schiedsgerichtsbarkeit spricht insoweit ihre vorverfassungsrechtliche Existenz, vor allem aber, dass sie Ausdruck grundrechtlich geschützter, privatautonomer Gestaltungsfreiheit ist,

*Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 92, Rn. 87 f.; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 92, Rn. 28; *Achterberg*, in: Dolzer/Vogel/Graßhof, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 92, Rn. 173 ff. und *Wassermann*, in: Wassermann, Alternativkommentar zum Grundgesetz, Art. 92, Rn. 51 ff.

Für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit enthält Art. 24 Abs. 3 GG eine explizite verfassungsrechtliche Grundlage. Art. 24 Abs. 3 GG spricht aber insoweit nur

von der Regelung „zwischenstaatlicher Streitigkeiten“. Darunter fallen die Streitigkeiten zwischen privaten Rechtssubjekten und Staaten nicht,

*Streinz*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 24, Rn. 87.

Ob daraus bereits im Umkehrschluss zu folgern ist, dass Investor-Staat-Streitigkeiten einer nichtstaatlichen Gerichtsbarkeit nicht überantwortet werden dürfen, mag hier einstweilen dahinstehen. Zunächst ist lediglich festzustellen, dass eine belastbare verfassungsrechtliche Grundlage für diese Form von nichtstaatlicher Gerichtsbarkeit nicht existiert.

Weil sie erstens historisch gesehen nicht zum vorverfassungsrechtlichen Gesamtbild gehörte und weil sie nicht Gleichordnungsverhältnisse betrifft, sondern subordinationsrechtliche Rechtsverhältnisse im Bereich des öffentlichen Rechts, verstößt diese Form nichtstaatlicher Gerichtsbarkeit gegen das Rechtsprechungsmonopol des Art. 92 GG. Denn insoweit werden gemeinwohlgeprägte Bereiche staatlicher Tätigkeit, die schlechterdings nicht zur Disposition nichtstaatlicher Akteure stehen, der staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen,

ebenso *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 92, Rn. 89: „Wegen ihrer grundrechtlichen Basis kommt private Schiedsgerichtsbarkeit von vornherein nur im zivilrechtlichen Bereich zwischen Privatpersonen in Betracht. Private ‚Verwaltungsgerichtsbarkeit‘ scheidet dagegen aus, weil Private keine Rechts- und Entscheidungsmacht gegenüber der öffentlichen Verwaltung ausüben können [...]“. Ferner *Menger*, Berufsgerichte und Grundgesetz, JuS 1966, S. 66 ff.; *Häberle*, Berufsgerichte als „staatliche“ Gerichte, DÖV 1965, 369 (373); *Arndt*, Private Betriebs-„Justiz“, NJW 1965, S. 26 (27); *Lembcke*, Die Influenz von Justizgewährungsanspruch, Rechtsprechungsmonopol des Staates und rechtlichem Gehör auf außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren, NVwZ 2008, S. 42 (43).

Das Rechtsprechungsmonopol des Art. 92 GG aber ist zentrales Element sowohl des Rechtsstaatsprinzips als auch des Demokratieprinzips. Die rechtsstaatliche Dimension erschließt sich in der Rechtsbefriedungsfunktion, der Durchsetzungsfunktion im Hinblick auf die Grundrechte und das staatliche Gewaltmonopol sowie in der gewaltenteilenden Funktion,

BVerfGE 33, 23 (32); 54, 277 (292); 60, 253 (267 f.).

In allen diesen Ausprägungen ist das Rechtsprechungsmonopol des Art. 92 GG Teil des in Art. 79 Abs. 3 GG besonders geschützten und unveränderlichen Rechtsstaatsprinzips,

*Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 92, Rn. 11;  
*Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Abs. 3, Rn. 239.

Der demokratiebezogene Gehalt des Art. 79 Abs. 3 GG ist berührt, weil die nichtstaatliche Gerichtsbarkeit in personeller wie in sachlicher Hinsicht nicht von der selben Legitimation getragen ist wie die staatliche Gerichtsbarkeit.

Indem das staatliche Rechtsprechungsmonopol durchbrochen und Rechtsprechung in Kapitel 8 CETA einer nichtstaatlichen Gerichtsbarkeit parallel zur bestehenden staatlichen Gerichtsbarkeit anvertraut wird, ist die in Art. 79 Abs. 3 GG verankerte Verfassungsidentität doppelt berührt: die identitätsstiftende Rechtsstaatlichkeit ist ebenso betroffen wie der identitätsstiftende demokratische Gehalt des Art. 79 Abs. 3 GG.

#### **b) *Ultra-vires-Kontrolle***

Neben der Identitätskontrolle „stellt die Ultra-vires-Kontrolle einen besonderen, an das Zustimmungsgesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG anknüpfenden An-

wendungsfall des allgemeinen Schutzes der Verfassungsidentität durch das Bundesverfassungsgericht dar“,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 153.

Bereits in der Honeywell-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht die Voraussetzungen dieses spezifischen Kontrollinstruments beschrieben, BVerfGE 126, 286 (304):

„Eine Ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht kommt darüber hinaus nur in Betracht, wenn ersichtlich ist, dass Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen außerhalb der übertragenen Kompetenzen ergangen sind (vgl. BVerfGE 123, 267 [353, 400]). Ersichtlich ist ein Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur dann, wenn die europäischen Organe und Einrichtungen die Grenzen ihrer Kompetenzen in einer das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung spezifisch verletzenden Art überschritten haben (Art. 23 Abs. 1 GG), der Kompetenzverstoß mit anderen Worten hinreichend qualifiziert ist (vgl. zur Formulierung hinreichend qualifiziert als Tatbestandsmerkmal im unionsrechtlichen Haftungsrecht etwa EuGH, Urteil vom 10. Juli 2003, Rs. C-472/00 P – Fresh Marine, Slg. 2003, S. I-7541, Rn. 26 f.). Dies bedeutet, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die rechtsstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht fällt (vgl. Kokott, Deutschland im Rahmen der Europäischen Union – zum Vertrag von Maastricht, AöR 1994, S. 207 [220]: ‚erhebliche Kompetenzüberschreitungen‘ und [233]: ‚drastische Ultra-vires-Akte‘; [...]).“

Die Beschwerdeführer machen exakt solche hinreichend qualifizierten Kompetenzverstöße geltend, indem sie vortragen, dass sie in ihren Rechten aus Art. 38

Abs. 1 Satz 1 GG dadurch verletzt werden, dass die Ratsbeschlüsse über die Unterzeichnung, den Abschluss und die vorläufige Anwendung des CETA außerhalb der Zuständigkeitsordnung der Europäischen Union ergehen (werden). Im Einzelnen:

*aa) Kompetenzwidrige Parallelgerichtsbarkeit*

Der Union fehlt die Zuständigkeit, parallel zur Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs ein „Investitionsgericht“ (verwirklicht über Art. 8.27 ff. CETA) einzusetzen, das den Grundsatz der Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV) verletzt. Der Europäische Gerichtshof hat in einer Reihe von Entscheidungen verbindlich klargestellt, dass die in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung es verbiete, durch internationale Abkommen Gerichte einzusetzen, die das Monopol des Gerichtshofs für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane in Frage stellen,

EuGH, Gutachten 1/91 vom 14.12.1991 – EWR 1; Gutachten 1/00 vom 18.04.2002 – GELR; Gutachten 1/09 vom 08. 03. 2011 – Patentgericht.

In Frage gestellt ist das Rechtsprechungsmonopol des Gerichtshofs durch das CETA-„Investitionsgericht“, weil dieser Spruchkörper zu der Feststellung befugt ist, dass ein bestimmter Sekundärrechtsakt gegen einzelne Investitionsschutzklauseln des CETA verstößt. Das „Investitionsgericht“ ist zwar nicht befugt, einen Sekundärrechtsakt für nichtig zu erklären, aber es kann ihn als haftungsauslösende, vertragswidrige „Tatsache“ (Art. 8.31 Abs. 2 CETA) würdigen. Dies führt zwangsläufig zu einer Kollision mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wenn dieser zuvor die Rechtmäßigkeit desselben Sekundärrechtsakts bestätigt hat,

vgl. *Herrmann*, The Role of the Court of the European Union in the Emerging EU Investment Policy, in: The Journal of World Investment & Trade, 15 (2014), S. 570 ff.; *Burgstaller*, Dispute Settlement in EU International Investment Agreements with Third States, in: The Journal of World Investment &



Trade, 15 (2014), S. 551 (569); *Hindelang*, Der primärrechtliche Rahmen einer EU-Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU-Abkommen, in: Bungenberg/Herrmann, Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 2011, S. 157 (177 f.).

Der Grundsatz der Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung ist in der Ausgestaltung des in wesentlichen Punkten einer Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit gleichkommenden „Investitionsgerichts“ durch das CETA evident verletzt.

Hinzu kommt, dass der Gemischte CETA-Ausschuss nach Art. 26.1 Abs. 5 lit. e CETA die Befugnis besitzt, „Auslegungen der Bestimmungen dieses Abkommens vor[zu]nehmen, die für die nach Kapitel acht Abschnitt F (Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und Staaten) und nach Kapitel neunundzwanzig (Streitbeilegung) errichteten Gerichte bindend sind“. Damit ist der Gemischte CETA-Ausschuss auch in die Lage versetzt, im Wege einer von ihm vorgenommenen authentischen Interpretation indirekt über die Vertragskonformität des gesamten Unionsrechts zu bestimmen. Hierin liegt eine weitere, zusätzliche Überschreitung der in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV verankerten ausschließlichen Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs für die Wahrung des Rechts der Europäischen Union.

#### *bb) Kompetenzwidrige institutionelle Erweiterungsbefugnisse*

Die Union besitzt keine Zuständigkeit, Ausschüsse zur Durchführung des CETA (Kapitel 26 CETA) im Vertragswege einzusetzen, die dann institutionelle Änderungen oder Ergänzungen vornehmen dürfen. Der Gemischte CETA-Ausschuss und die Sonderausschüsse haben – wie noch im Einzelnen darzulegen ist, s.u. IV. 2. a) – die Befugnis, Rechtsakte zur Ergänzung oder Änderung des institutionellen Rahmens des CETA zu erlassen. Dies verstößt gegen die Kompetenzsperre, die

Art. 218 Abs. 9 AEUV für institutionelle Fortentwicklungen von völkerrechtlichen Verträgen der Union aufstellt. Solche Fortentwicklungen sind nur im Wege von Vertragsänderungen möglich. Zweck der Kompetenzsperre ist es, einen nicht mehr kontrollierbaren institutionellen Wildwuchs zu vermeiden und die kompetenzgerechte Aufgabenwahrnehmung der im Primärrecht eingesetzten Organe und Einrichtungen sicher zu stellen.

In seinem Pringle-Urteil (EuGH, Urteil vom 27. November 2012, C 370/12 – Pringle, Rn. 158) hat der Europäische Gerichtshof – wenn auch in einem anderen rechtlichen Zusammenhang – den Telos des Art. 218 Abs. 9 AEUV der Sache nach bestätigt, wenn er ausführt, dass es den Mitgliedstaaten nur erlaubt ist, Organe der Union völkervertraglich mit neuen Aufgaben zu betrauen, „sofern diese Aufgaben die den Organen durch den EU-Vertrag und den AEU-Vertrag übertragenen Befugnisse nicht verfälschen (vgl. u. a. Gutachten 1/92 vom 10. April 1992, Slg. 1992, I-2821, Rn. 32 und 41, 1/00 vom 18. April 2002, Slg. 2002, I-3493, Rn. 20, und 1/09 vom 8. März 2011, Slg. 2011, I-1137, Rn. 75)“. Daraus lässt sich ableiten, dass die den CETA-Ausschüssen zugewiesenen institutionellen Weiterentwicklung- und Ergänzungsbefugnisse ersichtlich außerhalb des von Art. 218 Abs. 9 AEUV vorgegebenen Rahmens liegen.

### *cc) Kompetenzwidrige Aufgabe des Vorsorgeprinzips*

In Art. 191 Abs. 2 AEUV ist das seit der Einheitlichen Europäischen Akte von 1987 etablierte Vorsorgeprinzip verankert. Es verpflichtet die Umweltpolitik der Union zu einem hohen Schutzniveau, das „auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung, auf dem Grundsatz, Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen, sowie auf dem Verursacherprinzip“ beruht. Das Vorsorgeprinzip verlangt, dass zur Gewährleistung des verbindlich festgelegten hohen Schutzniveaus der Schutz von Gesundheit und Umwelt bereits ansetzen muss, bevor Gefahren sich konkretisieren oder sogar Schäden auftreten. Es handelt sich

insoweit nicht um einen politischen Programmsatz, sondern um ein verbindliches Rechtsprinzip,

EuGH Rs. C-284/95 – Safety Hi-Tech, Slg. 1998, I-4301 Rn. 36; Rs. C-341/95 – Bettati, Slg. 1998, I-4355 Rn. 34; *Kabl*, in: Streinz, EUV/AEUV Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 191 AEUV, Rn. 72 m.w.N.

Dieses Rechtsprinzip setzt der Tätigkeit der Union zugleich kompetenzielle Grenzen. Ihr ist es untersagt, internationale Übereinkünfte abzuschließen, die nach ihrer Wirkweise dem Vorsorgeprinzip nicht Rechnung tragen oder ihm sogar entgegengesetzt sind.

Im CETA ist das Vorsorgeprinzip weder als Rechtsbegriff noch der Sache nach aufgenommen. Zwar wird in den Kapitel über SPS- und TBT-Maßnahmen auf die bestehenden einschlägigen WTO-Abkommen (Agreement on Technical Barriers to Trade, Übereinkommen über technische Handelshemmnisse in Anhang 1A des WTO-Übereinkommens; Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen in Anhang 1A des WTO-Übereinkommens) verwiesen (Art. 5.4, Art. 4.2 CETA), deren Vertragsparteien die Union und ihre Mitgliedstaaten sind. Es ist aber keinesfalls sichergestellt, dass das Europäische Vorsorgeprinzip in den in Bezug genommenen WTO-Übereinkommen Beachtung findet,

*Stoll/Douma/de Sadeleer/Abel*, CETA, TTIP und das europäische Vorsorgeprinzip, Eine Untersuchung zu den Regelungen zu sanitären und phytosanitären Maßnahmen, technischen Handelshemmnissen und der regulatorischen Kooperation in dem CETA-Abkommen und nach den EU-Vorschlägen für TTIP, Mai 2016, S. 19 ff. ([https://www.foodwatch.org/uploads/media/2016-06-21-\\_Studie\\_Vorsorgeprinzip\\_TTIP\\_CETA.pdf](https://www.foodwatch.org/uploads/media/2016-06-21-_Studie_Vorsorgeprinzip_TTIP_CETA.pdf)).

Wie noch im Einzelnen darzulegen ist – s.u. IV. 3. – verstoßen die Vorschriften über SPS-Maßnahmen und über TBT-Maßnahmen gegen das unionale Vorsorgeprinzip; auch insoweit handelt es sich bei jedem zustimmenden Beschluss zum CETA um einen Ultra-vires-Rechtsakt. Die erkennbare und schwerwiegende Kompetenzwidrigkeit führt zu einer Verletzung des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG, weil das CETA als unionaler Rechtsakt mit der Preisgabe des Vorsorgeprinzips das vom Bundestag mitverantwortete Integrationsprogramm des AEUV verlässt.

*dd) Kompetenzwidrige vorläufige Anwendung*

Nach dem derzeitigen offiziellen Plan soll das CETA nach Zustimmung des Europäischen Parlaments durch einen Beschluss des Rates vorläufig angewandt werden. Rechtsgrundlage dafür ist Art. 218 Abs. 5 AEUV einerseits und Art. 30.7 Abs. 3 lit. a CETA andererseits. Es wird ferner davon ausgegangen, dass der Beschluss im Rat einstimmig gefasst wird, dass aber eine darüber hinausgehende Mitwirkung der Gesetzgebungsorgane in den Mitgliedstaaten nicht vorgesehen ist und deshalb unterbleiben wird. Der Deutsche Bundestag wird vor einem Beschluss über die vorläufige Anwendung nicht beteiligt.

Es ist indes kompetenzwidrig, das CETA ohne entsprechendes Zustimmungsgesetz vorläufig anzuwenden. Auch die vorläufige Anwendung begründet vertragliche Bindung. Sie ist Vertrag im Sinne des Art. 59 Abs. 2 GG. Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass die vorläufige Anwendung von jeder Vertragspartei nach allgemeinem völkerrechtlichen Verständnis und auch im speziellen Fall des CETA jederzeit durch einseitigen Rechtsakt beendet werden kann (Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA). Denn dies bedeutet nichts anderes, als dass es sich um einen Vertrag mit einer vereinbarten erleichterten Kündigungsmöglichkeit handelt.

Telos des Art. 59 Abs. 2 GG ist es, bei bestimmten Vertragstypen (politische und gesetzesinhaltliche Verträge) die Zustimmung bzw. Mitwirkung der Gesetzgebungsorgane des Bundes vorzusehen, um einerseits das Entstehen rechtlicher Bin-

dungen in den Außenbeziehungen parlamentarisch zu kontrollieren und andererseits den Vertragsinhalt innerstaatlich anwenden zu können (Vollzugsfunktion),

statt vieler näher *Streinz*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 59, Rn. 20 ff.

Diesem Telos entspricht es, auch die vorläufige Anwendung eines völkerrechtlichen Vertrages als Anwendungsfall des Art. 59 Abs. 2 GG zu qualifizieren.

Die Europäische Union ist aus Gründen der Rücksichtnahme auf die nationale Identität der Bundesrepublik, zu der auch „ihre grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“ (Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV) gehören, zu einer identitätsschonenden Wahrnehmung ihrer Kompetenzen verpflichtet. Dies bedeutet, dass sie vor dem Beschluss über die vorläufige Anwendung des CETA im Rat verpflichtet ist, der Bundesrepublik die Möglichkeit einzuräumen, ein Zustimmungsverfahren nach Art. 59 Abs. 2 GG durchzuführen.

Die Zuständigkeit nach Art. 218 Abs. 5 AEUV ist verletzt, wenn die Union im Außenverhältnis zu Kanada vertragliche Bindungen der Bundesrepublik Deutschland eintreten lässt, die in Deutschland nicht die erforderliche parlamentarische Zustimmung gefunden haben. Auch insoweit liegt ein hinreichend qualifizierter Kompetenzverstoß vor, der den in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG vorausgesetzten Verantwortungszusammenhang zwischen dem Deutschen Bundestag und der Europäischen Union durchbricht.

#### **IV. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde**

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, weil das CETA hinreichend qualifizierte Kompetenzüberschreitungen aufweist und Regelungsinhalte enthält, die die Verfassungsidentität des Grundgesetzes berühren. Dies gilt namentlich für die Unterwerfung der Bundesrepublik Deutschland unter das „Investitionsgericht“ (1.), die Einrichtung und Ausgestaltung des Gemischten CETA-Ausschusses (2.), die mit dem

CETA einhergehende Verletzung des europäischen Vorsorgeprinzips (3.) sowie die vorläufige Anwendung des CETA (4.).

## **1. Die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“**

Die Unterwerfung der Bundesrepublik Deutschland unter das durch Kapitel 8 Abschnitt F CETA errichtete „Investitionsgericht“ mit Berufungsinstanz (im Folgenden insgesamt als „Investitionsgericht“ bezeichnet) verletzt die in Art. 1 und Art. 20 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegte Verfassungsidentität und ist daher über die Identitätskontrolle rügefähig (a). Daneben verläuft die Mitwirkung der Europäischen Union an der Unterwerfung der Bundesrepublik Deutschland unter das „Investitionsgericht“ außerhalb des ihr übertragenen Integrationsprogramms und ist daher über die Ultra-vires-Kontrolle angreifbar (b). Aus diesen Gründen besteht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG – und dem damit zum Ausdruck kommenden „Recht auf Demokratie“ – ein Anspruch jedes wahlberechtigten Bürgers gegenüber den Verfassungsorganen der Bundesrepublik Deutschland auf Schutzgewährung gegen die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“, der sich auf ein negatives Abstimmungsverhalten des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union verdichtet (c).

### **a) *Verletzung der Verfassungsidentität durch Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“***

Mit der Identitätskontrolle des Bundesverfassungsgerichts wird gewährleistet, dass die in Art. 1 und Art. 20 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG garantierten Grundsätze auch bei der Anwendung des Unionsrechts in Deutschland zur Geltung kommen (aa). Die Unterwerfung der Bundesrepublik Deutschland unter das „Investitionsgericht“ verletzt von diesen Grundsätzen das Rechtsstaatsprinzip (bb) und das Demokratieprinzip (cc). Diese Verletzungen lassen sich auch nicht verfassungsimmanent rechtfertigen, insbesondere nicht über Art. 23, 24 oder 59 Abs. 2 GG (dd).

*aa) Identitätskontrolle*

Die Identitätskontrolle dient der Wahrung des unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes,

BVerfGE 123, 267, Rn. 240; s. ferner o. III. 3 a).

Dazu führt die gefestigte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus: „Soweit Maßnahmen von Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union Auswirkungen zeitigen, die die in den Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegte Verfassungsidentität berühren, gehen sie über die grundgesetzlichen Grenzen offener Staatlichkeit hinaus. Auf einer primärrechtlichen Ermächtigung kann eine derartige Maßnahme nicht beruhen, weil auch der mit der Mehrheit des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2 GG entscheidende Integrationsgesetzgeber der Europäischen Union keine Hoheitsrechte übertragen kann, mit deren Inanspruchnahme eine Berührung der von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsidentität einherginge (vgl. BVerfGE 113, 273 <296>; 123, 267 <348>; 134, 366 <384 Rn. 27>)“,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 137.

Damit sind auch mit dem CETA verbundene Rechtsakte, die zu einer Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ führen, einer Identitätskontrolle zugänglich. Immerhin ist der Vertragstext des CETA selbst unter maßgeblichem Einfluss der Europäischen Union verhandelt worden. Überdies kann das CETA ohne einhergehende Rechtsakte der Europäischen Union nicht in Kraft treten, Art. 218 AEUV.

An den von der Identitätskontrolle umfassten Grundsätzen muss sich daher auch das CETA – und insbesondere die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ – messen lassen. Dies sind einerseits die Wahrung des Menschenwürdekerns der Grundrechte,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 48,

sowie andererseits das Demokratie-, Rechts-, Sozial- und Bundesstaatsprinzip im Sinne des Art. 20 GG,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 138.

*bb) Verletzung des Rechtsstaatsprinzips*

Von den durch die Identitätskontrolle geschützten Prinzipien wird das Rechtsstaatsprinzip durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ verletzt.

Das Rechtsstaatsprinzip bietet die objektive Gewähr dafür, dass die Kernbereiche des Grundgesetzes unter dem unabdingbaren Schutz effektiver Staatsgewalt stehen (1). Als diesem Bereich zuzuordnende Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips werden durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ die Prinzipien von Rechtssicherheit und Normenklarheit (2), das Gebot der prozessualen Waffengleichheit (3), ein diskriminierungsfreier Zugang zum Gericht (4), das staatliche Justizmonopol (5) sowie die Gewährleistung des gesetzlichen Richters (6) verletzt.

*(1) Das Rechtsstaatsprinzip*

Das Rechtsstaatsprinzip wird im Grundgesetz zwar nur an wenigen Stellen explizit genannt (so in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 und 28 Abs. 1 Satz 1 GG). Gleichwohl ist es unbestrittener Bestandteil des änderungsfesten Verfassungskerns, weil die Verbürgungen vor allem von Art. 20 GG ohne das Rechtsstaatsprinzip gegenstandslos wären. Das Rechtsstaatsprinzip selbst ist daher von Art. 20 GG umfasst,

dazu statt vieler nur *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 20 Abschn. VII, Rn. 32 ff.



Die Dogmatik zum Rechtsstaatsprinzip ist vielschichtig; sie hier auch nur in Grundzügen nachzuzeichnen erwiese sich für den Verfahrensgegenstand als zu weitgehend. Es soll stattdessen lediglich daran erinnert werden, dass das Grundgesetz sowohl von einem formellen als auch einem materiellen Verständnis der Rechtsstaatlichkeit ausgeht, aus dem sich zahlreiche, gleichermaßen von Art. 20 GG umfasste Unterprinzipien ableiten lassen. Sie alle haben gemeinsam, dass sie den Staat auf zweierlei Weise verpflichten: einerseits hat er seine Herrschaft innerhalb der einzelnen Prinzipiangrenzen einzuschränken, andererseits hat er effektive Staatsgewalt für die betroffenen Bereiche zu gewährleisten,

*Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 20 Abschn. VII, Rn. 41; *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rn. 18 f.

Zu der genannten Gewährleistungspflicht gehört namentlich auch, die Voraussetzungen des Rechtsstaats zu wahren und nicht – auch nicht partiell – aus der Hand zu geben. Aus dieser Prämisse rührt das verfassungsrechtlich determinierte Unvermögen des Staates, sich bestimmter Hoheitsrechte ganz zu entledigen, weil er dann die Voraussetzungen des Rechtsstaates gerade nicht mehr garantieren könnte. Deshalb ist auch die in den Art. 23 und 24 GG angelegte Übertragung von Hoheitsrechten rechtstatsächlich nicht als Veräußerung im Sinne eines „transferre“, sondern als Betrauen oder Zuweisen im Sinne eines „conferre“ zu verstehen,

*Wollenschläger*, in: Dreier, GG-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 24, Rn. 47;

dadurch besteht im Mehrebenensystem offener Staatlichkeit erst die Möglichkeit des Staates, jeder Form rechtsstaatlicher Erosion effektiv entgegenzuwirken. Genau dies soll durch die Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle prozessual für den Wahlbürger über Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG ermöglicht werden.

Das Rechtsstaatsprinzip ist auch deshalb unabdingbarer Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung, weil es – insbesondere vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte – dem Einzelnen Sicherheit und Schutz vor staatlicher Willkür sowie die Verlässlichkeit der Rechtsordnung vermittelt. Die rechtsstaatswidrige Beeinträchtigung einer Person ist daher einer der typischen Anknüpfungspunkte für verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz. Dies scheint hier auf den ersten Blick nicht einschlägig zu sein. Denn im Zusammenhang mit dem „Investitionsgericht“ sind bei flüchtiger Betrachtung lediglich Grundrechtsträger erkennbar, die von dieser Institution zu profitieren scheinen – nämlich kanadische Investoren. Auf der anderen Seite steht stets der beklagte Staat, so potentiell auch die Bundesrepublik Deutschland. Diese kann sich selbst aber gerade nicht auf das doch durch sie zu gewährleistende Rechtsstaatsprinzip berufen. Allerdings steht sie gem. Art. 1 Abs. 3 GG gegenüber der Gesamtheit aller Grundrechtsträger in der Pflicht, die Mindestanforderungen des Rechtsstaatsprinzips für jedermann zu gewährleisten. Daher verhalten sich jedenfalls die objektiven Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips, die zugleich Bestandteil der unveränderlichen Verfassungsidentität sind, unabhängig von einer vordergründigen bloßen Bevorteilung einiger Grundrechtsträger. Gerade auch die Begünstigung einiger Weniger kann rechtsstaatswidrige Auswirkungen auf das Gemeinwesen als solches haben.

Für die hier maßgeblichen Aspekte des Rechtsstaatsprinzips bedeutet dies, dass schon die mangelnde Gewährleistung rechtsstaatlicher Voraussetzungen zu einem rügefähigen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip selbst führt. Dies ist für die hier relevanten Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips von fundamentaler Bedeutung. Denn soweit der Staat nicht mehr in der Lage ist, für die vom „Investitionsgericht“ betroffenen Bereiche die rechtsstaatlichen Voraussetzungen zu garantieren, ist das Rechtsstaatsprinzip in seinem Kern verletzt. Namentlich gilt dies für die Gewährung von (materieller) Rechtssicherheit und Normenklarheit sowie für (prozessuale, teils zusätzlich über Art. 92 und 101 GG abgesicherte) Rechtsprechungsstandards, nämlich das Gebot der prozessualen Waffengleichheit, der Gewährung diskriminie-

rungsfreien Zugangs zum Gericht, die Aufrechterhaltung des staatlichen Justizmonopols sowie die Gewährleistung des gesetzlichen Richters.

(2) *Rechtssicherheit und Normenklarheit*

Die staatlich zu gewährleistende Rechtssicherheit umfasst sämtliche Aspekte des Rechtsstaatsprinzips, die mit der Verlässlichkeit der Rechtsordnung einhergehen. Darunter fallen u.a. die Prinzipien von Normenklarheit, hinreichender Bestimmtheit und Vertrauensschutz. Relevant sind hier insbesondere die ersten beiden Aspekte. Sie fordern u.a., dass Rechtsakte inhaltlich hinreichend klar gefasst sind und ihr Inhalt im Falle unbestimmter Rechtsbegriffe – wenn schon nicht bestimmt – jedenfalls mit hinreichender Sicherheit bestimmbar ist. Dabei genügt es, eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der betroffenen Norm mit Hilfe juristischer Auslegungsmethoden zu gewinnen,

zum Ganzen *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 20 Abschn. VII, Rn. 50 ff.

Durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ erlangen zugleich auch die damit verbundenen materiell-rechtlichen Entscheidungsgrundlagen aus dem CETA Eingang in die deutsche Rechtsordnung. Das „Investitionsgericht“ ist gem. Art. 8.18 CETA dazu berufen, über Verletzungen der investitionsrechtlichen Bestimmungen des CETA, wie sie in Kapitel 8 Abschnitt C und D formuliert sind, verbindlich zu entscheiden.

Problematisch ist zunächst der unbestimmte Rechtsbegriff der „indirekten Enteignung“, wie er sich in Art 8.12 (und damit in Abschnitt D) CETA wiederfindet. Zur Klarstellung soll in Ansehung dessen Anhang 8-A CETA dienen, in dessen Nr. 1 lit. b die indirekte Enteignung derart umschrieben wird, dass dem Investor „in wesentlichem Maße grundlegende Eigentümerrechte an seiner Investition entzogen werden“. Tatsächlich ist damit keine Klarstellung verbunden, die zur Bestimmbar-

keit des Begriffs herangezogen werden könnte. Denn es bleibt auf unvorhersehbare Weise zunächst dem „Investitionsgericht“ überlassen, eine Definition zu finden. Eine solche ergäbe sich aber gerade nicht aus dem Vertragstext des CETA, sodass insoweit schon ein Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit zu verzeichnen ist.

Vor allem aber nimmt darüber hinaus der unter Abschnitt D aufgeführte Art. 8.10 Abs. 1 CETA eine zentrale Rolle ein, der ausländischen Investoren eine „gerechte und billige Behandlung“ zusichert. Diese unter dem investitionsrechtlich weit verbreiteten englischen Terminus „fair and equitable treatment“ bekannte Anspruch ist der typische Anknüpfungspunkt für investitionsrechtliche Schiedsverfahren,

vgl. etwa den anhängigen Fall *Vattenfall ./.* *Deutschland* anlässlich des Atomausstiegs, ICSID Case No. ARB/12/12, unter Berufung auf Art. 10 Abs. 1 Energiecharta-Vertrag (dort unter der ins Deutsche leicht anders übersetzten Bezeichnung „faire und gerechte Behandlung“).

Obwohl dieser anspruchsbegründende unbestimmte Rechtsbegriff eine inzwischen lange investitionsrechtliche Geschichte hat, existiert zu dessen Konkretisierung keine homogene (schiedsgerichtliche) Rechtsprechung. Es hat sich bis heute kein einheitlicher Standard herausgebildet, der eine „gerechte und billige Behandlung“ verlässlich bestimmbar erscheinen ließe. Es sind damit bis heute zahlreiche offene Rechtsfragen verbunden,

zum Ganzen *Schernbeck*, *Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen*, 2013.

Schon deshalb kann diesem Kernbegriff im investitionsrechtlichen Teil des CETA keine Normenklarheit attestiert werden.

Dem steht auch nicht Art. 8.10 Abs. 2 CETA entgegen. Darin wird zwar der Versuch unternommen, durch sechs Regelbeispiele eine gewisse Bestimmbarkeit zu suggerieren. Jedoch sind diese Beispiele zum einen teils selbst nicht hinreichend

bestimmt (lit. c: „offensichtliche Willkür“, lit. e: „missbräuchliche Behandlung“). Zum anderen enthält Art. 8.10 Abs. 2 lit. f i.V.m. Abs. 3 CETA eine Öffnungsklausel, die eine beliebige Ausweitung des ohnehin unbestimmten Inhalts der „gerechten und billigen Behandlung“ ermöglicht und den Begriff damit letztlich höchst dynamisch gestaltet. Dies geschieht wie folgt: Über Art. 8.10 Ziff. 3 CETA sind die Vertragsparteien verpflichtet, den Inhalt der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung regelmäßig zu überprüfen. Dann heißt es weiter:

„Der nach Artikel 26.2 (Sonderausschüsse) Absatz 1 Buchstabe b eingesetzte Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen kann diesbezügliche Empfehlungen erarbeiten und sie dem Gemischten CETA-Ausschuss zur Beschlussfassung vorlegen.“

Dieser Sonderausschuss ist sodann gem. Art. 8.44 Abs. 3 lit. d CETA dazu befugt,

„dem Gemischten CETA-Ausschuss nach Artikel 8.10 Absatz 3 die Festlegung etwaiger weiterer Bestandteile der Verpflichtung zur Gewährung einer gerechten und billigen Behandlung [zu] empfehlen“.

Darüber hinaus kann der Gemischte CETA-Ausschuss gem. Art. 26.1 Abs. 5 lit. e CETA im Rahmen des Investitionskapitels sogar von Amts wegen tätig werden. Dabei kann er

„Auslegungen der Bestimmungen dieses Abkommens vornehmen, die für die nach Kapitel acht Abschnitt F (Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und Staaten) [...] errichteten Gerichte bindend sind“.

Sodann findet Art. 26.3 CETA zur Beschlussfassung des Gemischten CETA-Ausschusses Anwendung:

„1. Zur Verwirklichung der Ziele dieses Abkommens ist der Gemischte CETA-Ausschuss befugt, in allen Angelegenheiten Beschlüsse zu fassen, sofern es in diesem Abkommen vorgesehen ist.“

2. Die Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses sind für die Vertragsparteien – vorbehaltlich der Erfüllung etwaiger interner Anforderungen und des Abschlusses etwaiger interner Verfahren – bindend und von ihnen umzusetzen. Der Gemischte CETA-Ausschuss kann auch geeignete Empfehlungen aussprechen.“

Damit kann ein über das CETA eingerichtetes Gremium, auf dessen Zusammensetzung die Bundesrepublik Deutschland keinen Einfluss hat – s. näher u. cc) (5) –, autonom über den Inhalt des Begriffs der „gerechten und billigen Behandlung“ befinden. Abgesehen von der – darüber hinaus zu konstatierenden, s.u. b) ff) – Kompetenzwidrigkeit dieses Vorgangs verstößt diese Konstruktion evident gegen die Prinzipien der Rechtsklarheit und hinreichender Bestimmtheit, weil weder zum Zeitpunkt des Abschlusses des CETA noch während dessen (vorläufiger) Anwendung vorhersehbar ist, welche staatlichen Verhaltensweisen zu einem – mitunter milliardenschweren – Entschädigungsanspruch gegenüber ausländischen Investoren führen können.

### (3) *Gebot der prozessualen Waffengleichheit*

Das Rechtsstaatsprinzip fordert ferner i.V.m. dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG eine jederzeit vorhandene prozessuale Waffengleichheit. Darunter ist zu verstehen, dass jedenfalls eine vergleichbare Kostensituation und eine vergleichbare Risikoverteilung zwischen Bürgern und Behörden herrschen muss,

vgl. BVerfGE 74, 88; zum Ganzen *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 183, Rn. 111.

Durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ wird hingegen eine Situation prozessualer Waffenungleichheit zu Lasten eines beklagten Staates erzeugt. Zwar ist das Gebot der prozessualen Waffengleichheit bislang nur zu Gunsten eines benachteiligten Grundrechtsträgers in Erscheinung getreten. Dies bedeutet je-

doch nicht, dass es darauf beschränkt wäre und sich der Staat mit einer Situation prozessualer Waffenungleichheit abfinden müsste – oder auch nur dürfte. Denn als Teil des Rechtsstaatsprinzips kommt auch mit dem Gebot prozessualer Waffenungleichheit die objektive Wertentscheidung des Grundgesetzgebers zum Ausdruck, dass keine Seite in einem Gerichtsverfahren privilegiert werden darf. Überdies wäre es gegenüber allen nicht unter den Anwendungsbereich des CETA fallenden Investoren – also weiteren Grundrechtsträgern – eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung, wenn in ihren Fällen gegenüber dem Staat die übliche prozessuale Waffengleichheit bestünde.

Im Falle des CETA tritt die prozessuale Waffenungleichheit wie folgt in Erscheinung:

Gem. Art. 8.18 Abs. 1 und 8.23 Abs. 1 CETA liegt es allein in der Hand eines (in diesem Fall: kanadischen) Investors, ein Verfahren vor dem „Investitionsgericht“ einzuleiten, das nur scheinbar auf einer privatautonomen Entscheidung aller Streitparteien tätig wird. Denn über Art. 8.25 Abs. 1 CETA erklärt jeder potentiell beklagte Vertragsstaat unbedingt und unwiderruflich seine Zustimmung zur Beteiligung an jedem Verfahren. Soweit mehrere Beklagte in Betracht kommen, bestimmt sodann die Europäische Union den Beklagten gem. Art. 8.21 Abs. 3 CETA verbindlich. Diese Entscheidung ist gem. Abs. 6 und 7 unanfechtbar und bindet das „Investitionsgericht“. Bereits dieses Ausgeliefertsein des beklagten und durch die Union bestimmten Staates begründet eine manifeste Waffenungleichheit, weil selbst bei tatsächlich unzutreffender Zuordnung als richtiger Beklagter kein Rechtsmittel besteht und auch nicht die Unzulässigkeit der Klage geltend gemacht werden kann. Dagegen ist der Investor stets darin abgesichert, mindestens von einem verbindlich feststehenden Beklagten Schadensersatz verlangen zu können.

Nach Verfahrenseinleitung hat der klagende Investor gem. Art. 8.23 Abs. 2 CETA das exklusive Recht, die Verfahrensordnung zu bestimmen, indem er sich frei entscheiden kann, ob das ICSID-Übereinkommen und die ICSID-Schiedsordnung

(lit. a), die ICSID-Regeln über die Zusatzeinrichtung, sofern die Voraussetzungen für Verfahren nach lit. a nicht erfüllt sind (lit. b), die UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung (lit. c) oder sonstige von den Streitparteien einvernehmlich festgelegte Regeln (lit. d) zur Anwendung kommen sollen. Allein diese exklusive Wahlmöglichkeit des anwendbaren Verfahrensrechts bevorzugt den klagenden Investor erheblich gegenüber dem beklagten Staat, ohne dass ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung ersichtlich wäre. Daraus folgt bereits eine evidente Verletzung des Gebots prozessualer Waffengleichheit, weil sich der Investor einseitig auf das ihm konkret jeweils am erfolgversprechendste Verfahrensrecht festlegen kann. Übertrüge man diese Situation auf ein Verfahren vor einem deutschen Gericht, wäre sie vergleichbar mit einer (offenkundig absurden) Möglichkeit des Klägers im Verwaltungsprozess, zwischen der VwGO, der ZPO oder der StPO wählen zu können – je nach dem, welche Verfahrensordnung sich im konkreten Fall als am günstigsten erweist.

Damit sind die einseitigen Wahlmöglichkeiten für kanadische Investoren jedoch noch nicht erschöpft. Denn ungeachtet der Einrichtung des „Investitionsgerichts“ bleibt es den begünstigten Unternehmen weiterhin möglich, im Falle einer behaupteten Vertragsverletzung durch die Bundesrepublik Deutschland vor einem nationalen Gericht zu klagen. Dies ergibt sich zwanglos aus der weiterhin über Art. 19 Abs. 4 GG gewährten Garantie effektiven Rechtsschutzes. Daran ändert auch das CETA nichts. Es schafft aber zugleich die Alternative, ein Verfahren vor dem „Investitionsgericht“ einzuleiten, ohne dass sich die beklagte Bundesrepublik auf die Unzuständigkeit des Gerichts berufen könnte. Zwar bestimmt Art. 8.22 Abs. 1 CETA u.a., dass in diesem Fall der Investor „etwaige bereits nach internem oder internationalem Recht angestrengte Klagen oder Gerichtsverfahren in Bezug auf eine Maßnahme, die angeblich einen Verstoß gegen das Abkommen darstellt und die in seiner Klage angeführt wird, zurücknimmt beziehungsweise einstellt“ (lit. f) bzw. „auf sein Recht verzichtet, in Bezug auf eine Maßnahme, die angeblich einen Verstoß gegen das Abkommen darstellt und die in seiner Klage angeführt wird,



eine Klage oder ein Gerichtsverfahren nach internem oder internationalem Recht anzustrengen“ (lit. g). Damit sollen parallele Verfahren vor einem nationalen Gericht und dem „Investitionsgericht“ verhindert werden. Tatsächlich ermöglicht diese nur scheinbare Beschränkung aber genau dies: Ein Verfahren vor einem nationalen Gericht kann zunächst so weit vorangetrieben werden, bis sich eine Sachentscheidung abzeichnet. Nimmt dieses Verfahren einen für den Investor ungünstigen Verlauf, kommt ihm ausgerechnet Art. 8.22 Abs. 1 CETA zugute, weil er nach Klagerücknahme vor dem nationalen Gericht (verbunden mit einer entsprechenden Erklärung nach Art. 8.22 Abs. 1 CETA) weiterhin berechtigt ist, ein Verfahren vor dem „Investitionsgericht“ einzuleiten. Diese Möglichkeit verschafft dem Investor ein erhebliches Druckpotential, denn entweder kann er allein durch die unausgesprochene Drohung, den Rechtsweg hin zum „Investitionsgericht“ zu wechseln, dem beklagten Staat eine unter sachlichen Gesichtspunkten nicht erwägenswerte Vergleichsbereitschaft abnötigen. Oder er betrachtet das nationale Verfahren als ersten von zwei tauglichen Versuchen, sein Klageziel zu erreichen – jedoch nicht über zwei Instanzen, sondern über zwei Rechtswege. Beides erzeugt eine noch erheblichere prozessuale Waffenungleichheit zu Lasten der beklagten Bundesrepublik Deutschland. Dies Kumulierung ungerechtfertigter prozessrechtlicher Vorteile zu Gunsten von kanadischen Investoren verstößt jedenfalls in ihrer Summe evident gegen das Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG.

#### *(4) Ungleicher Zugang zum „Investitionsgericht“*

Das Rechtsstaatsprinzip ist i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG noch auf eine weitere Weise verletzt, nämlich in Ansehung des ungleichen Zugangs zum „Investitionsgericht“. Gem. Art. 8.23 Abs. 1 CETA ist ausschließlich ein „Investor einer Vertragspartei in eigenem Namen“ (lit. a) oder ein „Investor einer Vertragspartei im Namen eines gebietsansässigen Unternehmens, das direkt oder indirekt in seinem Eigentum oder unter seiner Kontrolle steht“ (lit. b) zur Klageerhebung vor dem „Investitionsge-

richt“ berechtigt. Als „Investor“ im Sinne des CETA gilt gem. der Legaldefinition in Art. 8.1 CETA jedoch nur „eine Vertragspartei, eine natürliche Person oder ein Unternehmen einer Vertragspartei – ausgenommen Zweigniederlassungen oder Repräsentanzen –, die oder das eine Investition im Gebiet der anderen Vertragspartei tätigen möchte, tätig oder getätigt hat“. Maßgeblich ist demnach – soweit es, wie es weit überwiegend zu erwarten sein wird, um Privatpersonen geht – die Einschränkung „im Gebiet der anderen Vertragspartei“. Aus der Perspektive der Bundesrepublik Deutschland bedeutet dies (soweit es um Streitigkeiten über eine Investition in Deutschland geht), dass sie ausschließlich von kanadischen Investoren vor dem „Investitionsgericht“ verklagt werden kann, während dieser Weg deutschen Staatsangehörigen – mögen sie auch im Übrigen als Investoren nach Maßgabe des CETA einzuordnen sein – verschlossen bleibt. Für kanadische Investoren schafft das CETA im Hinblick auf die Bundesrepublik Deutschland also das bereits erwähnte Wahlrecht zwischen nationaler Gerichtsbarkeit und dem „Investitionsgericht“, während deutsche Staatsangehörige auf den nationalen Rechtsweg beschränkt bleiben. Dieser Umstand lässt sich auch als investitionsrechtlich determinierte Inländerdiskriminierung bezeichnen,

vgl. zum Ganzen *Schiffbauer*, Investitionsschutz und Grundgesetz, KSzW 2016, S. 145 (151 f.).

Der allgemeine Gleichheitssatz des Grundgesetzes gebietet dagegen, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten, wird Art. 3 Abs. 1 GG verletzt,

st. Rspr., etwa BVerfGE 110, 142, Rn. 63.

Eine Verletzung kommt ebenfalls in Betracht, wenn eine Verschiedenbehandlung von Personengruppen lediglich mittelbar dadurch bewirkt wird, dass Sachverhalte ungleich behandelt werden, obwohl es dafür keinen rechtfertigenden Grund gibt,

st. Rspr., etwa BVerfGE 88, 87 (96).

Nach diesen Maßgaben verstößt der ungleiche Zugang zum „Investitionsgericht“ gegen das Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG, weil damit eine ungerechtfertigte Diskriminierung deutscher Staatsangehöriger erzeugt wird. Dies lässt sich entweder unmittelbar an der Staatsangehörigkeit bzw. Staatszugehörigkeit bemessen oder daran, dass der Sachverhalt des Zugangs zum „Investitionsgericht“ im CETA ungleich geregelt wird. Der Effekt ist jedenfalls stets der gleiche.

Für diese Ungleichbehandlung deutscher und kanadischer Investoren existiert auch kein sachlicher Grund.

„Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können (vgl. BVerfGE 117, 1 <30>; 122, 1 <23>; 126, 400 <416>). [...] Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>) oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern (vgl. BVerfGE 124, 199 <220>; 130, 240 <252 ff.>)“,

BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. Januar 2016 – 1 BvR 1687/14, Rn. 10.

Ein an diese Prinzipien angelehnter besonders strenger Prüfungsmaßstab (im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG) ist auch für die mit dem CETA einhergehende Inländerdiskriminierung angezeigt, weil sich Differenzierungen aufgrund der Staatsange-

hörigkeit Ungleichbehandlungen wegen Heimat und Herkunft deutlich annähern und daher eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung erfordern,

*Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, GG (74. EL Dezember 2015), Art. 3 Abs. 3, Rn. 58; vgl. zu solch strengeren verfassungsrechtlichen Anforderungen auch BVerfGE 130, 240, Rn. 46.

Ziel des Investitionsschutzkapitels des CETA ist es, einerseits ein günstiges Investitionsklima für eigene Staatsangehörige auf dem Gebiet der anderen Vertragspartei zu schaffen und andererseits die einheimische Wirtschaft durch attraktive Investitionsbedingungen im Inland zu fördern (vgl. dazu die Präambel zum CETA: „dass die Bestimmungen dieses Abkommens Investitionen sowie Investoren in Bezug auf ihre Investitionen schützen und eine beiderseitig vorteilhafte Wirtschaftstätigkeit fördern sollen“). Dazu gehört auch, Investoren bevorzugt zu behandeln und dabei ein möglichst effektives Rechtsschutzsystem vorzuhalten.

Das „Investitionsgericht“ ist grundsätzlich dazu geeignet, dieses Ziel zu fördern. Angesichts des in Kanada und den Staaten der Europäischen Union herrschenden Rechtsschutzniveaus ist jedoch bereits zweifelhaft, ob eine derartige Paralleljustiz überhaupt erforderlich ist. Nicht erforderlich ist es jedenfalls, den Zugang zum „Investitionsgericht“ ungleich, nämlich anhand der Staatsangehörigkeit bzw. Staatszugehörigkeit auszugestalten; denn dadurch wird weder das Investitionsklima in Kanada noch jenes in der Europäischen Union positiv beeinflusst. Es gibt keinen Sachgrund für diese Inländerdiskriminierung. Selbst wenn sich ein solcher konstruieren ließe, fiel die anschließende Interessenabwägung angesichts der hier in Rede stehenden Inländerdiskriminierung wegen ihrer Nähe zu Art. 3 Abs. 3 GG stets zu Lasten des ungleichen Zugangs zum „Investitionsgericht“ aus, weil die damit verbundenen Nachteile in Deutschland investierender Deutscher einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht standhalten.

(5) *Verletzung des staatlichen Justizmonopols und des allgemeinen Justizgewähranspruchs*

Aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 92 GG folgt „ein allgemeiner Justizgewährungsanspruch. Dieser fordert eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstands sowie eine verbindliche Entscheidung durch ein staatliches Gericht (BVerfGE 54, 277 <291>; 80, 103 <107>; 84, 366 <369>; 85, 337 <345>)“,

st. Rspr., so etwa BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 18. September 1998 – 2 BvR 1476/94, Rn. 27.

Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist gem. Art. 92 GG „die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut. Ihre Ausübung ist den Gerichten des Bundes und der Länder vorbehalten. Der Gesetzgeber, auch der Landesgesetzgeber, darf deshalb eine Angelegenheit, die Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 erster Halbsatz GG ist, nicht anderen Stellen als Gerichten zuweisen (vgl. Heyde in: Benda/Maihofer/Vogel <Hrsg.>, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, § 33 Rn. 12; Bettermann in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2. Aufl., 1996, § 73 Rn. 4)“,

BVerfGE 103, 111, Rn. 110.

Darin kommt das durch Art. 92 GG gewährleistete staatliche Justizmonopol zum Ausdruck. Denn zum einen können nämlich Richter i.S.d. Grundgesetzes nur Amtsträger (und keine Privatpersonen) sein, zum anderen wird neben Gerichten des Bundes und der Länder – also des Staates – etwas Drittes nicht zugelassen. Dieser Kerngehalt von Art. 92 GG ist Ausfluss des Gewaltenteilungs- und Trennungsgrundsatzes, wie er in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG formuliert wird und daher – auch als vom Rechtsstaatsprinzip mit umfasster Grundsatz – Bestandteil der unveränderlichen Verfassungsidentität ist,

vgl. zum Ganzen ausführlich *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 92, Rn. 12 ff.

Vor diesem Hintergrund verletzt die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ das staatliche Justizmonopol und den allgemeinen Justizgewähranspruch. Es verstößt zugleich auch aus diesem Grund gegen das Rechtsstaatsprinzip. Denn das „Investitionsgericht“ übt zwar Rechtsprechung im Sinne des GG aus (a). Es entspricht jedoch nicht den Anforderungen an ein Gericht nach Maßgabe des Art. 92 GG (b). Zugleich höhlen die für das „Investitionsgericht“ maßgeblichen Bestimmungen des CETA die staatliche Gerichtsbarkeit aus (c).

(a) Nach früh etablierter und seitdem ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört „zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen der Rechtsprechung auf jeden Fall das Element der Entscheidung [...], der Feststellung und des Ausspruchs dessen, was Rechtens ist“,

BVerfGE 7, 183 (188 f.).

Davon ausgehend wird der Begriff der rechtsprechenden Gewalt weiter ausdifferenziert. Er wird „maßgeblich von der konkreten sachlichen Tätigkeit her, somit materiell bestimmt. Um Rechtsprechung in einem materiellen Sinn handelt es sich, wenn bestimmte hoheitsrechtliche Befugnisse bereits durch die Verfassung Richtern zugewiesen sind oder es sich von der Sache her um einen traditionellen Kernbereich der Rechtsprechung handelt (vgl. BVerfGE 22, 49 <76 f.>). Daneben ist rechtsprechende Gewalt im Sinne des Art. 92 GG auch dann gegeben, wenn der Gesetzgeber für einen Sachbereich, der nicht schon materiell dem Rechtsprechungsbegriff unterfällt, eine Ausgestaltung wählt, die bei funktioneller Betrachtung nur der rechtsprechenden Gewalt zukommen kann. In funktioneller Hinsicht handelt es sich – ungeachtet des jeweiligen sachlichen Gegenstandes – um Rechtsprechung, wenn der Gesetzgeber ein gerichtsförmiges Verfahren hoheitlicher Streitbeilegung vorsieht und den dort zu treffenden Entscheidungen eine Rechtswirkung verleiht, die nur unabhängige Gerichte herbeiführen können. Zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen der Rechtsprechung in diesem Sinne gehört das Element der Entscheidung, der letztverbindlichen, der Rechtskraft fähigen Feststellung und des

Ausspruchs dessen, was im konkreten Fall rechtens ist (vgl. BVerfGE 7, 183 <188 f.>; 31, 43 <46>; 60, 253 <269 f.>). Nach Art. 92 GG ist es Aufgabe der Gerichte, Rechtssachen mit verbindlicher Wirkung zu entscheiden, und zwar in Verfahren, in denen durch Gesetz die erforderlichen prozessualen Sicherungen gewährleistet sind und der verfassungsrechtlich geschützte Anspruch auf rechtliches Gehör besteht (vgl. BVerfGE 4, 358 <363>). Kennzeichen rechtsprechender Tätigkeit ist daher typischerweise die letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall im Rahmen besonders geregelter Verfahren“,

BVerfGE 103, 111, Rn. 112.

Den Entscheidungen des „Investitionsgerichts“ als Ganzem (also ggf. unter Berücksichtigung der gem. Art. 8.28 CETA errichteten Berufungsinstanz) kommt exakt eine solche Letztverbindlichkeit mit Rechtskraftwirkung zu. Diese tritt nicht nur dadurch ein, dass jeder Urteilsspruch gem. Art. 8.41 Abs. 1 CETA bindend und durch kein weiteres Gericht – weder ein nationales noch den Europäischen Gerichtshof – überprüfbar ist. Sondern auch und vor allem unterstreicht die weltweite Vollstreckbarkeit der „investitionsgerichtlichen“ Urteile deren Letztverbindlichkeit. In den beiden vorherrschenden, durch den Investor frei wählbaren Verfahrensordnungen von UNCITRAL und ICSID wird die Rolle, die nationale Vollstreckungsgerichte bei der Vollstreckung von Schiedssprüchen – im Falle des CETA „Urteilsprüche“ genannt – spielen, unterschiedlich geregelt. UNCITRAL sieht die Möglichkeit der innerstaatlichen Überprüfung eines Schiedsspruchs durch ein nationales Gericht auf seine Vereinbarkeit mit dem *ordre public* im Rahmen des Aufhebungsverfahrens nach Art. 34 i.V.m. Art. 6 UNCITRAL und im Rahmen der Vollstreckbarerklärung nach § 1061 ZPO i.V.m. Art. 36 UNCITRAL vor. Diese Kontrolle durch nationale Gerichte gibt es bei einem Verfahren nach ICSID indes nicht. Gem. Art. 53 ICSID gilt das Ausschließlichkeitsprinzip. Ein Schiedsspruch muss nach Art. 54 ICSID ohne weitere Kontrolle durch die nationalen Gerichte anerkannt werden,

*Tietje*, Internationaler Investitionsschutz, in: Ehlers, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 4, Rn. 10 ff.; *Kreindler*, Rechtsschutz für ausländische Direktinvestitionen im Energiesektor, in: Genzow, Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz, 2010, S. 433 (439 f.); *Wolff*, Grundzüge des Schiedsverfahrensrechts, JuS 2008, S. 108 ff.

Diesen Befund scheint Art. 8.41 Abs. 4 CETA zunächst zu kaschieren, indem statuiert wird: „Die Vollstreckung des Urteilspruchs unterliegt den am Vollstreckungsort geltenden Rechtsvorschriften für die Vollstreckung von Urteilen oder Schiedssprüchen.“ Doch stellt Art. 8.41 Abs. 6 CETA klar, dass Urteile, die auf Klagen ergehen, die nach ICSID eingereicht wurden, als Schiedssprüche im Sinne des ICSID-Übereinkommens gelten. ICSID-Schiedssprüche werden nach Abschnitt 6 Art. 54 des ICSID-Übereinkommens von der nationalen Rechtsordnung so behandelt, als handele es sich bei ihnen um rechtskräftige Urteile der innerstaatlichen Gerichte. Daher ist jedenfalls bei Urteilen nach den ICSID-Regelungen (für die sich ein Kläger aus diesem Grunde wohl bevorzugt entscheiden wird) auch nur die geringste Überprüfbarkeit durch ein staatliches Gericht sogar auf Vollstreckungsebene ausgeschlossen.

(b) Das „Investitionsgericht“ entspricht jedoch nicht den Anforderungen an ein Gericht i.S.v. Art. 92 GG. Von der Bestimmung sind von vornherein nur staatliche Gerichte umfasst. Denn nichtstaatliche Gerichte sind nach Art. 92 ff. GG weder erlaubt noch verboten,

statt vieler *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 92, Rn. 28; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 92, Rn. 87.

Damit fallen etwa zur Beilegung zivilrechtlicher Streitigkeiten angerufene und nach §§ 1025 ff. ZPO zulässige Schiedsgerichte nicht unter den Anwendungsbereich des staatlichen Justizmonopols. Gleiches gilt für interne Vereins- und Verbandsspruchkörper. Diese neben dem staatlichen Rechtsschutzsystem etablierten Streitbeile-



gungsmechanismen beruhen auf der Privatautonomie ihrer Parteien und genießen daher jedenfalls über Art. 2 Abs. 1 GG Grundrechtsschutz,

*Hillgruber, a.a.O.*

Genau darin liegen aber einerseits Grund und andererseits Grenze dieser Spruchkörper im verfassungsrechtlichen Gefüge. Denn die privatautonomen Spruchkörper schließen die staatliche Gerichtsbarkeit nicht aus, sondern koexistieren mit ihr. Daher ist auch ein privater Schiedsspruch u.a. am Maßstab des *ordre public* auch der staatlichen Gerichtsbarkeit nicht vorenthalten, vgl. etwa § 1059 ZPO.

Ob es sich bei dem „Investitionsgericht“ um ein privates Gericht handelt oder nicht, kann dahinstehen. Denn falls man es für ein privates Gericht halten mag, läge unter jedem denkbaren Gesichtspunkt ein Verstoß gegen das staatliche Justizmonopol und den allgemeinen Justizgewähranspruch vor, weil dann im Falle von Investorenklagen staatliche Gerichte von vornherein niemals zum Zuge kämen. Ein solcher Umstand verstieße offenkundig gegen Art. 92 GG – s. näher sogleich unter (c). Darüber hinaus verstieße eine derartige „private Verwaltungsgerichtsbarkeit“ schon *per se* gegen Art. 92 GG,

*Hillgruber, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 92, Rn. 89, wiedergegeben o. unter III. 3. a) aa).*

Berücksichtigt man aber, dass das „Investitionsgericht“ gerade nicht auf einer privatautonomen Vereinbarung zweier zivilrechtlicher Parteien, sondern auf einem subordinationsrechtliches Verfahren beruht, kann man es auch für ein nicht-privates oder auch-staatliches Gericht halten. Denn der (stets beklagte) Staat ist – einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren ähnlich – immer beteiligt. Dabei hat er – wenn auch geringen, s.u. (6) – Einfluss auf die Besetzung des „Investitionsgerichts“ gem. Art. 8.27 CETA. Zudem unterwirft er sich völkervertraglich – also wiederum durch dem Staat vorbehaltenes Handeln – diesem „Investitionsgericht“. Als (auch-)staatliches Gericht müsste das „Investitionsgericht“ unmittelbar den An-

forderungen von Art. 92 GG entsprechen. Dies gelingt aber nicht, weil seine Rechtsprechung weder durch das Bundesverfassungsgericht, noch durch die im GG vorgesehenen Bundesgerichte, noch durch die Gerichte der Länder ausgeübt wird und daher der *numerus clausus* von Art. 92 Hs. 2 GG nicht beachtet wird. Auch kann auf keine andere grundgesetzliche Ermächtigung zur Implementierung weiterer Gerichte als Ergänzung zu Art. 92 GG zurückgegriffen werden. Insbesondere die dafür denkbaren Art. 23 und 24 GG sind dafür gerade nicht geeignet – s. näher u. dd).

(c) Obwohl das „Investitionsgericht“ nicht den Anforderungen von Art. 92 GG genügt bzw. schon nicht vom Anwendungsbereich des Art. 92 GG umfasst ist, richtet es zugleich exklusiv über investitionsrechtliche Streitigkeiten mit Fähigkeit zur Rechtskraft und Vollstreckbarkeit. Dies ergibt sich zum einen aus Art. 8.22 Abs. 1 lit. f und g CETA, wodurch die Exklusivität des Rechtswegs nach Disposition des Klägers unter Ausschluss staatlicher Gerichte gesichert wird. Zum anderen ist einmal mehr auf die vorbehaltlose Vollstreckbarkeit der Urteilssprüche jedenfalls nach der (wiederum durch den Kläger frei wählbaren) ICSID-Verfahrensordnung zu verweisen – s.o. unter (a). Diese beiden Merkmale des „Investitionsgerichts“ sorgen zugleich dafür, dass staatlichen Gerichten (auch dem Bundesverfassungsgericht!) jede Möglichkeit genommen wird, entsprechende Urteilssprüche – sei es auch nur anhand von Evidenz- oder *ordre-public*-Kriterien – zu überprüfen. Dies führt folglich zu einer verfassungswidrigen Aushöhlung der staatlichen Gerichtsbarkeit,

dazu nur *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 92, Rn. 88.

Da gem. Art. 92 GG die Letztentscheidungskompetenz staatlichen Gerichten obliegt, führt dies zu einem evidenten Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip i.V.m. dem staatlichen Justizmonopol und dem allgemeinen Justizgewähranspruch.

(6) *Entzug des gesetzlichen Richters*

Aus ähnlichen und weiteren Gründen wird durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ schließlich der gesetzliche Richter entzogen. Auch dies begründet einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip als schlechthin objektives Verfassungsrecht, hier i.V.m. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 und 92 GG,

st. Rspr., so etwa BVerfGE 27, 355 (362); 40, 356 (360); dazu ferner nur *Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 101, Rn. 2; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 101, Rn. 1.

Über dessen Ausprägung als objektives Verfassungsrecht hinaus kann sich auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG außerdem jeder berufen, „der in einem gerichtlichen Verfahren Partei ist. [...] Das gilt auch für den Staat, wenn er Partei in einem Gerichtsverfahren ist“,

st. Rspr. seit BVerfGE 6, 45 (49); dazu näher etwa *Dreier*, in: Dreier, GG-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 19 Abs. 3, Rn. 42; *Rüfner* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 196, Rn. 130.

Mit anderen Worten kann sich ausnahmsweise – und zwar nur im Falle von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG – auch die Bundesrepublik Deutschland auf ein Grundrecht bzw. grundrechtsgleiches Recht berufen, soweit sie als Beteiligte an einem Gerichtsverfahren – etwa als Beklagte vor dem „Investitionsgericht“ – betroffen ist. Der Entzug des gesetzlichen Richters wirkt sich daher durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ doppelt schädlich aus: zum einen durch die Verletzung des Rechtsstaatsprinzips als objektives Verfassungsrecht, zum anderen aber auch durch die damit verbundene signifikante Verkürzung prozessualer Rechte des Staates als Beklagter in Investitionsschutzverfahren nach dem CETA.

Das Recht auf den gesetzlichen Richter kennt zwei Dimensionen: das verfahrensmäßige Recht auf den gesetzlich bestimmten Richter und das materielle Recht auf den den Anforderungen des (Grund-)Gesetzes entsprechenden Richter,

st. Rspr. seit BVerfGE 10, 200 (213); weitere Nachweise bei *Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 101, Rn. 2; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 101, Rn. 17.

Durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ werden beide Aspekte verletzt. In materieller Hinsicht ist das „Investitionsgericht“ kein dem GG entsprechendes Gericht, wodurch zugleich jedenfalls dem Staat der gesetzliche Richter entzogen wird (a). Ebenso erfüllen dessen Kammerbesetzungen nicht die Mindestanforderungen des GG, weil sie keine Gewähr für Neutralität und Distanz bieten (b). Verfahrensmäßig wird die eindeutige Bestimmung des gesetzlichen Richters unmöglich gemacht, indem klagende Investoren Investitionsstreitigkeiten exklusiv auf das „Investitionsgericht“ auslagern können (c). Des Weiteren fehlt es an einer vorhersehbaren Bestimmung der einzelnen Richter innerhalb des „Investitionsgerichts“ (d) sowie an einer den Umständen des Einzelfalls genügenden Vorlagepflicht vor den Europäischen Gerichtshof (e).

(a) Dass das „Investitionsgericht“ nicht den Anforderungen des Grundgesetzes entspricht, wurde bereits oben unter (5) erörtert. Die in diesem Zusammenhang festgestellte Verletzung des Rechtsstaatsprinzips auch i.V.m. Art. 92 GG strahlt überdies auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ab. Denn durch die Verlagerung staatlicher Rechtsprechungsbefugnis ausschließlich auf Spruchkörper, die keine „Gerichte“ im Sinne des Grundgesetzes sind, wird es zugleich jedenfalls dem beklagten Staat unmöglich gemacht, den ihm gesetzlich zugewiesenen staatlichen Richter mit der Angelegenheit zu befassen. Damit wird ihm als Betroffener materiell der gesetzliche Richter – extern als Gericht verstanden – entzogen.

(b) Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet daneben den materiellen Anspruch, dass intern in einer Rechtssache stets ein Richter entscheidet, „der unabhängig und

unparteilich ist und die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet (vgl. BVerfGE 10, 200 <213 f.>; 21, 139 <145 f.>; 30, 149 <153>; 40, 268 <271>; 82, 286 <298>; 89, 28 <36>“),

jüngst und weiterhin BVerfGK 20, 164, Rn. 12.

Über das jeweilige Lager der Richter bestimmt Art. 8.27 Abs. 2 CETA, dass das „Investitionsgericht“ zunächst aus 15 Richtern besteht. Davon müssen „[f]ünf Mitglieder [...] Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Union sein, fünf Mitglieder Staatsangehörige Kanadas und fünf Mitglieder Staatsangehörige von Drittstaaten.“ Daraus ergibt sich gem. Art. 8.27 Abs. 6 CETA die Zusammensetzung einer Kammer für ein konkretes Verfahren, die drei Richter vorweist, „und zwar ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats der Europäischen Union, ein Staatsangehöriger Kanadas und ein Staatsangehöriger eines Drittlands.“ Speziell für Klagen kanadischer Investoren gegen die Bundesrepublik Deutschland bedeutet dies eine regelmäßig ungleiche Nähe zu mindestens einem Richter. Denn während sich der Kläger auf einen eigenen Staatsangehörigen im Richteramt verlassen kann, ist dies für den beklagten deutschen Staat keinesfalls sicher. Bei bloß fünf Richtern aus den EU-Mitgliedstaaten – noch sind es 28 – wäre es reiner Zufall, wenn auch ein deutscher Richter überhaupt dem „Investitionsgericht“ angehörte. Damit hat das heterogen besetzte Kollegialorgan eine weitaus höhere Distanz zur beklagten Bundesrepublik als zu dem kanadischen Kläger; zumindest ein Richter ist stattdessen regelmäßig der Klägersphäre zuzurechnen. Damit kann eine Kammer des „Investitionsgerichts“ bei Klagen gegen Deutschland nicht Gewähr für Neutralität und Distanz bieten.

(c) In verfahrensrechtlicher Ausprägung unterfällt dem gesetzlichen Richter auch das sachlich, örtlich und instanzial zuständigem Gericht, das gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG durch den Gesetzgeber eindeutig festgelegt werden muss,

st. Rspr., so etwa BVerfGE 95, 322 (328); BVerfGK 3, 192, Rn. 7.

Durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ und dessen zu Grunde liegende Regeln wird die vormals eindeutige Festlegung des zuständigen Gerichts durch den deutschen Gesetzgeber untergraben. Denn nunmehr haben klagende Investoren die exklusive Wahl darüber, welcher Spruchkörper letztverbindlich über die an ihn herangetragene Rechtssache zu entscheiden hat (vgl. wiederum Art. 8.22 Abs. 1 lit. f und g CETA). Damit ist gerade nicht eindeutig und verlässlich vorhersehbar, ob einerseits ein deutsches oder andererseits das „Investitionsgericht“ für eine Investitionsschutzklage auf Grundlage des CETA zuständig sein soll. Infolgedessen können die nach außen gerichteten Anforderungen des Grundgesetzes an das sachlich und örtlich zuständige Gericht nicht erfüllt werden.

(d) Innerhalb eines Gerichts erfordert Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ein Regelungssystem, das die Vorausbestimmung des Richters bis hin zu dem konkret zuständigen Richter nach abstrakt-generellen und hinreichend bestimmten Kriterien (i.d.R. durch im Voraus festzulegende Geschäftsverteilungspläne) ermöglicht,

st. Rspr., so etwa BVerfGE 95, 322 (329); 97, 1 (10).

Über eine eingereichte Investorenschutzklage entscheidet am „Investitionsgericht“ eine „Kammer“ aus drei Richtern. Dieser Spruchkörper wird allerdings gem. Art. 8.27 Abs. 7 CETA erst nach Einreichung der Klage vom Präsidenten des „Investitionsgerichts“ benannt. Nach dem expliziten Wortlaut dieser Norm „wird ein Rotationsverfahren zugrunde gelegt und sichergestellt, dass die Zusammensetzung der Kammern nach dem Zufallsprinzip erfolgt und nicht vorhersehbar ist und dass für alle Mitglieder des Gerichts dieselbe Wahrscheinlichkeit besteht, in eine Kammer berufen zu werden.“ Ein Geschäftsverteilungsplan oder eine andere abstrakt-generelle Regelung, nach der die Richter bereits vor Einleitung eines Verfahrens feststünden, sollen gerade ausgeschlossen werden. Die Streitparteien können zudem vereinbaren, dass nur ein Schiedsrichter entscheidet, der dann nach dem Zufallsprinzip ernannt wird (Art. 8.27 Abs. 9 CETA). Ein System wie dieses, welches

die Vorausbestimmung des Richters sogar offen ausgesprochen zu verhindern sucht, ist mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG evident unvereinbar.

(e) Eine prozessuale Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist außerdem zu bejahen, wenn für ein letztinstanzlich entscheidendes Gericht entgegen Art. 267 Abs. 3 AEUV keine Vorlagepflicht gegenüber dem Europäischen Gerichtshof statuiert ist oder eine solche ignoriert wird, obwohl ein potentieller Konflikt mit europäischem Unionsrecht im Raum steht,

*Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 101, Rn. 19; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 101, Rn. 35.

Eine derartige Vorlagepflicht ist indes im CETA, sobald sich ein Investor für den Rechtsweg über das „Investitionsgericht“ entscheidet, nicht angelegt, obwohl ein Konflikt mit EU-Recht oftmals in Erwägung zu ziehen ist,

*Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages*, Unionsrechtliche Zulässigkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren in Freihandelsabkommen der Europäischen Union, Ausarbeitung PE6-3000-25/15 vom 24.3.2015, S. 29 ff (<https://www.bundestag.de/blob/405232/bbfc8baddada4255025531d7ecbd1dae/pe-6-025-15-pdf-data.pdf>).

Im Gegenteil schließt Art. 8.31 Abs. 2 CETA die Anwendung „internen Rechts“ (also auch des Unionsrechts) explizit aus und degradiert es „soweit angezeigt“ zu einer reinen Tatsachenfrage. Dies ist umso erstaunlicher, als dem CETA die Vorlage von Rechtsfragen nicht fremd ist, wie Art. 8.31 Abs. 3 beweist. Danach kann „der Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen dem Gemischten CETA-Ausschuss nach Artikel 8.44 Absatz 3 lit. a die Annahme von Auslegungen dieses Abkommens empfehlen. Eine vom Gemischten CETA-Ausschuss angenommene Auslegung ist für das nach diesem Abschnitt errichtete Gericht bindend.“ In ihrer Gesamtschau konterkarieren diese Regelungen die im Zweifel für ein letztinstanzliches Gericht zwingende Vorlage einer Sache beim Europäischen Gerichtshof und

verletzten daher nicht nur europäisches Unionsrecht – dazu näher u. b) ff) –, sondern auch evident Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

*cc) Verletzung des Demokratieprinzips*

Darüber hinaus wird ferner das Demokratieprinzip durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ verletzt. Das Demokratieprinzip schützt u.a. vor einer Erosion der Gestaltungsmacht des Deutschen Bundestages und einem damit verbundenen Substanzverlust des über Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verbürgten Wahlrechts (1). Die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ führt jedoch gerade zu einem solchen Substanzverlust, nämlich durch unzulässige (Weiter-)Übertragungen von Hoheitsrechten im Allgemeinen (2) und Besonderen (3), unzulässige Beeinträchtigung des Gesetzgebers (4) sowie fehlende demokratische Rückkopplung der Richter des „Investitionsgerichts“ (5).

*(1) Das Demokratieprinzip*

Das in Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG verankerte Demokratieprinzip „verbietet nicht nur eine substantielle Erosion der Gestaltungsmacht des Deutschen Bundestages, sondern gewährleistet in seiner Konkretisierung im Grundsatz der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) zudem, dass auch das in Deutschland zur Anwendung gelangende Unionsrecht über ein hinreichendes Maß an demokratischer Legitimation verfügt; es schützt insoweit vor offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen durch Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union“,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 115.

„Es vermittelt dem Bürger in Verbindung mit Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG nicht nur Schutz vor einer substantiellen Erosion der Gestaltungsmacht des Deutschen Bun-



destages, sondern auch vor offensichtlich und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen durch Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 121.

Im Zusammenhang mit der Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ steht ein Demokratieverlust in Form einer substantiellen Erosion der Gestaltungsmacht des Bundestages in Rede. Dies äußert sich darin, dass unter dem CETA nicht gewährleistet ist, was das Demokratieprinzip im Rahmen der Verfassungsidentität fordert, nämlich „dass dem Deutschen Bundestag bei einer Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 Abs. 1 GG eigene Aufgaben und Befugnisse von substantiellem politischem Gewicht verbleiben (vgl. BVerfGE 89, 155 <182>; 123, 267 <330, 356>) und dass er in der Lage bleibt, seine haushaltspolitische Gesamtverantwortung wahrzunehmen“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 138.

Konkret geht es hier um einen Substanzverlust des durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verbürgten Wahlrechts, indem durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ und die damit verbundenen zwingenden Regelungen des CETA für diesen Bereich wesentliche Politikbereiche vom Bundestag als demokratisch legitimes Organ der Volksvertretung entkoppelt werden. Derartige Vorgänge betreffen den unveränderlichen Kern des Grundgesetzes, der durch Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG geschützt ist. Dem entgegenstehende Folgen der Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ verletzen daher die Verfassungsidentität.

## *(2) Unzulässige (Weiter-)Übertragung von Hoheitsrechten allgemein*

Das Demokratieprinzip wird verletzt, wenn jenseits der im Grundgesetz dafür angelegten Voraussetzungen – insbesondere ohne demokratische Rückkopplung über den dafür zuständigen Gesetzgeber – deutsche Hoheitsrechte auf zwischenstaatli-

che Einrichtungen übertragen werden. Denn dadurch wird das Parlament außerstande gesetzt, im Rahmen der dann entzogenen Hoheitsrechte weiterhin Entscheidungen zu treffen, ohne dass es dafür eine verfassungsrechtliche Grundlage gäbe. Insoweit wird als Konsequenz das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag entleert. Eben dies geschieht auch durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“, weil diesem zwar Hoheitsrechte übertragen werden (a), eine solche Übertragung jedoch unter dem Vorbehalt eines Bundesgesetzes steht, welches im Rahmen von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vorliegt und auch nicht von dessen Regelungsgehalt gedeckt wäre (b). Über Art. 24 Abs. 1 GG schließlich darf ein solches Gesetz wegen der Sperrwirkung von Art. 23 GG nicht erlassen werden (c).

(a) Über Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 24 Abs. 1 GG wird der Bund ermächtigt, Hoheitsrechte auf die Europäische Union und weitere zwischenstaatliche Einrichtungen zu übertragen. Nimmt er diese Befugnis wahr, schafft er im Ergebnis die Voraussetzungen dafür, dass überstaatliche Rechtsakte Durchgriffswirkung auf den nationalen Herrschaftsbereich entfalten,

statt vieler *Streinz*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 23, Rn. 56.

Zwischenstaatliche Einrichtungen sind zwischen Staaten durch völkerrechtlichen Vertrag gegründete Organe,

*Streinz*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 24, Rn. 19,

weshalb auch das „Investitionsgericht“ zu dem Kreis potentieller Hoheitsrechtsempfänger zählt. Überdies ist das „Investitionsgericht“ gem. Art. 8.41 Abs. 1 CETA befugt, letztverbindliche und auch in Deutschland vollstreckbare Urteile zu erlassen; damit entfalten seine Entscheidungen Durchgriffswirkung auf die deutsche Rechtsordnung, etwa im Vollstreckungsverfahren auf die ZPO. Infolgedessen werden durch die Anwendung des CETA in Deutschland auf das „Investitionsgericht“ Hoheitsrechte insoweit übertragen, als sich der dafür relevante Teil der deutschen Rechtsordnung zukünftig zurücknimmt und stattdessen die „investitionsge-

richtlichen“ Entscheidungen verbindlich sowie ohne weiteren Zwischenakt anerkennt und umsetzt.

(b) Gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 oder Art. 24 Abs. 1 GG ist für die wirksame Übertragung stets ein Bundesgesetz erforderlich. Daran fehlt es – bezogen auf die Einrichtung des „Investitionsgerichts“ – insbesondere in Ansehung des EU-Primärrechts, weil das Zustimmungsgesetz zum Lissabon-Vertrag eine solche Hoheitsrechtsübertragung – in diesem Fall im Rahmen von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG – nicht vorsieht und diese weder im EUV noch im AEUV überhaupt angelegt ist. Auch kommt einer Weiterübertragung von Hoheitsrechten, die zunächst wirksam der EU zugewiesen wurden, von Seiten der EU auf das „Investitionsgericht“ nicht in Betracht. Denn die EU kann sich nicht auf eine dafür erforderliche „Kompetenz-Kompetenz“ berufen, weil dies nicht vom Integrationsprogramm gedeckt – und damit ein Akt *ultra vires*, dazu u. b) – wäre,

dazu nur BVerfGE 123, 267, insb. Rn. 233.

Als Gesetz zur Hoheitsrechtsübertragung kommt aber ein deutsches Zustimmungsgesetz zum CETA in Betracht. Ein solches wäre wegen des eindeutigen unionsrechtlichen Bezuges auch ein Integrationsgesetz i.S.v. Art. 23 GG. Jedoch sind dabei die darin vorgegebenen Integrationsgrenzen strikt einzuhalten, insbesondere was die Übertragung von Hoheitsrechten betrifft. Gem. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG muss die Hoheitsrechtsübertragung durch Integrationsgesetz „hierzu“ dienen, also „zur Verwirklichung eines vereinten Europas“ (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG). Das „Investitionsgericht“ dient aber gerade nicht der Verwirklichung eines vereinten Europas, sondern der Sicherung drittstaatlicher (nämlich kanadischer) Investorenansprüche; es ragt also sehr weit über die Grenzen Europas hinaus und dient der Verdichtung internationaler (und nicht rein unionaler) Handelskooperation, deren Wahrnehmung in der durch das CETA vorgenommenen Ausgestaltung deutlich nicht mehr im (ausschließlichen) Kompetenzbereich der Union liegt. Gleichwohl ein Zustimmungsgesetz zum CETA über Art. 23 GG laufen kann und muss, weil

die EU als Vertragspartei nicht wegzudenken ist, gelten für den Teilaspekt der Übertragung von Hoheitsrechten auf Einrichtungen jenseits der Unionsebene – wie das „Investitionsgericht“ – dem restriktiven Wortlaut von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG nach strengere Maßstäbe. Daher kann eine solche nicht über diese Norm verwirklicht werden. Dies bekräftigt auch das Bundesverfassungsgericht, indem es konstatiert: „Art. 23 Abs. 1 GG unterstreicht ebenso wie Art. 24 Abs. 1 GG, dass die Bundesrepublik Deutschland an der Entwicklung einer als Staatenverbund konzipierten Europäischen Union mitwirkt, auf die Hoheitsrechte übertragen werden“,

BVerfGE 123, 267, insb. Rn. 229.

Demnach gestattet Art. 23 Abs. 1 GG eine Hoheitsrechtsübertragung ausschließlich auf die Union – und keine andere zwischenstaatliche Einrichtung wie das „Investitionsgericht“.

(c) Denkbar wäre es hingegen, ein Zustimmungsgesetz zugleich (nur) für den Aspekt der Hoheitsrechtsübertragung über Art. 24 Abs. 1 GG zu verabschieden. Insofern wäre nicht von einer Weiterübertragung von Hoheitsrechten zu sprechen, sondern von einer originären Übertragung – ohne „Umweg“ über die Europäische Union – auf das „Investitionsgericht“. Allerdings ist eine Hoheitsrechtsübertragung über Art. 24 Abs. 1 GG stets nur subsidiär gegenüber Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG möglich,

statt vieler *Streinz*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 23, Rn. 9.

Da im Falle der Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ jedoch eine Angelegenheit der Europäischen Union i.S.v. Art. 23 Abs. 1 GG (wenn auch nicht als Qualifikation hierzu die Verwirklichung eines vereinten Europas) betroffen ist, gilt Art. 23 GG vorrangig und sperrt daher die Anwendung von Art. 24 GG. Denn ohne vertragliche Mitwirkung der EU könnten weder das „Investitionsgericht“ noch das CETA als Ganzes verwirklicht werden. Im CETA kommt nämlich der EU im Vergleich zu ihren Mitgliedstaaten eine hervorgehobene Rolle zu, die eine

weitere Entwicklungsstufe der Union im Hinblick auf ihre auswärtigen Beziehungen und der Schaffung weiterer gemeinsamer Märkte bedeutet. Die EU-Mitgliedstaaten werden schon nicht ausdrücklich als Vertragspartner genannt, sondern nur in einem Klammerzusatz der Präambel zum CETA erwähnt. Zudem wird im Streitbeilegungsverfahren die EU als einzig befugte Stelle genannt, die Rolle der Mitgliedstaaten im Investitionsgerichtsverfahren zu bestimmen, Art. 8.21 Abs. 3 CETA. Allein dies bedeutet eine erneute Übertragung weiterer Hoheitsrechte auf die EU. Zugleich beweist dies aber, dass das CETA nur mit neuen Befugnissen der EU funktionsfähig ist, es also der Entwicklung der EU (nicht aber der Vereinigung Europas, vgl. Art. 23 Abs. 1 GG) entscheidend dient. Dann aber ist eine in diesem Gefüge vollzogene Übertragung auf andere Einrichtungen wie das „Investitionsgericht“ über Art. 24 Abs. 1 GG unzulässig.

Zur Verdeutlichung und Abgrenzung soll kurz auf einen nicht durch Spezialnorm verdrängten Anwendungsfall von Art. 24 Abs. 1 GG verwiesen werden, nämlich das Zustimmungsgesetz zum Energiecharta-Vertrag und der in diesem Rahmen vorgesehenen Schiedsgerichtsbarkeit. Denn darin werden für einen einzigen Sektor (Energie) völkerrechtliche Regelungen erlassen, die auch ohne eine Beteiligung der EU allein durch die Mitgliedstaaten hätten realisiert werden können. Insbesondere nimmt der Vertragstext keinen besonderen Bezug auf die EU (bzw. im Wortlaut von 1994: die EG), er ist daher kein Spezifikum für die Entwicklung der Union.

(3) *Unzulässige (Weiter-)Übertragung von Hoheitsrechten hinsichtlich der Letztentscheidungskompetenz*

Selbst wenn man die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ für sich genommen entgegen der hier dargelegten Gründe noch als zulässige Übertragung von Hoheitsrechten einordnen wollte, ist die Grenze der verfassungsgemäßen Übertragung von Hoheitsrechten spätestens im Hinblick auf die Letztentscheidungskompetenz des „Investitionsgerichts“ überschritten. Denn es ist Bestandteil des durch

Art. 23 GG abgesicherten Integrationsprogramms, dass dem Europäischen Gerichtshof die Letztentscheidungskompetenz über unionrechtlich determinierte Sachverhalte zustehen soll. Insoweit erkennt auch das Bundesverfassungsgericht diese herausgehobene Stellung des Europäischen Gerichtshofs – aber auch nur des Europäischen Gerichtshofs – im unionsrechtlichen Kontext an: „Im Rahmen des Kooperationsverhältnisses zwischen Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof [...] obliegt letzterem daher die Entscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der Maßnahme“,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 157.

Verfassungsrechtlicher Grund für dieses Kooperationsverhältnis ist die über Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG wirksam erfolgte Übertragung von Hoheitsrechten im Bereich der Rechtsprechung für Angelegenheiten der Europäischen Union. Wird dem Europäischen Gerichtshof nun aber durch Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ und die damit verbundenen Rechtsfolgen die Letztentscheidungskompetenz über das CETA betreffende Sachverhalte entzogen und diese dem „Investitionsgericht“ zugeschrieben, handelt es sich insoweit um eine Weiterübertragung von Hoheitsrechten weg von der Union und hin auf das „Investitionsgericht“. Dies ist nicht nur ein (im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle – u. b) ee) – rügefähiger) Verstoß gegen Unionsrecht, sondern zugleich auch eine Verletzung des grundgesetzlichen Demokratieprinzips i.V.m. Art. 23 GG. Denn die Übertragung von Hoheitsrechten auf den Europäischen Gerichtshof geschah unter der Prämisse des Integrationsauftrags und unter der Bedingung, dass eine Weiterübertragung außerhalb der Union nicht möglich ist, wie einmal mehr der Wortlaut von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG („hierzu“) belegt. Dies folgt außerdem aus dem verfassungsimmanenten Grundsatz, dass das demokratische Prinzip unveräußerlich ist. Wenn Deutschland einer Einrichtung die Möglichkeit eröffnet, Rechtsakte mit Durchgriffswirkung zu erlassen, geschieht dies stets unter der Voraussetzung, dass hinreichend effektive

demokratische Kontrollbefugnisse verbleiben. Auf Ebene der Europäischen Union geschieht dies zumindest durch die mitgliedstaatliche Rückkopplung ihrer Organe. Eine Weiterübertragung von Hoheitsrechten auf das „Investitionsgericht“ kappt dieses ohnehin dünne Band der Rückkopplung jedoch unwiederbringlich, wenn – wie hier – eine Überprüfbarkeit der dort ergehenden Entscheidungen (etwa durch den Europäischen Gerichtshof) ausgeschlossen ist. Dies gilt umso mehr, wenn auch die Richter des „Investitionsgerichts“ selbst nicht demokratisch legitimierbar sind – s. ferner u. (5).

#### *(4) Unzulässige Beeinträchtigung des Gesetzgebers*

Die mit dem CETA durch die Ausgestaltung des „Investitionsgerichts“ einhergehende erhebliche Privilegierung kanadischer Investoren gegenüber den Organen der Bundesrepublik Deutschland wird sich mit hoher Wahrscheinlichkeit auch auf die nationale Politik – und insbesondere Gesetzgebung – auswirken. Die bloße Drohung eines Investors, von dem tendenziell zu seinen Gunsten besetzten – s.o. bb) (6) (b) – „Investitionsgericht“ (selbst für einen Staat wie Deutschland) empfindliche Entschädigungssumme einzuklagen, falls ein gesetzliches Vorhaben nicht nach dessen Vorstellungen modifiziert oder aufgehoben wird, kann auf die Gesetzgebung in den CETA-Vertragsstaaten spürbar einschüchternd wirken. Dies gilt umso mehr, als die im CETA verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe – s.o. bb) (2) – einen Verfahrensausgang noch unberechenbarer machen. Der deutsche Gesetzgeber wird sich angesichts eines ungewissen Verfahrensausgangs jedenfalls in einigen Fällen dazu gedrängt fühlen, geplante Vorhaben „erkalten“ zu lassen, was auch als „chilling effect“ oder „regulatory chill“ bezeichnet wird,

dazu näher mit einigen Beispielen *Stoll/Holterbus/Gött*, Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) – Regulatorische Zusammenarbeit und Investitionsschutz und ihre Bedeutung für den Umweltschutz, Rechtsgutachten im Auftrag des Sachverständigenrats für Umweltfragen, Au-

gust 2015, S. 75 ([http://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/03\\_Materialien/2012\\_2016/2016\\_03\\_MzU\\_47\\_TTIP.pdf](http://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/03_Materialien/2012_2016/2016_03_MzU_47_TTIP.pdf)).

Im Zusammenhang mit dem Energiecharta-Vertrag ließ sich ein derartiger Effekt schon im sog. „Vattenfall-I-Verfahren“ über Umweltauflagen beim Bau des Kraftwerks Hamburg-Moorburg beobachten,

dazu näher *Krajewski*, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), ZUR 2014, S. 396 ff. (398) m.w.N.

Angesichts dieser sich konkretisierenden Gefahr ist gerade in richtungsweisenden gesetzgeberischen Entscheidungen damit zu rechnen, dass zentrale politische Entscheidungen nicht mehr selbstständig getroffen werden können, sondern unter dem Damoklesschwert einer Investorenklage ungewissen Ausgangs stehen. Insofern ist die demokratische Selbstregierung des Volkes dauerhaft und spürbar eingeschränkt.

Aus den gleichen Gründen wird der Haushaltsgesetzgeber unbotmäßig in seiner Handlungsfreiheit eingeschränkt. Denn wenn zu befürchten steht, dass erhebliche Entschädigungszahlungen durch das „Investitionsgericht“ anhand unklarer Kriterien auferlegt werden können, sind derartige Einbußen zwangsläufig auch im Haushaltsplan zu berücksichtigen. Dies aber trifft die Verfassungsidentität ebenso:

„Eine notwendige Bedingung für die Sicherung politischer Freiräume im Sinne des Identitätskerns der Verfassung (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 79 Abs. 3 GG) besteht darin, dass der Haushaltsgesetzgeber seine Entscheidungen über Einnahmen und Ausgaben frei von Fremdbestimmung seitens der Organe und anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union trifft und dauerhaft „Herr seiner Entschlüsse“ bleibt (vgl. BVerfGE 129, 124 <179 f.>; 132, 195 <240 Rn. 109>; 135, 317 <401 Rn. 164>)“, BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 214.



Das „Investitionsgericht“ ist dazu in der Lage, eine solche Art von Fremdbestimmung zu erzeugen und dem Haushaltsgesetzgeber die Herrschaft über seine Entschlüsse zumindest teilweise zu entziehen.

(5) *Keine garantierte demokratische Rückkopplung der Richter*

Die Richter des „Investitionsgerichts“ üben auf Grundlage der dem „Investitionsgericht“ übertragenen Hoheitsrechte selbst Hoheitsgewalt aus, weil nur sie als Kollegium zum Erlass bindender Entscheidungen befugt sind. Daraus folgt – selbst wenn man die Übertragung von Hoheitsrechten hier für verfassungsgemäß hielte – die Notwendigkeit, dass die Richter selbst demokratisch legitimiert sind. Mit anderen Worten muss die Ernennung jeden Richters über eine demokratische Legitimationskette auf den Willen des Volkes zurückzuführen sein,

zum Ganzen differenzierend *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, 2006.

Dies geschieht im Falle des „Investitionsgerichts“ nicht, sodass auch deshalb ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip vorliegt. Denn dessen Richter werden sämtlich von dem Gemischten CETA-Ausschuss ernannt, Art. 8.27 Abs. 2 CETA. Die Zusammensetzung dieses Ausschusses ist jedoch nur vage festgeschrieben. Art. 26.1 Abs. 1 CETA besagt lediglich: „Die Vertragsparteien setzen den Gemischten CETA-Ausschuss ein, der sich aus Vertretern der Europäischen Union und Vertretern Kanadas zusammensetzt. Der Vorsitz im Gemischten CETA-Ausschuss wird gemeinsam vom kanadischen Minister for International Trade und von dem für Handel zuständigen Mitglied der Europäischen Kommission oder ihren jeweiligen Vertretern geführt.“ Damit ist weder festgelegt, wie viele Mitglieder der Gemischte CETA-Ausschuss hat, noch wie sich dessen Mitglieder aus der Europäischen Union zusammensetzen, noch wie diese ausgewählt werden. Wenn aber dieser Ausschuss das exklusive Recht hat, die Richter des „Investitionsgerichts“ zu bestimmen, muss eine lückenlose demokratische Legitimationskette bis hin zum

deutschen Bundestag zumindest bei einem Vertreter möglich sein. Dies lässt der Vertragstext jedoch offen. Es ist also möglich, dass sich unter den Ausschussmitgliedern der Europäischen Union kein Deutscher befindet. Selbst wenn es aber einen deutschen Vertreter gäbe, wäre weiterhin unklar, in welchem Verhältnis dieser zum Parlament stünde. Diese Umstände genügen schon dem Grunde nach nicht den Anforderungen an die demokratische Legitimation der Richter des „Investitionsgerichts“.

Doch selbst wenn man dem Grunde nach noch eine geringe Legitimation annehmen wollte, wäre deren demokratischer Restgehalt so gering, dass gleichfalls das Demokratieprinzip verletzt würde. Aus dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes, vor allem in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts als Politikermöglichkeitprinzip, und den Anforderungen an die Legitimation der Dritten Gewalt, die aus diesem Prinzip gezogen werden können, ergibt sich nämlich der allgemeine Grundsatz, dass Richter, die über Regulierungsmaßnahmen des parlamentarischen Gesetzgebers urteilen, in besonders hohem Maße personell demokratisch legitimiert sein müssen.

Auch wenn das „Investitionsgericht“ Maßnahmen des nationalen Gesetzgebers grundsätzlich nicht kassieren darf, sitzen seine Richter über politische Maßnahmen der unmittelbar demokratisch legitimierten nationalen Parlamente und deren Kompetenz, die Entscheidungen im Gemeinwesen zu treffen, zu Gericht und schränken den Gestaltungsspielraum des Parlaments zumindest mittelbar über völkerrechtlich verbindliche Schadensersatz- und Entschädigungspflichten von unvorhersehbarer Höhe ein. Wenn man entgegen der hier dargelegten Argumente den damit verbundenen „chilling effect“ schon nicht selbst als Verstoß gegen das Demokratieprinzip werten möchte, so wirkt sich dieser Umstand spätestens auf die demokratische Legitimation der Richter des „Investitionsgerichts“ aus.

Für diese Tätigkeit der Schiedsgerichte ist die personelle demokratische Legitimation der Schiedsrichter daher unter keinem Gesichtspunkt ausreichend.

*dd) Keine Rechtfertigung über Art. 23, 24 oder 59 Abs. 2 GG*

Die durch die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ erzeugten Verletzungen von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip berührten indes nicht die Identität des Grundgesetzes, wenn sie sich durch verfassungsimmanente Normen rechtfertigen ließen. Eine solche Rechtfertigung gelingt jedoch nicht. Da es sich im Zusammenhang mit dem CETA als gemischtes Abkommen teils um eine Angelegenheit der Europäischen Union, teils um völkervertragsrechtliche Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland handelt, können dafür von vornherein nur Art. 23, 24 oder 59 Abs. 2 GG in Betracht gezogen werden. Allgemeine ungeschriebene Verfassungsprinzipien wie „offene Staatlichkeit“ und „Völkerrechtsfreundlichkeit“ sind dagegen unbeachtlich, wenn es – wie hier – um den Kernbereich des Grundgesetzes geht. Doch können letztlich auch weder Art. 23 GG (1), noch Art. 24 GG (2), noch Art. 59 Abs. 2 GG (3) hier zur Rechtfertigung herangezogen werden. Überdies verbietet sich auch eine Parallele zu den verfassungsrechtlich unproblematischen internationalen Gerichten (insbesondere dem Europäischen Gerichtshof, dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Internationalen Gerichtshof), deren Rechtsprechung sich die Bundesrepublik Deutschland wirksam unterworfen hat (4).

*(1) Art. 23 GG*

Art. 23 GG ist Ausdruck der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und schafft die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen zur Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an einem vereinten Europa. Darunter fällt gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG auch die Übertragung von Hoheitsrechten, im Ergebnis also das Ermöglichen von Durchgriffswirkung überstaatlicher Rechtsakte auf den nationalen Herrschaftsbereich,

statt vieler *Streinz*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 23, Rn. 56.

Dazu zählt auch die Unterwerfung unter ein internationales Gericht, wie dies der Europäische Gerichtshof ist – dazu näher sogleich unter (4) (a). Allerdings fällt unter die in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG formulierte Zielbestimmung „Verwirklichung eines vereinten Europas“ unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Subsidiarität, dass nicht beliebig viele – zumal strukturell unterschiedlich zusammengesetzte – internationale Gerichte mit deutschen Hoheitsrechten ausgestattet werden. Dies führte nämlich im Gegenteil zu einem heterogenen (und nicht vereinten) Europa. Überdies wird schon im Grundgesetz selbst – in Art. 23 Abs. 1a – der Europäische Gerichtshof als das (einzige) europäische Gericht vorausgesetzt. Für eine Paralleljustiz unter dem Dach der Europäischen Union bleibt daher kein Raum. Dies korrespondiert auch mit dem über Art. 23 GG in seinen Grenzen abgesteckten *acquis communautaire*, der auch selbst das Justizmonopol des Europäischen Gerichtshofs voraussetzt,

dazu nur EuGH, Gutachten 1/09 v. 8.3.2011 (Europäisches Patentgericht); Gutachten 2/13 v. 18.12.2014 (Beitritt der EU zur EMRK).

Das „Investitionsgericht“ in der durch das CETA vorgesehenen Ausgestaltung sprengt die durch Art. 23 GG definierten Verhältnisse dagegen deutlich. Es lässt sich nicht als Teil des europäischen Integrationsprogramms deuten, sondern wird im Gegenteil als investitionsrechtliche Konkurrenz zu nationalen Gerichten und zum Europäischen Gerichtshof etabliert. So wird gerade keine Verwirklichung eines vereinten Europas gefördert, sondern der Fragmentierung eines bislang homogenen Gefüges Vorschub geleistet.

Schließlich kann eine Übertragung von Hoheitsrechten niemals so weit reichen, dass dadurch die Verfassungsidentität belastet würde,

s. nur BVerfGE 73, 339 (375 f.),

wie dies durch die dargelegten Verletzungen von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip geschieht. Dem steht Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG stets

entgegen. Damit ist es ausgeschlossen, die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ über Art. 23 GG zu rechtfertigen.

(2) *Art. 24 GG*

Soweit sich das „Investitionsgericht“ außerhalb des unionsrechtlich determinierten Anwendungsbereichs bewegt, kann subsidiär auf Art. 24 GG zurückgegriffen werden. Demnach ist es möglich, Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen zu übertragen (Abs. 1) und einer allgemeinen, umfassenden, obligatorischen, internationalen Schiedsgerichtsbarkeit beizutreten (Abs. 3). Letztere Variante passt jedoch tatbestandlich nicht auf das „Investitionsgericht“. Denn umfasst sind ausschließlich zwischenstaatliche Streitigkeiten und nicht – wie hier – Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und dem Staat. Es ließe sich sogar der Umkehrschluss ziehen, dass weitere internationale Schiedsgerichte, die nicht der Beilegung zwischenstaatlicher Streitigkeiten dienen, daher unzulässig sind.

Unabhängig davon besteht grundsätzlich die Möglichkeit, gem. Art. 24 Abs. 1 GG Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen zu übertragen. Das „Investitionsgericht“ käme als solche Einrichtung in Betracht, wenn man es nicht schon als lediglich privates Schiedsgericht ansehen möchte. Auch lässt sich angesichts der Durchgriffswirkung der Urteile des „Investitionsgerichts“ von einer Hoheitsrechtsübertragung sprechen. Jedoch ist wegen der Spezialität von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG hier der Weg über Art. 24 Abs. 1 GG versperrt – s.o. cc) (2). Im Übrigen kann eine Übertragung von Hoheitsrechten nie in einer die Verfassungsidentität verletzenden Weise vollzogen werden – s. bereits o. (2). Dem steht auch hier Art. 79 Abs. 3 GG stets entgegen.

(3) *Art. 59 Abs. 2 GG*

Der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages allein kann niemals als Argument dafür dienen, Verletzungen des Grundgesetzes zu rechtfertigen. Dies ergibt sich zwanglos aus dem Rangverhältnis zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht als einfaches Gesetzesrecht in Gestalt des Zustimmungsgesetzes gem. Art. 59 Abs. 2 GG. Dies bekräftigte jüngst das Bundesverfassungsgericht sogar für die Konstellation des *Treaty override*, also des Überkommens auch völkervertraglicher Verpflichtungen durch späteres einfaches Gesetzesrecht,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 – 2 BvL 1/12.

Daher kann Art. 59 Abs. 2 GG erst recht nicht zur Rechtfertigung der hier in Rede stehenden Grundgesetzverletzungen herangezogen werden.

(4) *Internationale Gerichte*

Der Europäische Gerichtshof (EuGH), der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und der Internationale Gerichtshof (IGH) haben gemeinsam, dass sich die Bundesrepublik Deutschland ihrer Gerichtsbarkeit durch völkerrechtlichen Vertrag unterworfen hat. Insoweit mag man eine Parallele zum „Investitionsgericht“ des CETA erkennen. Doch während die Unterwerfung unter EuGH (a), EGMR (b) und IGH (c) verfassungsrechtlich unproblematisch ist, gilt dies wegen einiger struktureller Unterschiede gerade nicht für das „Investitionsgericht“.

(a) Der EuGH ist – wenn auch in einem anderen Zusammenhang – explizit in Art. 23 GG genannt, dort nämlich in Abs. 1a. Damit kommt zum Ausdruck, dass das Grundgesetz selbst seine Existenz voraussetzt und die durch Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG formulierten Bedingungen für die Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union insoweit als gegeben betrachtet werden. Die Unterwerfung unter den EuGH betrifft deshalb auch nicht

die deutsche Verfassungsidentität und ist wegen des wirksamen Zustimmungsgesetzes zum Lissabon-Vertrag,

dazu nur BVerfGE 123, 267, insb. Rn. 337 f.,

auch kein der Ultra-vires-Kontrolle unterfallender Akt. Als Organ der EU wurden ihm vielmehr wirksam Hoheitsrechte im Einklang mit Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG übertragen. Schon darin unterscheidet er sich signifikant von dem „Investitionsgericht“. Nicht zuletzt deshalb ist der EuGH auch als gesetzlicher Richter i.S.v. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG anerkannt,

dazu nur BVerfGE 126, 286, Rn. 88; näher *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 101, Rn. 14.

Doch sind auch die dem EuGH zugewiesenen Streitgegenstände von fundamental anderer Natur. Entweder handelt es sich nämlich um unionsinterne Streitigkeiten zwischen Organen untereinander bzw. Organen und Mitgliedstaaten (vgl. etwa Art. 259, 263 AEUV) oder um Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV. Letztere können mit Blick auf die Verfahrensparteien – klagende Privatperson, beklagter Staat – durchaus mit Verfahren des „Investitionsgerichts“ vergleichbar sein. Jedoch sind Vorabentscheidungsverfahren in die nationalen Rechtswege eingeflochten und führen gerade keine letztverbindlichen Entscheidungen herbei, wohingegen das „Investitionsgericht“ den nationalen Rechtsweg ausschließt und verbindlich und vollstreckbar urteilt. Eine solch weitreichende, vom nationalen Gerichtssystem völlig entkoppelte Autonomie kommt dem EuGH nicht zu. Auch daher ist der EuGH im Gegensatz zum „Investitionsgericht“ verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

(b) Der EGMR ist ein auf völkervertraglicher Basis, Art. 59 Abs. 2 GG, anerkanntes Organ der EMRK, welches der Konkretisierung und Befolgung der in der Konvention niedergelegten Menschenrechte zu dienen bestimmt ist,

vgl. zum EGMR insgesamt nur *Nußberger*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 209.

Ähnlich wie beim Vorabentscheidungsverfahren des EuGH sind die Parteigestaltungen der Verfahren des EGMR mit jenen des „Investitionsgerichts“ vergleichbar. Beim EGMR geht sogar bei Individualbeschwerden gem. Art. 34 EMRK – ebenso wie beim „Investitionsgericht“ – die Initiative zur Klage regelmäßig von einer Privatperson wegen einer behaupteten Rechtsverletzung durch den Staat aus. Darin erschöpft sich aber bereits die Vergleichbarkeit zwischen diesen beiden Gerichten. Denn eine Individualbeschwerde vor dem EGMR ist nur nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs zulässig, Art. 35 Abs. 1 EMRK. Damit besteht eine notwendige Verbindung zum nationalen Rechtsweg; er ist *conditio sine qua non* für eine Individualbeschwerde und respektiert das nationale Recht, wohingegen das „Investitionsgericht“ es ignoriert (Art. 8.31 Abs. 2 CETA). Dieser fundamentale Unterschied revidiert bereits jede Vergleichbarkeit zwischen EGMR und „Investitionsgericht“, weil ersterer gerade keinen rechtsstaatswidrigen Sonderweg einschlägt und daher verfassungsrechtlich unbedenklich ist.

Überdies haben die Mitgliedstaaten der EMRK die Entscheidungen des EGMR zwar zu befolgen und sich daran zu orientieren,

BVerfGE 111, 307, Rn. 38 f.,

doch entfalten die Urteile des EGMR darüber hinaus keine unmittelbare Durchgriffswirkung in die deutsche Rechtsordnung, denn: „In der Sachfrage erlässt der Gerichtshof ein Feststellungsurteil; mit der Entscheidung steht fest, dass die betroffene Vertragspartei – bezogen auf den konkreten Streitgegenstand – die Konvention gewahrt oder sich zu ihr in Widerspruch gesetzt hat; eine kassatorische Entscheidung, die die angegriffene Maßnahme der Vertragspartei unmittelbar aufheben würde, ergeht hingegen nicht“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 40.



Im Vergleich dazu kann beim „Investitionsgericht“ schon angesichts der weltweiten Vollstreckbarkeit seiner Entscheidungen von bloßen Feststellungsurteilen keine Rede sein. Anders als beim EGMR sind hier eine Durchgriffswirkung wie auch eine deutlich stärker ausgeprägte Beeinträchtigung der deutschen Rechtsordnung zu verzeichnen. Das „Investitionsgericht“ lässt sich auch aus diesem Grund mit dem EGMR keinesfalls strukturell vergleichen.

(c) Der IGH schließlich ist als reines zwischenstaatliches Gericht schon im Ausgangspunkt nicht mit dem „Investitionsgericht“ vergleichbar. Privatpersonen sind schon nicht klageberechtigt, Art. 34 Abs. 1 IGH-Statut. Zudem entfalten seine Entscheidung keine Durchgriffswirkung in die nationale Rechtsordnung, sondern bleiben rein völkerrechtlicher Natur.

***b) Mitwirkung der Europäischen Union an der Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ als Ultra-vires-Akt***

Mit der Ultra-vires-Kontrolle überprüft das Bundesverfassungsgericht, ob Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union die Grenzen des demokratisch legitimierten Integrationsprogramms nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG offensichtlich und in strukturell bedeutsamer Weise überschreiten und dadurch gegen den Grundsatz der Volkssouveränität verstoßen (aa). Die Mitwirkungsakte der Europäischen Union, die zur Unterwerfung der Bundesrepublik Deutschland unter das „Investitionsgericht“ beitragen (bb), erfolgen nach diesen Maßstäben ultra vires im Hinblick auf eine fehlende Vertragsschlusskompetenz (cc) sowie eine kompetenzwidrige Weiterübertragung von Hoheitsrechten (dd), Parallelgerichtsbarkeit (ee) und Auslegungshoheit des Gemischten CETA-Ausschusses (ff). Die damit verbundenen Kompetenzüberschreitungen sind auch offensichtlich und strukturell bedeutsam (gg).

aa) *Ultra-vires-Kontrolle*

Das Bundesverfassungsgericht überprüft in ständiger Rechtsprechung „Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union, deren Rechtmäßigkeitsmaßstab das Unionsrecht ist (vgl. Ingold, AöR 140 <2015>, S. 1 <11 f.>; Schwerdtfeger, EuR 2015, S. 290 <303>) [...] im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle (nur) daraufhin [...], ob sie vom Integrationsprogramm (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG) gedeckt sind und insoweit am Anwendungsvorrang des Unionsrechts teilhaben“,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 146.

Kompetenzüberschreitungen von Stellen der Europäischen Union sind dann rügefähig, wenn sie hinreichend qualifiziert, d.h. „offensichtlich“ und „für die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten von struktureller Bedeutung“ sind,

BVerfG, a.a.O., Rn. 147.

Dabei stellte das Bundesverfassungsgericht jüngst klar: „Da hinreichend qualifizierte Kompetenzüberschreitungen zugleich die Identität der Verfassung berühren [...], stellt die Ultra-vires-Kontrolle einen besonderen, an das Zustimmungsgesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG anknüpfenden Anwendungsfall des allgemeinen Schutzes der Verfassungsidentität durch das Bundesverfassungsgericht dar (vgl. Schneider, AöR 139 <2014>, S. 196 <245 f.>; Morlok, in: Dreier, a.a.O., Art. 38 Rn. 61). Auch wenn sich beide Kontrollvorbehalte auf Art. 79 Abs. 3 GG zurückführen lassen, liegt ihnen ein jeweils unterschiedlicher Prüfungsansatz zugrunde. So überprüft das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle, ob das Handeln der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union von den im Zustimmungsgesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG enthalte-

nen Vorgaben des Integrationsprogramms gedeckt ist oder die Maßnahme aus dem vom parlamentarischen Gesetzgeber vorgegebenen Rahmen ausbricht“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 153.

Anders als bei der Identitätskontrolle ist damit nicht der über Art. 79 Abs. 3 GG gesicherte Verfassungskern Prüfungsmaßstab, sondern der Bereich deutscher Hoheitsrechte, der im Rahmen des über Art. 23 GG gesicherten Integrationsprogramms wirksam auf die Europäische Union übertragen wurde. Dieser spiegelt sich im Zustimmungsgesetz zum Lissabon-Vertrag sowie dem damit transformierten EU-Primärrecht wider. Verfassungswidrig ist die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ daher insoweit, wie sie auf ein Handeln von Stellen der Europäischen Union zurückzuführen ist, das evident außerhalb deren sachlichen Zuständigkeitsbereichs liegt.

*bb) Relevantes Handeln der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union*

Im Zusammenhang mit der Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ ist auf diejenigen Handlungen von Stellen der Europäischen Union abzustellen, die zur Verbindlichkeit des CETA für die Bundesrepublik Deutschland führen. Dies sind namentlich sämtliche damit im Zusammenhang stehende Beschlüsse des Rates der Europäischen Union, sei es zur Vertragsunterzeichnung und zum Vertragsschluss selbst oder sei es zur vorläufigen Anwendung – vgl. insbesondere Art. 218 Abs. 5 und 6 AEUV.

*cc) Fehlende Vertragsabschlusskompetenz*

Die Tatsache, dass das CETA – wenn überhaupt – nur als gemischtes Abkommen abgeschlossen werden darf, ist auch auf die Regelungen zum „Investitionsgericht“ zurückzuführen. Denn dadurch, dass das „Investitionsgericht“ in das Investitions-

schutzkapitel (Kapitel 8) des CETA eingebettet ist, ist seine Zuständigkeit streng an den dem CETA zu Grunde liegenden Investitionsbegriff gekoppelt. In Art. 8.1 CETA wird dieser wie folgt definiert:

„Vermögenswerte jeder Art, die direkt oder indirekt im Eigentum oder unter der Kontrolle eines Investors stehen und die Merkmale einer Investition aufweisen; hierzu gehören eine gewisse Dauer und andere Merkmale wie die Bindung von Kapital oder anderen Ressourcen, die Erwartung von Wertzuwachs oder Gewinn oder die Übernahme von Risiken.“

Im Anschluss folgen zahlreiche Regelbeispiele. Klar wird damit jedenfalls, dass nicht nur ausländische Direktinvestitionen, sondern auch etwa Portfolioinvestitionen Verfahrensgegenstand vor dem „Investitionsgericht“ sein können. Für solch umfassenden Investitionsschutz besteht jedoch keine Kompetenz der Europäischen Union zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge im Rahmen der gemeinsamen Handelspolitik, Art. 207 AEUV, weil diese nur ausländische Direktinvestitionen umfasst,

dazu umfassend und m.w.N. *Mayer*, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, 28. August 2014, S. 10 ff. ([www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen](http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen)).

Überdies folgt eine Vertragsschlusskompetenz der Europäischen Union für den gesamten Investitionsschutz auch nicht aus anderen Primärrechtsquellen, namentlich Art. 3 Abs. 2 AEUV i.V.m. einer Binnenkompetenz,

*Mayer*, a.a.O., S. 12.

Daher ist jedenfalls für den Bereich des „Investitionsgerichts“ eine Ratifikation des CETA in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union erforderlich. Basiert die völkerrechtliche Verbindlichkeit des CETA – und damit auch die Unterwerfung

der Bundesrepublik Deutschland unter das „Investitionsgericht“ – allein auf einem Beschluss des Rates der Europäischen Union, bewegte sich ein solcher klar jenseits des über das Zustimmungsgesetz zum Lissabon-Vertrag erteilten Integrationsauftrags – also *ultra vires*.

*dd) Kompetenzwidrige Weiterübertragung von Hoheitsrechten*

Doch selbst wenn das CETA als gemischtes Abkommen abgeschlossen werden sollte, bedeuteten der oder die mit der Anwendbarkeit des Abkommens verbundenen Ratsbeschlüsse insoweit einen *Ultra-vires*-Akt, als sie damit kompetenzwidrig Hoheitsrechte auf das „Investitionsgericht“ weiterübertragen. Denn eine solche Weiterübertragung verstößt nicht nur aus Sicht des unveränderlichen Verfassungskerns gegen das Grundgesetz – s.o. a) cc) (2) und (3) –, sondern ist zugleich auch nicht aus Sicht des Unionsrechts von dem der EU zugewiesenen Integrationsprogramm umfasst. Denn wie oben näher unter a) cc) (2) (b) dargelegt verfügt die Union nicht über die „Kompetenz-Kompetenz“, ohne eigene primärrechtliche Grundlage ihr von den Mitgliedstaaten zugedachte Hoheitsrechte auf andere zwischenstaatliche Einrichtungen weiterzuübertragen.

*ee) Kompetenzwidrige Parallelgerichtsbarkeit*

Wie bereits oben unter a) dd) (1) dargelegt taugt Art. 23 GG nicht zur verfassungsimmanenten Rechtfertigung dafür, dass die Bundesrepublik Deutschland dem „Investitionsgericht“ unterworfen wird. Im Anschluss daran lässt sich mit Blick auf die *Ultra-vires*-Kontrolle vertiefend festhalten, dass die mit dem „Investitionsgericht“ herbeigeführte Parallelgerichtsbarkeit dem Integrationsprogramm sogar zuwiderläuft. Daher ergeht jeder diesen Umstand fördernde Ratsbeschluss *ultra vires*.

Denn der Union fehlt bereits die Zuständigkeit, parallel zur Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs ein weiteres, dem Unionsgefüge nicht zugehöriges Ge-

richt einzusetzen, welches die Letztentscheidungskompetenz des Europäischen Gerichtshofs über unionsrechtlich determinierte Sachverhalte unterläuft. Genau solch ein Gericht ist aber das „Investitionsgericht“. Dessen Wirken widerspricht dem Grundsatz der Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung, wie er sich aus Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV ergibt. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist es unionsrechtswidrig, durch internationale Abkommen Gerichte einzusetzen, die das Monopol des Europäischen Gerichtshofs für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane in Frage stellen,

EuGH, Gutachten 1/91 v. 14.12.1991 (EWR 1); Gutachten 1/00 v. 18.4.2002 (GELR); Gutachten 1/09 v. 8.3.2011 (Europäisches Patentgericht); Gutachten 2/13 v. 18.12.2014 (Beitritt der EU zur EMRK).

Das insoweit bestehende Justizmonopol des Europäischen Gerichtshofs wird jedoch durch das „Investitionsgericht“ nicht nur in Frage gestellt, sondern für dessen Zuständigkeitsbereich sogar außer Kraft gesetzt. Das „Investitionsgericht“ wird regelmäßig darüber mitzuentcheiden haben, ob ein bestimmter Sekundärrechtsakt gegen einzelne Investitionsschutzklauseln des CETA verstößt. Dazu hat es die ausdrückliche und (nach alleiniger Wahl des Investors) ausschließliche Kompetenz, Art. 8.22 Abs. 1 lit. f und g CETA. Das „Investitionsgericht“ ist zwar nicht befugt, einen Sekundärrechtsakt für nichtig zu erklären, sondern kann nur Schadensersatz zusprechen, Art. 8.39 CETA. Es kann jedoch jeden Unionsrechtsakt als haftungsauslösende, vertragswidrige „Tatsache“ würdigen, Art. 8.31 Abs. 2 CETA. Dies führt zwangsläufig zu einer Kollision mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wenn dieser zuvor die Rechtmäßigkeit desselben Sekundärrechtsakts bestätigt hat,

vgl. *Herrmann*, The Role of the Court of the European Union in the Emerging EU Investment Policy, *The Journal of World Investment & Trade* 15 (2014), S. 570 ff.; *Burgstaller*, Dispute Settlement in EU International Investment Ag-

reements with Third States, *The Journal of World Investment & Trade* 15 (2014), S. 551 (569); *Hindelang*, Der primärrechtliche Rahmen einer EU-Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU-Abkommen, in: *Bungenberg/Herrmann*, Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 2011, S. 157 (177 f.).

Der Grundsatz der Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung ist in der Ausgestaltung des „Investitionsgerichts“ und den ihm zu Grunde liegenden Regelungen durch CETA evident verletzt.

*ff) Kompetenzwidrige Auslegungshoheit des Gemischten CETA-Ausschusses*

Wie bereits oben unter a) bb) (2) näher ausgeführt hat der Gemischte CETA-Ausschuss über Art. 26.1 Abs. 5 lit. e und Art. 26.3 CETA die Befugnis, „Auslegungen der Bestimmungen dieses Abkommens vor(zu)nehmen, die für die nach Kapitel acht Abschnitt F (Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und Staaten) und nach Kapitel neunundzwanzig (Streitbeilegung) errichteten Gerichte bindend sind“, wobei die „Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses [...] für die Vertragsparteien – vorbehaltlich der Erfüllung etwaiger interner Anforderungen und des Abschlusses etwaiger interner Verfahren – bindend und von ihnen umzusetzen“ sind. Damit wird der Gemischte CETA-Ausschuss dem „Investitionsgericht“ sogar formell übergeordnet und kann auf diese Weise die ohnehin zu konstatierende Kompetenzwidrigkeit der Letztentscheidungsbefugnis des „Investitionsgerichts“ noch vertiefen. Der Gemischte CETA-Ausschuss wird nämlich in die Lage versetzt, zumindest indirekt auch über unionsrechtlich determinierte Sachverhalte eine endgültige und verbindliche Entscheidung herbeizuführen. Dies läuft auf die Befugnis hinaus, im Ergebnis über die Vertragskonformität des gesamten Unionsrechts befinden zu können. Damit wird nicht nur die ohnehin verletzte ausschließliche Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs nach Art. 19

Abs. 1 Satz 2 EUV konterkariert, sondern auch das Integrationsprogramm als solches in Frage gestellt. Daher ist jeder Ratsbeschluss, der diesen Zustand herbeiführt, evident ultra vires.

gg) *Offensichtliche und strukturell bedeutsame Verletzungen*

Ein Ultra-vires-Akt ist offensichtlich, „wenn sich die Kompetenz – bei Anwendung allgemeiner methodischer Standards [...] – unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt begründen lässt (vgl. BVerfGE 126, 286 <308>; siehe auch Pötters/Traut, EuR 2011, S. 580 <587>; Wendel, ZaöRV 2014, S. 615 <631 f.>; Klement, JZ 2015, S. 754 <756 f.>)“,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 149.

Eine strukturell bedeutsame Verletzung zu Lasten mitgliedstaatlicher Kompetenzen folgt daraus, „wenn die Kompetenzüberschreitung ein für das Demokratieprinzip und die Volkssouveränität erhebliches Gewicht besitzt. Das ist etwa der Fall, wenn sie geeignet ist, die kompetenziellen Grundlagen der Europäischen Union zu verschieben (vgl. Wischmeyer, AöR 140 <2015>, S. 415 <456 f.>) und so das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zu unterlaufen. Davon ist auszugehen, wenn die Inanspruchnahme der Kompetenz durch das Organ, die Einrichtung oder sonstige Stelle der Europäischen Union eine Vertragsänderung nach Art. 48 EUV oder die Inanspruchnahme einer Evolutivklausel erforderte (vgl. EuGH, Gutachten 2/94 vom 28. März 1996, EMRK-Beitritt, Slg. 1996, I- 1759, Rn. 30), für Deutschland also ein Tätigwerden des Gesetzgebers, sei es nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG, sei es nach Maßgabe des Integrationsverantwortungsgesetzes (vgl. schon dazu Art. 235 EWGV a.F.; BVerfGE 89, 155 <210>; Gött, EuR 2014, S. 514 <525>)“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 151.



Nach diesen Maßgaben führt jeder die Anwendung des CETA fördernde Ratsbeschluss zu einer offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Verletzung. Dass sich eine Unionskompetenz im Zusammenhang mit den soeben beschriebenen Anknüpfungspunkten unter keinen Gesichtspunkten erkennen lässt, wurde dort bereits erörtert. Überdies können sämtliche der beschriebenen Folgen allenfalls dann rechtmäßig eintreten, wenn der Gesetzgeber entsprechend tätig wird. So wäre es zu dem unter cc) beschriebenen Komplex möglich, der Europäischen Union die Vertragsschlusskompetenz für den gesamten Bereich des Investitionsschutzrechts zuzuschreiben – allerdings nur über ein Gesetz nach Maßgabe von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG. Entsprechendes gilt auch für die unter dd) bis ff) erörterten Gesichtspunkte, wenn dadurch zugleich das EU-Primärrecht signifikant angepasst würde. Dass zugleich allerdings dadurch die Verletzung des unveränderlichen Grundgesetzkerns nicht ausgeräumt würde – vgl. o. zu a) bb) –, ist für die Ultra-vires-Kontrolle nicht von Bedeutung. Im Gegenteil lässt sich aus diesem Umstand erst recht schließen, dass es sich um offensichtliche und strukturell bedeutsame Verletzungen handelt.

**c) *Rechtsfolge: Anspruch auf negatives Abstimmungsverhalten des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union***

Aus dem Befund, dass sich aus der Bindungswirkung eines völkerrechtlichen Vertrages – hier des CETA – verschiedene Verletzungen der Verfassungsidentität sowie des Integrationsprogramms ergeben, verpflichtet die maßgeblichen Verfassungsorgane zum Einschreiten gegen die Bindungswirkung. Grundsätzlich vermittelt die subjektiv-rechtliche Seite der festgestellten Verletzungen – das „Recht auf Demokratie“ – lediglich einen Anspruch auf Schutz gegen die genannten Verletzungen (aa). Dieser verdichtet sich in diesem Fall aber auf eine konkrete Pflicht der Bundesregierung, aktiv gegen das Eintreten der Bindungswirkung des CETA für die Bundesrepublik Deutschland einzuschreiten, die einzig durch ein negatives Ab-

stimmungsverhalten des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union erfüllt werden kann (bb).

aa) *Anspruch auf Schutz gegen die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“*

Das im jüngsten OMT-Urteil des Bundesverfassungsgerichts erstmals so bezeichnete und aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG abgeleitete „Recht auf Demokratie“ (teils auch „Anspruch auf Demokratie“),

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 133, 147, 166, 185,

führt im konkreten Fall zu einem Anspruch auf Schutz gegen die Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“. Denn die Verfassungsorgane „haben über die Einhaltung des Integrationsprogramms zu wachen und bei Identitätsverletzungen ebenso wie bei offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen außerhalb des gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG integrationsfesten Bereichs aktiv auf seine Befolgung und die Beachtung seiner Grenzen hinzuwirken (BVerfGE 134, 366 <395 Rn. 49>; Gött, EuR 2014, S. 514 <522 ff.>; Wollenschläger, a.a.O., Art. 23 Rn. 175). In Ansehung solcher Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union haben sie sich daher aktiv mit der Frage auseinanderzusetzen, wie die Identität gewahrt oder die Kompetenzordnung wiederhergestellt werden kann, und eine positive Entscheidung darüber herbeizuführen, welche Wege dafür beschritten werden sollen (BVerfGE 134, 366 <397 Rn. 53>“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 167.

Als Konsequenz aus den über die Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle rügefähigen Grundgesetzverletzungen ergibt sich somit eine Handlungspflicht. Es stellt sich daher nicht mehr die Frage, ob die betroffenen Verfassungsorgane – d.h. wie hier im Falle des auswärtigen Handelns: die Bundesregierung – zum Einschreiten ver-

pflichtet sind. Sie sind es ohne Vorbehalt. Jedoch dürfen sie „grundsätzlich in eigener Verantwortung entscheiden, wie sie die ihnen obliegenden Schutzpflichten erfüllen (zu Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG BVerfGE 96, 56 <64>; zu Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG BVerfGE 66, 39 <61>; 77, 170 <214>; 79, 174 <202>; 85, 191 <212>; zu Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG BVerfGE 125, 39 <78>; zu Art. 12 Abs. 1 GG BVerfGE 92, 26 <47>). Dabei kommt ihnen ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (BVerfGE 125, 39 <78>)“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 169.

Dabei ist jedoch wiederum die Zielrichtung des Handelns vorgegeben: „Für die – der Sicherung von Demokratie und Volkssouveränität dienende – Integrationsverantwortung bedeutet dies, dass die Verfassungsorgane im Falle offensichtlicher und strukturell bedeutsamer Kompetenzüberschreitungen und sonstiger Verletzungen der Verfassungsidentität durch Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union aktiv auf die Einhaltung des Integrationsprogramms hinzuwirken haben“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 170.

#### *bb) Konkrete Pflicht zur Verhinderung der Bindungswirkung des CETA*

Diese allgemeine Hinwirkungspflicht kann jedoch zu einer konkreten Pflicht gerichtet auf ein bestimmtes Verhalten erstarken, wenn der mit dem „Recht auf Demokratie“ verbundene Anspruch auf Verhinderung bzw. Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes nur auf eine denklogisch mögliche Art erfüllt werden kann,

so auch ausdrücklich BVerfG, a.a.O., Rn. 172.

Dies ergibt sich schon daraus, dass die Verfassungsorgane verpflichtet sind, „im Rahmen ihrer Kompetenzen mit rechtlichen oder politischen Mitteln auf die Auf-

hebung der vom Integrationsprogramm nicht gedeckten Maßnahmen hinzuwirken sowie – solange die Maßnahmen fortwirken – geeignete Vorkehrungen dafür zu treffen, dass die innerstaatlichen Auswirkungen der Maßnahmen so weit wie möglich begrenzt bleiben (vgl. BVerfGE 134, 366 <395 f. Rn. 49>). Insoweit sind geeignete Möglichkeiten zu ergreifen, um die Wahrung des Integrationsprogramms sicherzustellen (vgl. BVerfGE 123, 267 <353, 364 f., 389 f., 391 f., 413 f., 419 f.>; 134, 366 <395 f. Rn. 49, 397 Rn. 53>)“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 170.

Denn wenn es nur eine Möglichkeit gibt, die formulierten Anspruchsziele effektiv sicherzustellen, muss diese auch ergriffen werden. Die in Frage kommenden Maßnahmen hat das Bundesverfassungsgericht bereits im OMT-Urteil in Aussicht gestellt: „Dazu zählen mit Blick auf die Bundesregierung insbesondere eine Klage vor dem Gerichtshof der Europäischen Union (Art. 263 Abs. 1 AEUV), die Beanstandung der fraglichen Maßnahme gegenüber den handelnden und den sie kontrollierenden Stellen, das Stimmverhalten in den Entscheidungsgremien der Europäischen Union einschließlich der Ausübung von Vetorechten und der Berufung auf den Luxemburger Kompromiss (vgl. Streinz, Die Luxemburger Vereinbarung, 1984), Vorstöße zu Vertragsänderungen (vgl. Art. 48 Abs. 2, 50 EUV) sowie Weisungen an nachgeordnete Stellen, die in Rede stehende Maßnahme nicht anzuwenden“,

BVerfG, a.a.O., Rn. 171.

Für die in Rede stehende Verhinderung der Unterwerfung unter das „Investitionsgericht“ bedeutet dies: *Conditio sine qua non* ist die durch das CETA vermittelte Bindungswirkung für die Bundesrepublik Deutschland. Daher muss jede Art der Bindungswirkung – sei es durch vorläufige Anwendung, sei es durch endgültigen Vertragsschluss – effektiv verhindert werden. Dazu imstande ist allein die Bundesregierung, weil sie einen Vertreter in den Rat der Europäischen Union (Art. 16 EUV) – dem entscheidenden beschlussfassenden Organ, Art. 218 AEUV – entsendet. Die-

ser Vertreter kann durch eine ablehnende Stimmabgabe in jeder Phase der Beschlussfassung über das CETA verhindern, dass die einen verfassungswidrigen Zustand erzeugende Bindungswirkung eintritt, weil die Beschlüsse über das CETA nur einstimmig ergehen können,

zum Ganzen *Schiffbauer*, Mehrheitserfordernisse für Abstimmungen im Rat über TTIP, CETA & Co., EuZW 2016, S. 252.

Folglich ist die negative Stimmabgabe des deutschen Ratsvertreters die einzige Möglichkeit, die Bindungswirkung des CETA effektiv zu verhindern. Deshalb verdichtet sich der „Anspruch auf Demokratie“ auf dieses Handeln.

## **2. Der Gemischte CETA-Ausschuss**

Der Gemischte CETA-Ausschuss bietet ebenfalls Anlass zu verfassungsrechtlich begründeten Rügen auf Grundlage der Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle. Zum einen verletzt die Ausübung von Hoheitsgewalt durch den Gemischten CETA-Ausschuss die Identität des Grundgesetzes (a), zum anderen beruht dessen offene institutionelle Struktur auf einem Ultra-vires-Akt (b). Dies führt gleichermaßen zu den soeben unter 1. c) dargelegten Rechtsfolgen.

### ***a) Ausübung von Hoheitsgewalt als Verletzung der Verfassungsidentität***

Das Grundgesetz lässt die Übertragung von Hoheitsrechten nur unter bestimmten Voraussetzungen zu. Es geht – neben dem übergeordneten Ziel der Verwirklichung eines vereinten Europas gem. Art. 23 Abs. 1 GG – um das Anliegen, Deutschland in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einzugliedern (Art. 24 Abs. 2 GG), Deutschlands Eingliederung in zwischenstaatliche Einrichtungen zu ermöglichen (Art. 24 Abs. 1 GG, Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG), die Unterwerfung unter eine obligatorische internationale Gerichtsbarkeit vorzubereiten (Art. 24 Abs. 3 GG). In allen diesen Konstellationen geht es um die Ausübung von Hoheitsrechten, und

darunter sind Maßnahmen zu verstehen, die in den staatlichen Herrschaftsbereich durchgreifen,

*Streinz*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 24, Rn. 13; näher und weitere Nachweise bereits o. 1. a) cc) (2).

In anderen Konstellationen lässt das Grundgesetz eine Übertragung von Hoheitsrechten nicht zu. Wohl aber ist zulässig, dass Vertragsorgane verbindliche Beschlüsse ohne Durchgriffswirkung an die Bundesrepublik Deutschland als Vertragspartei adressieren dürfen (wie dies beispielsweise im System der WTO oder des IWF der Fall ist). Die Grundlage für diese Form einer Unterwerfung unter externe Willensmacht liegt formal gesehen in dem jeweiligen Zustimmungsgesetz (Art. 59 Abs. 2 GG). Inhaltlich aber ist Voraussetzung, dass die Bundesrepublik als Vertragspartei in ausreichendem Maße auf die interne Willensbildung in den Vertragsorganen Einfluss nehmen kann. Ein Zustimmungsgesetz, das sich künftigen bindenden Beschlüssen von Vertragsorganen unterwirft, ohne dass die Möglichkeit besteht, auf die Vertragsorgane einzuwirken oder in ihnen mitzuwirken, würde gegen das in Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG verankerte Demokratieprinzip verstoßen. Es liefe auf eine demokratisch nicht rückgekoppelte Entäußerung von parlamentarischer Gestaltungsmacht hinaus, die unter der Geltung des Grundgesetzes nicht zulässig wäre. Dementsprechend ist auch kein völkerrechtlicher Vertrag bekannt, auf dessen Grundlage Vertragsorgane Umsetzungsverpflichtungen für die Bundesrepublik begründen könnten, ohne dass diese die Möglichkeit besäße, auf die Zusammensetzung der Vertragsorgane Einfluss zu nehmen oder in ihnen mitzuwirken.

Der Treaty-Override-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts sollte in diesem Zusammenhang nicht dahin missverstanden werden, dass die verfassungsrechtlichen Bindungen, denen jedes Zustimmungsgesetz i.S.d. Art. 59 Abs. 2 GG unterliegt, gelockert wären, weil es der Gesetzgeber jederzeit in der Hand habe, durch einen Aufhebungsakt zu einem verfassungsgemäßen Zustand zurückzukehren. Das Ge-

richt hat in der Entscheidung zu Recht die Reichweite des Demokratieprinzips hervorgehoben, das es dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich erlaubt, ein Zustimmungsgesetz auch dann aufzuheben, wenn dadurch im Außenverhältnis eine Völkerrechtsverletzung herbeigeführt wird,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 – 2 BvL 1/12, Rn. 49 ff., 60 ff.

Dies bedeutet aber nicht, dass Zustimmungsgesetze nicht denselben verfassungsrechtlichen Vorgaben unterliegen wie andere Gesetze auch.

Vor diesem Hintergrund führen die Rechtsakte, die dem CETA Bindungswirkung für die Bundesrepublik Deutschland verleihen – sei es ein Zustimmungsgesetz, sei es ein Beschluss des Ministerrats – zu einer signifikanten Verletzung des Demokratieprinzips und damit der Identität des Grundgesetzes. Denn obwohl das CETA dem Gemischten CETA-Ausschuss weitreichende organisatorische Entscheidungsbefugnisse zuweist (aa), fasst er seine Beschlüsse ohne Beteiligung von Organen der Vertragsstaaten (bb) und ist dafür nicht demokratisch legitimiert (cc).

#### *aa) Organisatorische und inhaltliche Entscheidungsbefugnisse*

Die generellen organisatorischen Befugnisse des Gemischten CETA-Ausschusses führt Art. 26.1 CETA auf. Nach dessen Abs. 3 ist der Ausschuss insgesamt zuständig für die Anwendung und Durchführung des Vertrages. Er beaufsichtigt die Sonderausschüsse, er kann (seine) Befugnisse auf die Sonderausschüsse übertragen (Art. 26.1 Abs. 5 lit. a CETA), er kann deren Zuständigkeiten ändern, Sonderausschüsse auflösen und neue einrichten (Art. 26.1 Abs. 5 lit. g und h CETA).

Der Gemischte CETA-Ausschuss wird an mehreren Stellen des Abkommens dazu ermächtigt, Verfahrensvorschriften zu erlassen und organisatorische Veränderungen des Vertrags vorzunehmen. Im TBT-Kapitel kann der Ausschuss z.B. zur Unterstützung der Vertragsparteien Ad-hoc-Arbeitsgruppen einrichten (Art. 4.7 Abs. 2

CETA). Im Kapitel 25 CETA – „Bilateraler Dialog und Zusammenarbeit“ – kann der Ausschuss Dialoge über regulatorische Maßnahmen der Vertragsparteien initiieren, die dann auch verpflichtend stattfinden müssen (Art. 25.1 Abs. 2 CETA).

Der Gemischte CETA-Ausschuss ist als maßgebliches Beschlussorgan in die Organisation und Prozessrechtsordnung des „Investitionsgerichts“ eingebunden. Er nominiert Richter aus und kann deren Zahl erhöhen oder senken (Art. 8.27 Abs. 2 CETA). Er bestimmt den Präsidenten und den Vizepräsidenten des „Investitionsgerichts“ (Art. 8.27 Abs. 8 CETA). Er regelt die Höhe der regelmäßigen Bezahlung der Richter und deren Modalitäten (Art. 8.27 Abs. 12 u. 15 CETA). Das Gleiche gilt für die Berufungsinstanz (Art. 8.28 Abs. 3 CETA). Der Ausschuss soll der Berufungsinstanz eine Verfahrensordnung geben (Art. 8.28 Abs. 7) und wird generell ermächtigt, alle Maßnahmen zu ergreifen, die er für notwendig hält, um das Funktionieren der Berufungsinstanz sicherzustellen (Art. 8.28 Abs. 7 lit. g CETA). Der Ausschuss beschließt über die Abberufung von Richtern (Art. 8.30 CETA). Er kann nach seinem Gutdünken die Gerichtskosten für Kläger reduzieren und damit zu einer Erhöhung der Fallzahlen, die in die Investitionsgerichtsbarkeit kommen, beitragen (Art. 8.39 CETA).

Der Gemischte CETA-Ausschuss hat zahlreiche inhaltliche Befugnisse und kann den Vertrag in mehreren Punkten verändern. Generell kann er Anhänge und Protokolle des CETA ändern (Art. 30.2 Abs. 2 CETA). Diese allgemeinen Änderungsbefugnisse werden sektorspezifisch in den einzelnen Vertragskapiteln konkretisiert. So kann er Befreiungstatbestände bei Einfuhrzöllen beschließen, die die entsprechenden Annex-Regelungen verdrängen (Art. 2.3 Abs. 5 CETA). Er kann nach Art. 8.1 CETA das Investitionsschutzkapitel um bislang nicht erfasste Kategorien des geistigen Eigentums ergänzen und diese unter den Schutz des Vertrages stellen. Gleichzeitig kann der Ausschuss im Annex 20-A die geschützten Herkunftsbezeichnungen erweitern oder streichen. Nach Art. 8.10 Abs. 3 und Art. 8.31 Abs. 3 CETA kann der Gemischte CETA-Ausschuss über verbindliche Auslegungen der



Schutzstandards und die sonstige authentische Interpretation des Investitionsschutzkapitels beschließen. Er kann ferner Ergänzungen im Kapitel 23 „Handel und Arbeit“ vornehmen.

Die Fülle und das inhaltliche Gewicht dieser Beschlusszuständigkeiten machen es grundsätzlich erforderlich, an die demokratische Legitimation des Gemischten CETA-Ausschusses hohe Anforderungen zu stellen.

*bb) Beschlussfassung des Gemischten CETA-Ausschusses*

Völkerrechtlich verbindliche Entscheidungen der Vertragsgremien – egal ob inhaltlich oder organisatorisch, insbesondere des Gemischten CETA-Ausschusses – werden in der Regel im gegenseitigen Einvernehmen der Gremienvertreter getroffen (Art. 26.3 Abs. 3 CETA). Für die Änderung von Protokollen und Annexen durch den Gemischten CETA-Ausschuss ist dabei ein nationales Legitimierungsverfahren nicht zwingend vorgeschrieben (Art. 30.2 Abs. 2 S. 1 u. 2 CETA). Hier „können“ die Parteien in Übereinstimmung mit ihren nationalen Verfahren die Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses genehmigen, müssen dies aber offensichtlich nicht. Systematisch spricht für diese mit dem Wortlaut übereinstimmende Auslegung, dass an anderen Stellen des Vertrages die Fälle ausdrücklich geregelt sind, die eine bindende Entscheidung eines Ausschusses an die wirksame interne Zustimmung der Vertragsparteien zwingend koppelt (z.B. Art. 11.3 Abs. 6 CETA),

*Stoll/Holterbus/Gött, Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) – Regulatorische Zusammenarbeit und Investitionsschutz und ihre Bedeutung für den Umweltschutz, Rechtsgutachten im Auftrag des Sachverständigenrats für Umweltfragen, August 2015, S. 15 f. ([http://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/03\\_Materialien/2012\\_2016/2016\\_03\\_MzU\\_47\\_TTIP.pdf](http://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/03_Materialien/2012_2016/2016_03_MzU_47_TTIP.pdf));*

*dies., Die geplante Regulierungszusammenarbeit zwischen der EU und Kanada*

sowie den USA nach den Entwürfen von CETA und TTIP, Rechtsgutachten im Auftrag der Arbeiterkammer Wien, Juni 2015, S. 8 ff ([www.fair-handeln-statt-ttip.eu/kontext/controllers/document.php/58.2/.../1d12d3.pdf](http://www.fair-handeln-statt-ttip.eu/kontext/controllers/document.php/58.2/.../1d12d3.pdf)).

Einige Vertragsbestimmungen enthalten eine Entscheidungsbefugnis des Gemischten CETA-Ausschusses, ohne dass in den speziellen Kapiteln auf ein nationales Verfahren oder die Zustimmung der Vertragsstaaten hingewiesen wird, z.B. Art. 20.22 CETA und die Herkunftsbezeichnungen in Annex 20-A CETA. Inwieweit hier im Rahmen einer „Lückenfüllung“ auf die generellen Normen des Kapitels 26 und der Schlussbestimmungen in Kapitel 30 zurückgegriffen werden kann, ist unklar. Dies dürfte aber eher ausgeschlossen sein, weil andere Vertragsnormen über die Entscheidungsbefugnisse des Gemischten CETA-Ausschusses auf das Kapitel über die Schlussbestimmungen und das Beteiligungsverfahren der Vertragsparteien direkt Bezug nehmen, vgl. Art. 23.11 Abs. 5 CETA. Zum Teil adressieren sie das Erfordernis der Genehmigung durch die Vertragsparteien in der speziellen Norm selbst. (z.B. Art. 11.3 Abs. 6 CETA für den MRA-Ausschuss).

### *cc) Fehlende demokratische Legitimation*

Dass deutsche Vertreter in dem höchsten Vertragsorgan des CETA – dem Gemischten CETA-Ausschuss – nicht vertreten sind, und dass dieser Ausschuss gleichwohl mit weitreichenden Beschlusszuständigkeiten ausgestattet ist, ist vor dem Hintergrund der geschilderten verfassungsrechtlichen Zusammenhänge nicht tragfähig. Mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes stimmt es nicht überein, dass dieser Ausschuss ohne personelle demokratische Legitimation und ohne sachliche demokratische Legitimation verbindliche Beschlüsse fassen darf, die von der Bundesrepublik umzusetzen sind (Art. 26.3 Abs. 2 Satz 1 CETA).

Die fehlende personelle demokratische Legitimation wird durch das Beschlussverfahren im Rat, der die Standpunkte der Kommission für den Gemeinsamen CETA-Ausschuss festlegt, nicht ausgeglichen. Der Rat beschließt grundsätzlich mit qualifi-

zierter Mehrheit. Standpunkte können gegen den Willen des deutschen Vertreters im Rat beschlossen werden. Das Demokratiedefizit wird potenziert, wenn der Gemischte CETA-Ausschuss in Sachbereichen Entscheidungen trifft, die – wie die Tätigkeit des Ausschusses im Investitionsschutzkapitel – dem Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten zuzuordnen sind.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss die Ausübung von Hoheitsgewalt durch Organe der EU doppelgleisig legitimiert sein. Zum einen durch die Rückkoppelung der nationalen Regierungsvertreter im Ministerrat und sodann durch das Europäische Parlament, über das die nationalen Wahlbürger Teilhabemöglichkeiten auf europäischer Ebene haben. Insbesondere dann, wenn Mehrheitsentscheidungen des Rates aus Art. 218 AEUV das Legitimationsniveau von Maßnahmen der europäischen öffentlichen Gewalt in der Perspektive des Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG für die Bundesrepublik absenken, müssen diese Maßnahmen durch andere Legitimationsstränge auf unionaler Ebene gestützt werden. Inwieweit die gebrochene nationalstaatliche Legitimation durch Legitimierungsmechanismen personeller Art auf der europäischen Ebene kompensiert wird, hängt aber von der Ausgestaltung der dortigen Organe, der Verfahren und der Regelungsdichte der einschlägigen Normen ab,

BVerfGE 89, 155 (182); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 131.

Den Mehrbedarf an demokratischer Eigenlegitimation befriedigt grundsätzlich die umfassendere Beteiligung des Europäischen Parlaments an der Setzung von unionalen Rechtsakten. Nach Art. 218 Abs. 6 AEUV ist der Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch die EU von der Zustimmung des Europäischen Parlaments abhängig. Einer jeweils weiteren Zustimmung des Europäischen Parlaments zu einzelnen vertragsändernden Maßnahmen bedarf es aber nicht. Art. 218 Abs. 10 AEUV sieht für diese Fälle lediglich eine Informationspflicht vor. Der Rat allein beschließt die Standpunkte,

*Weiß*, Verfassungsanforderungen und Integrationsverantwortung bei beschließenden Vertragsorganen in Freihandelsabkommen, EuZW 2016, S. 286 (288).

Die demokratische Legitimation unionalen Handelns zur Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge ist damit *per se* defizitär, da das Europäische Parlament durch das Primärrecht nicht in die Entscheidungsfindung eingebunden ist.

In seiner Entscheidung zum ESM-Vertrag hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich betont, dass der erforderliche Legitimationszusammenhang in die innerstaatliche Demokratie erst dann hergestellt ist, wenn Beschlüsse von Gremien eines völkerrechtlichen Vertrages nicht gegen die Stimme des deutschen Vertreters getroffen werden können,

BVerfGE 135, 317, Rn. 191.

Dies ist im Gemischten CETA-Ausschuss nicht gewährleistet. Ein Mitgliedstaat kann europäischen Rechtsakten unterworfen werden, die seine demokratischen Repräsentanten ausdrücklich abgelehnt haben. Hier ist der Strang der staatlich vermittelten Legitimationskette durchbrochen.

Völkerrechtliche Bindungen der Bundesrepublik Deutschland müssen demokratisch verantwortet werden. Das Volk muss wissen, wen es für politische Entscheidungen verantwortlich machen kann, um von seinem Wahlrecht vernünftig Gebrauch machen zu können. In seiner Rechtsprechung zu der Frage, welche Staatsorgane an völkerrechtlich verbindlichen Vertragsentwicklungen wie beteiligt sein müssen, damit dieser Verantwortungszusammenhang hergestellt ist, geht das Bundesverfassungsgericht von dem Normalfall aus, dass ein Mitglied der Bundesregierung oder zumindest ein weisungsgebundener Repräsentant als Vertreter der Bundesrepublik Deutschland in dem entscheidenden Gremium der supranationalen bzw. internationalen Organisation oder zwischenstaatlichen Einrichtung vertreten ist und an den bindenden Entscheidungen direkt mitwirkt, um das – wegen der fehlenden weiteren Einbindung des Parlaments – sachlich-inhaltlich abfallende Le-

gitimationsniveau völkerrechtlich verbindlicher Entscheidungen auszugleichen. Denn auf diese Weise wird dann die Regierung in dem Gremium in die Lage versetzt, Verantwortung gegenüber dem Parlament und dem Volk zu übernehmen,

BVerfGE 9, 268 (281 f.); 93, 37 (67); 130, 76 (124); 135, 317, Rn. 191: Der notwendige Legitimationszusammenhang wird dadurch hergestellt, dass Beschlüsse der Organe des Stabilitätsmechanismus nicht gegen die Stimme des deutschen Vertreters beschlossen werden können.

In seiner Entscheidung zum NATO-Vertrag spricht das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich davon, dass die punktuelle Zustimmung des Parlaments zum Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages, der auf Integration angelegt ist, die Regierung ermächtigt, in den Organen des Vertrages an der völkerrechtlich verbindlichen Fortentwicklung des Vertrages mitzuwirken, ohne dass es jeweils einer förmlichen Vertragsänderung unter parlamentarischer Beteiligung bedürfte,

BVerfGE 104, 151, Rn. 177 ff.

Gleiches gilt für den europäischen Stabilitätsmechanismus,

BVerfGE 135, 317, Rn. 183, 191.

Da die Bundesregierung allerdings nicht in den entscheidenden Vertragsorganen des CETA vertreten ist, versagt dieser Kontrollmechanismus.

Das Bundesverfassungsgericht trägt die defizitäre sachlich-inhaltliche Steuerung außenpolitischer Entscheidungen der Bundesregierung durch das Parlament u.a. auch deswegen mit, weil dem Bundestag über sein verfassungsrechtliches Verhältnis zur Bundesregierung andere Steuerungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Der Deutsche Bundestag steht einer durch rechtserhebliches Handeln der Exekutivvertreter zu besorgenden schleichenden Inhaltsveränderung eines völkerrechtlichen Vertrages deshalb nicht schutzlos gegenüber, weil die Bundesregierung von seinem Vertrauen abhängig ist. Das nationale Parlament hat ein Arsenal an Kon-

trollrechten, wie z.B. die Anfragen an die Regierung oder die Möglichkeit eines Organstreits. Letztlich können diese Kontrollrechte auf der höchsten Eskalationsstufe in ein Misstrauensvotum gegen den Bundeskanzler münden. Diese rechtlichen Druckmittel reichen dem Bundesverfassungsgericht zufolge im Bereich des auswärtigen Handelns aus, um ein Ausbrechen der Exekutive aus den nur anfänglich verschriftlichten Vorgaben des Parlaments wirkungsvoll zu unterbinden,

BVerfGE 104, 151, Rn. 149 f.

Diese Mechanismen versagen jedoch beim CETA vollständig. Die Kontrollinstrumente des Parlaments erstrecken sich zwar auf den Vertreter der Bundesregierung im Ministerrat. Doch kann der Rat gegen den Vertreter der Bundesrepublik Deutschland seine Standpunkte festlegen. An den völkerrechtlich auch für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen Entscheidungen der Vertragsgremien wirkt unter Umständen, nämlich im Fall der Überstimmung des deutschen Ratsvertreters, ein dem Parlament verantwortlicher Amtsträger nicht einmal mittelbar mit. Wird der deutsche Vertreter im Ministerrat überstimmt und fällen die Vertragsorgane damit eine Entscheidung, der ein deutscher Vertreter inhaltlich nicht zugestimmt hat, kann für die bindenden Entscheidungen der Vertragsgremien kein Verantwortungszusammenhang mehr hergestellt werden, der parlamentarisch – oder vom Wahlvolk – sanktioniert werden könnte – weder über den Bundestag noch über das Europäische Parlament. Nationale Verfassungsorgane sind damit nicht in der Lage, im Gemischten CETA-Ausschuss oder im Ministerrat die Sachverantwortung gegenüber dem Parlament und dem Volk zu übernehmen,

vgl. BVerfGE 93, 37 (66 f.); 107, 59 (87 f.).

Hinzu kommt in erschwerender Weise Folgendes: Das CETA ist ein gemischtes Abkommen, da es Sachbereiche umfasst, auf denen eine ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten besteht. Die Europäische Union und ihre Organe haben in diesen Sachbereichen keine Entscheidungsbefugnisse. Die Bundesrepublik Deutschland wird, mangels anderslautender Vertragsregeln, auch auf diesen Gebie-

ten ausschließlich von der Kommission vertreten. Das entspricht dem geschlossenen Auftreten der EU nach außen,

EuGH, Urteil vom 20. April 2010 – C-246/07, Rn. 73 m.w.N.

Gerade im Investitionsschutzkapitel und bei den Regelungen zum „Investitionsgericht“ bestehen ausschließliche Kompetenzen der Mitgliedstaaten. Die Einrichtung von Rechtsprechungsgewalt gehört grundsätzlich nicht in den Kompetenzbereich der EU. Die Zuständigkeit für die Rechtspflege gehört zu den Sachbereichen, die im föderalen Verband der EU grundsätzlich den Mitgliedstaaten zugeordnet ist,

BVerfGE 123, 267, Rn. 368.

Konkret ist im Zusammenhang mit dem CETA-Investitionsschutz durch Rechtsprechung zum einen das Problem der Portfolioinvestitionen zu nennen. Portfolioinvestitionen fallen nicht unter die EU-Kompetenz für die Handelspolitik oder den Begriff der Direktinvestitionen aus Art. 207 Abs. 1 AEUV, Art. 64 Abs. 2 AEUV,

s. bereits die Nachweise o. 1. b) cc).

Zudem enthält Kapitel 8 CETA Regelungen, die die Eigentumsordnung und die schiedsgerichtliche Rügefähigkeit staatlicher Regulierungsmaßnahmen betreffen, die in die ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten fallen.

Nach Art. 345 AEUV lassen die unionsrechtlichen Verträge die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten unberührt. Die Europäische Union hat damit keine (ausschließliche) Kompetenz, enteignungsrechtliche Investitionsstandards zu regeln und den enteignungsrechtlichen Rechtsschutz der Mitgliedstaaten auszuhebeln. Art. 206 AEUV erfasst lediglich eine Liberalisierung von Direktinvestitionen. Die EU kann sich nicht auf *implied powers* zur Regelung von Streitbeilegungsmechanismen zwischen Investoren und Mitgliedstaaten auf dem Gebiet ihrer Eigentumsordnungen berufen. Investor-Staat-Schiedsverfahren – und mit nichts anderem be-

fasst sich bei Lichte betrachtet auch das „Investitionsgericht“ – sind zwar ein üblicher, aber kein notwendiger Bestandteil von Freihandelsabkommen,

*Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU (58. EL 2016), Art. 345 AEUV, Rn. 25; BT PE 6-3000-35/16 v. 24.3.2016, Unterabteilung Europa, Investor-Staat-Streitigkeiten bei einer vorläufigen Anwendung des CETA, S. 8 f.

Agieren in entscheidenden Vertragsorganen auf Kompetenzfeldern der Mitgliedstaaten ausschließlich Vertreter der EU und Kanadas, maßen sich die Ausschüsse auf diesen Politikfeldern Befugnisse an, die über die Kompetenzen der EU hinausgehen,

EuGH, Urteil vom 27. November 2012 – C-370/12 (Pringle), Rn. 158.

Die Mitgliedstaaten sind zwar im Rat vertreten, der die Standpunkte nach Art. 218 Abs. 9 AEUV festlegt. Der Legitimationszusammenhang ist aber gleichwohl – siehe oben – durchbrochen, da der Rat mit qualifizierter Mehrheit beschließt und die Bundesrepublik Deutschland in Sachbereichen, die ihrer Kompetenz unterliegen, mit Bindungswirkung überstimmt werden kann. Das aber ist genau die Art von „Fremdbestimmung“ der Wahlbürger, die das Bundesverfassungsgericht mit der Identitätskontrolle verhindern will,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 122 ff.

Dass Vertragsorgane ohne einen deutschen Vertreter in Sachbereichen entscheiden, die einer ausschließlichen mitgliedstaatlichen Kompetenz unterliegen, verstößt eklatant gegen das Demokratiegebot des Grundgesetzes und damit gegen die deutsche Verfassungsidentität.



## ***b) Offene institutionelle Struktur auf Grundlage eines Ultra-vires-Aktes***

In Art. 26.1 Abs. 5 lit. a, g und h CETA ist vorgesehen, dass der Gemischte CETA-Ausschuss einseitig die Aufgaben der ihm nachgeordneten Sonderausschüsse abändern kann, dass er ihnen neue Aufgaben übertragen kann, dass er eigene Aufgaben an sie delegieren kann, dass er neue Sonderausschüsse einrichten kann und dass er Sonderausschüsse auflösen kann. Eine Zustimmung oder Genehmigung des Europäischen Parlaments ist für diese Maßnahmen an keiner Stelle des CETA vorgesehen. Diese institutionellen Kreationsbefugnisse sind mit der Kompetenzordnung des unionalen Primärrechts nicht vereinbar; auch insoweit beruht das CETA auf einem Ultra-vires-Akt.

Die Kompetenzgrundlage des Art. 217 AEUV trägt diese Befugnisse erkennbar nicht, denn der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist auf Assoziierungsabkommen bezogen. Auch Art. 218 Abs. 6 UAbs. 2 lit. a iii AEUV bietet keine geeignete Kompetenzgrundlage, weil dort nur die Schaffung eines besonderen institutionellen Rahmens in Zusammenarbeitsverfahren der Zustimmung des Europäischen Parlaments bedarf.

Nach Art. 218 Abs. 9 AEUV legt der Rat die Standpunkte der Union in einem durch Übereinkunft errichteten Gremium fest, sofern es rechtswirksame Akte zu erlassen hat. Damit erkennt diese Vorschrift an, dass Vertragsorgane zu „rechtswirksamen Akten“ befugt sein können. Allerdings enthält Art. 219 Abs. 9 AEUV eine bedeutsame Einschränkung insofern, als „Rechtsakte zur Ergänzung oder Änderung des institutionellen Rahmens der betreffenden Übereinkunft“ ausdrücklich ausgenommen sind.

Die Bedeutung dieser Ausnahme ist bislang in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht geklärt. Die Interpretation steht vor der Schwierigkeit, festzustellen, ob sich die „Ergänzungen“ auf den institutionellen Rahmen oder auf die „betreffenden Übereinkünfte“ beziehen. In beiden Interpretationen steht aber

ohne weiteres fest, dass rechtswirksame „Änderungen“ des institutionellen Rahmens ohne parlamentarische Mitwirkung ausgeschlossen sind,

*Weiß*, Verfassungsanforderungen und Integrationsverantwortung bei beschließenden Vertragsorganen in Freihandelsabkommen, EuZW 2016, S. 288; *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 218 AEUV, Rn. 31.

Dass das CETA dem Gemischten CETA-Ausschuss gleichwohl diese Kreative befugnisse ohne Rückbindung an das Europäische Parlament einräumt, ist ein deutlich sichtbarer und schwerwiegender Verstoß gegen die unionale Kompetenzordnung. Die Beschwerdeführer sind in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG betroffen, weil das CETA sich nicht mehr im Rahmen des gesetzlich verantworteten Integrationsprogramms bewegt. Mit dem Vertrag wird eine nicht mehr vorhersehbare institutionelle Entwicklung in Gang gesetzt, die vom Bundestag weder verantwortet worden ist noch verantwortet werden kann.

Hinzu kommt Folgendes: Nach Art. 26.2 Abs. 4 CETA können die Sonderausschüsse selbst Beschlüsse fassen, wenn das CETA dies vorsieht. Ein Beispiel ist etwa die Entscheidungszuständigkeit des Ausschusses für Finanzdienstleistungen nach Art. 13.21 Abs. 3 und Art. 13.21 Abs. 4 CETA i.V.m. Anhang 13-B CETA über die Anwendbarkeit von Ausnahmen. Für die Verbindlichkeit der Beschlüsse der Sonderausschüsse ist in Art. 26.24 CETA kein Ratifikations- oder Zustimmungsvorbehalt im Sinne einer nachfolgenden Annahme durch die Parteien vorausgesetzt. Nur bei einigen wenigen konkreten Beschlussfassungszuständigkeiten wird die Verbindlichkeitsvoraussetzung einer eigenen Annahme eines Beschlusses in nationalen Verfahren ausdrücklich vermerkt (so bezüglich der Änderung der Anhänge zu Kapitel 5, die gemäß Art. 5.14 Abs. 2 lit. d CETA vom Gemeinsamen Verwaltungsausschuss für SPS-Maßnahmen beschlossen werden; oder in Art. 11.3 Abs. 6 CETA, der ein Zustimmungserfordernis jeder Partei statuiert). Somit bestätigen diese Einzelregelungen den Umkehrschluss, dass die allgemeine Regel des

Art. 26.2 Abs. 4 CETA für die Verbindlichkeit von Beschlüssen von Sonderausschüssen gerade keine nachfolgende Annahme durch die Parteien impliziert, sondern regelt, dass die Entscheidungen grundsätzlich mit der Beschlussfassung im Ausschuss für die Parteien verbindlich werden.

Wie problematisch die parlamentarische Nichtbeteiligung bei bestimmten Fragen sein kann und wie weitreichend die den Sonderausschüssen übertragenen Entscheidungsbefugnisse sind, wird deutlich bei Art. 21.7 Abs. 5 CETA, der den Ausschuss für Warenhandel ermächtigt, Umsetzungsmaßnahmen zu gegenseitigen Produktwarnungen der Parteien zu verabschieden, die auch Regeln über den Schutz personenbezogener Daten und die Wahrung der Vertraulichkeit enthalten sollen. Für diese möglicherweise grundrechtsrelevanten Regelungen ist eine eigenständige Annahme durch interne Verfahren oder eine eigenständige Ratifikation nicht eigens vorgesehen. Der Beschluss bindet kraft Annahme im Ausschuss gemäß der allgemeinen Regel des Art. 26.2 Abs. 4 CETA. Ein weiteres Beispiel sind Art. 8.44 Abs. 2 und Art. 8.44 Abs. 3. lit. b CETA, die dem Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen die Befugnis einräumen, einen Verfahrenskodex für die Richter und Verfahrensregeln einzuführen, die auch Fragen der Offenlegung, Vertraulichkeit und Transparenz zum Gegenstand haben können, und damit auch grundrechtsrelevante Fragen adressieren. Dieser Beschluss erfolgt zwar „im Einvernehmen mit den Vertragsparteien, nachdem diese ihre jeweiligen internen Vorschriften erfüllt und ihre jeweiligen internen Verfahren abgeschlossen haben“ (s. Art. 8.44 Abs. 2 und Art. 8.44 Abs. 3 CETA). Der Verweis auf die internen Verfahren bringt indes keinen Ratifikations- oder Annahmeverbehalt zum Ausdruck, da eine Annahme erst nach dem Beschluss ergehen würde; der Verweis auf die internen Verfahren dürfte sich auf die Vorbereitung der Parteiposition durch Festlegung des EU-Standpunkts im Rat gemäß Art. 218 Abs. 9 AEUV beziehen, also – trotz durchaus grundrechtlicher Relevanz – ohne Parlamentsbeteiligung und unter dem Risiko einer vom Ratsstandpunkt abweichenden Beschlussfassung.

### 3. Das europäische Vorsorgeprinzip

Das Vorsorgeprinzip ist ein verbindliches Rechtsprinzip der Unionsrechtsordnung, Art. 191 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV. Es beruht auf der Überzeugung, dass ein hohes Schutzniveau für Gesundheit und Umwelt nur erreicht werden kann, wenn Maßnahmen schon beim bloßen Gefahrenverdacht ergriffen werden müssen, bevor Gefahren sich konkretisieren oder Schäden auftreten,

*Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, S. 18 f.

Dieses Rechtsprinzip enthält ein Bündel von Unterlassens- und Handlungspflichten für die Unionsorgane und für die Mitgliedstaaten,

*Kahl*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2013, Art. 191, Rn. 73, 76 ff.; EuGH Rs. C-355/90 – Kommission/Spanien, Slg. 1993, I-4221, Rn. 15; Rs. C-378/01 – Kommission/Italien, Slg. 2003, I-2857, Rn. 14; Rs. C-98/03 – Kommission/Deutschland, Slg. 2006, I-53, Rn. 55.

Ganz unabhängig vom konkreten Inhalt dieser Unterlassens- und Handlungspflichten steht fest, dass das Vorsorgeprinzip als Rechtsprinzip nicht zur Disposition der Unionsorgane steht. Die Unionsorgane sind nicht befugt, dieses Rechtsprinzip in ihrem Handeln gleichsam „auszublenden“ oder Bereichsausnahmen vom Vorsorgeprinzip zu etablieren. Dies gilt auch dann, wenn der Rat internationale Verträge mit Drittstaaten abschließt.

Im CETA ist das Vorsorgeprinzip nicht aufgenommen. Dass das WTO-SPS-Übereinkommen und das TBT-WTO-Übereinkommen im CETA ausdrücklich genannt werden (Art. 5.4, Art. 4.2 CETA) und ihre Geltung bekräftigt wird, kann diesen Mangel nicht ausgleichen. Im Gegenteil, die Inkorporierung dieser WTO-Abkommen entkräftet das europäische Vorsorgeprinzip.

Das WTO-Übereinkommen über pflanzenschutzrechtliche und gesundheitspolizeiliche Maßnahmen (WTO-SPS-Übereinkommen) enthält Regelungen über die Zu-

lässigkeit von Regulierungen im Bereich von Lebensmitteln und Agrarprodukten. Es soll verhindern, dass die mit der WTO durchgesetzte Öffnung und Nichtdiskriminierung der Agrarmärkte von den WTO Mitgliedstaaten unter Berufung auf Art. XX GATT 1947 durch protektionistische Maßnahmen der Staaten unterlaufen werden kann,

*Charnovitz*, in: Wolfrum/Stoll/Seibert-Fohr, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. III Technical Barriers and SPS Measures, 2007, Preamble SPS Rn. 1 ff.

Das Abkommen weist zu Gunsten der Staaten eine Vorschrift auf (Art. 5 Abs. 7), derzufolge sie ausnahmsweise vorläufige Schutzmaßnahmen auf einer unvollständigen wissenschaftlichen Grundlage ergreifen dürfen. Sie haben dann aber die wissenschaftliche Grundlage alsbald nachzuliefern. Dieser Mechanismus bleibt, wie das WTO-Streitschlichtungsverfahren über europäische Importverbote für hormonbelastetes Rindfleisch aus den USA zeigt, hinter dem europäischen Vorsorgeprinzip deutlich zurück.

Die Europäische Union hatte, gestützt auf das Vorsorgeprinzip des Art. 191 Abs. 2 AEUV, Importverbote für Rindfleisch verhängt, das mit Unterstützung durch hormonelle Wachstumshilfen erzeugt wurde. Nach Überzeugung des WTO Panels und des WTO Appellate Body waren diese Maßnahmen aber nicht durch das WTO-SPS-Übereinkommen gedeckt, weil der Europäischen Union nicht der Nachweis gelungen sei, dass das Importverbot auf einer wissenschaftlichen Risikoprüfung beruhte. Mit dem Verweis auf das europäische Vorsorgeprinzip drang die Europäische Union nicht durch,

WTO Panel Report, EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/R/USA, Rn. 8.124, 8.134, 8.137 sowie 8.157-8.159; WTO AB Report, EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, Rn. 253 lit. 1; dazu *Stoll/Douma/de Sadeleer/Abel*, CETA, TTIP und das europäische Vorsor-

geprinzip, Eine Untersuchung zu den Regelungen zu sanitären und phytosanitären Maßnahmen, technischen Handelshemmnissen und der regulatorischen Kooperation in dem CETA-Abkommen und nach den EU-Vorschlägen für TTIP, Mai 2016, S. 16.

Später wurde übrigens der wissenschaftliche Nachweis geführt, dass eines der verwendeten Hormone schädlich für die menschliche Gesundheit ist,

*European Commission, Opinion of the SCVPH on Review of Previous SCVPH Opinions of 30 April 1999 and 3 May 2000 on the Potential Risks to Human Health from Hormone Residues in Bovine Meat and Meat Products, 2002; European Food Safety Authority, Opinion of the Scientific Panel on Contaminants in the Food Chain on a Request from the European Commission related to Hormone Residues in Bovine Meat and Meat Products, 2007.*

Die Verwendung dieses Hormons wurde in der Europäischen Union daraufhin durch EU VO 2003/74/EC dauerhaft verboten.

Dieses WTO-Streitschlichtungsverfahren zeigt anschaulich, dass die Bezugnahme auf das WTO-SPS-Abkommen nicht geeignet ist, dem europäischen Vorsorgeprinzip zur Geltung zu verhelfen. Im Gegenteil: Indem das CETA das WTO-SPS-Abkommen und das WTO-TBT-Abkommen zum integralen Bestandteil erklärt, inkorporiert es zwei Verträge, die nach ihrer Zielrichtung und ihrem Inhalt darauf ausgerichtet sind, das Vorsorgeprinzip einzudämmen.

Das CETA weist auch damit einen hinreichend qualifizierten Kompetenzverstoß auf. Von diesem Kompetenzverstoß sind die Beschwerdeführer betroffen, weniger, weil sie als Konsumenten Gefahr laufen, mit Erzeugnissen konfrontiert zu werden, die nach Maßgabe des Europäischen Vorsorgeprinzips nicht in den Handel gelangen dürften, sondern vielmehr, weil der Bundestag als das durch den Wahlakt legitimierte Verfassungsorgan (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG) in seiner Steuerungsfähigkeit beeinträchtigt ist. Er hat mit dem Zustimmungsgesetz das europäische Vorsorge-

prinzip mitverantwortet, das nun durch unionalen Rechtsakt nicht nur punktuell, sondern in weiten Bereichen des Handels preisgegeben wird.

#### **4. Die vorläufige Anwendung des CETA**

Wenn es zutrifft, dass die vorläufige Anwendung eines Vertrages nichts anderes ist als der Abschluss eines Vertrages mit beiderseitigen erleichterten Kündigungsmöglichkeiten, und wenn es ferner zutrifft, dass die Europäische Union von ihrer Zuständigkeit zur vorläufigen Anwendung (Art. 218 Abs. 4 AEUV) einen loyalen, die Belange der Bundesrepublik schonenden Gebrauch machen muss, dann bleibt nur die Schlussfolgerung, dass der Beschluss des Rates über die vorläufige Anwendung des CETA kompetenzwidrig erfolgen wird. Denn es gehört zu den Verfassungsstrukturen des Grundgesetzes, die von der Union zu respektieren sind, dass völkerrechtliche Verträge, sofern es sich um politische und/oder gesetzesinhaltliche Verträge handelt, zuvor einer gesetzesförmlichen Zustimmung bedürfen.

##### ***a) Zustimmung zur vorläufigen Anwendung***

Die erste geschilderte Prämisse hat in der Kommentarliteratur zu Art. 59 Abs. 2 GG noch keine Bestätigung, freilich auch noch keine Ablehnung gefunden. Soweit erkennbar, war das Bundesverfassungsgericht bislang noch nicht mit der Frage der Zustimmungspflichtigkeit vorläufiger Anwendung von politischen und gesetzesinhaltlichen Verträgen befasst. In der Kommentarliteratur zu Art. 218 Abs. 5 AEUV wird aber immerhin nahegelegt, von einem parlamentarischen Zustimmungserfordernis auszugehen,

*Bungenberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 218, Rn. 58: „Es spricht aber vieles dafür, zur Sicherstellung der Verfahrensrechte des Parlaments auch in diesem Stadium zumindest bei gem. Abs. 6 Buchstabe a zustimmungspflichtigen Abkommen auch hin-

sichtlich der vorläufigen Anwendbarkeit von einem parlamentarischen Zustimmungserfordernis auszugehen.“ Ebenso *Müller-Ibold*, in: Lenz/Borchard, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2012, Art. 218, Rn. 16.

Tatsächlich sprechen für diese Auffassung die besseren Argumente. Aus der Perspektive des Grundgesetzes benötigt das Eingehen völkervertraglicher Verpflichtungen eine parlamentarische Rückbindung, die mehrere Funktionen erfüllt. Sie ist Ausdruck der parlamentarischen Kontrolle der Exekutive und zugleich Ausdruck der zentralen Zuständigkeit von Bundestag und Bundesrat, die Rechtsordnung der Bundesrepublik im Inneren zu gestalten,

*Nettesheim*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 59, Rn. 94, 96.

Gerade mit Blick auf die letztgenannte Funktion ist hervorzuheben, dass der Vollzug eines vorläufig angewendeten Vertrages ohne Zustimmungsgesetz grundsätzlich vor erheblichen Schwierigkeiten steht. Denn ohne Zustimmungsgesetz fehlt die innerstaatliche Vollzugsmöglichkeit. Der Vertrag wird nicht Bestandteil der deutschen Rechtsordnung, er entfaltet mangels Zustimmungsgesetz nicht die Gesetzesbindung des Art. 20 Abs. 3 GG, sodass Verwaltung und Gerichte nicht in der Lage sind, den Vertrag zu vollziehen. Lediglich sog. *self executing* Normen eines Vertrages, die keines innerstaatlichen Vollzugsaktes bedürfen, können ohne Zustimmungsgesetz sinnvollerweise im Wege vorläufiger Anwendung zur Wirksamkeit gebracht werden.

### ***b) Das CETA als politischer und gesetzesinhaltlicher Vertrag***

Bezogen auf das CETA ist Folgendes festzuhalten: Der Vertrag ist aus der Sicht der Bundesrepublik Deutschland ein politischer Vertrag im Sinne des Art. 59 Abs. 2 GG. Darunter sind alle Verträge zu verstehen, die „auf die Regelung der politischen Beziehungen zu anderen Staaten gerichtet sind“ und auf diese Weise



„die Existenz des Staates, seine territoriale Integrität, seine Unabhängigkeit, seine Stellung oder sein maßgebliches Gewicht in der Staatengemeinschaft durch den Vertrag in grundlegender Weise“ berühren,

BVerfGE 1, 372 (381); 90, 286 (359).

Dies wird man bei einem Handelsvertrag, bei dem nicht Macht- sondern Marktfragen im Mittelpunkt stehen, nicht ohne weiteres annehmen können. Zum politischen Vertrag wird ein Handelsvertrag aber dann, wenn „die Vertragspartner durch den Abschluss eines Handelsvertrages ihre gemeinsame wirtschaftliche Stellung im Wettbewerb der Staaten zu stärken beabsichtigen“,

*Nettesheim*, in: Maunz/Dürig, GG (76. EL Dezember 2015), Art. 59, Rn. 94, 96.

Mit dem CETA wollen die Vertragsparteien den transatlantischen Wirtschaftsraum im Verhältnis zu anderen Wirtschaftsräumen – insbesondere dem asiatischen Wirtschaftsraum – stärken und im globalen Wettbewerb die eigene Position stärken. Mit dieser Zielsetzung und der im Vertrag bereitgestellten Struktur einer aus dem globalen Wettbewerb herausgehobenen Freihandelszone (Art. 1.4 CETA) weist das CETA alle Merkmale eines politischen Vertrages auf.

Zugleich ist der Vertrag ein gesetzesinhaltlicher Vertrag im Sinne des Art. 59 Abs. 2 GG. Darunter sind alle völkerrechtlichen Verträge zu verstehen, „deren Inhalt, wenn es sich nicht um eine völkerrechtliche Vereinbarung, sondern um eine innerstaatliche Regelung handelte, zu den Gegenständen der Gesetzgebung und nicht zu denen der Verwaltung gehörte“,

BVerfGE 1, 372 (389).

Wesentliche Teile des Vertrages erfüllen diese Merkmale. Denn zumindest das Kapitel über den Investitionsschutz (Kapitel 8) enthält mit seinen Regeln über Marktzugang, Meistbegünstigung, Inländerbehandlung und Enteignung eine Fülle von

Vorschriften, die ganz unmittelbar „Gegenstände der Gesetzgebung“ sind. Wegen des Vorbehalts des Gesetzes müssten der Bund bzw. die Länder im Wege parlamentarischer Gesetzgebung die Vorschriften erlassen, die nun auf dem Vertragswege im CETA vorgesehen sind.

**c) Kompetenzgrenzen des Art. 218 Abs. 5 AEUV**

Der Union ist die Kompetenz eingeräumt, mit Drittstaaten die vorläufige Anwendung von Verträgen zu vereinbaren. Dies ist auf der völkerrechtlichen Ebene ein zulässiges Instrument, um in bestimmten Situationen ein rasches Wirksamwerden eines Vertrages herbei zu führen (Art. 25 der Wiener Vertragsrechtskonvention).

Im Innenverhältnis der Europäischen Union ist aber zu beachten, dass diese völkerrechtliche Möglichkeit zur Vereinbarung vorläufiger Anwendung den Kompetenzschränken unterworfen ist, die auch für die Ausübung aller anderen im Primärrecht der Union vorgesehenen Zuständigkeiten gelten. Insoweit ist die Kompetenzschränke des Art. 4 Abs. 2 EUV einschlägig. Danach hat die Union die „nationale Identität“ der Mitgliedstaaten zu „achten“. Der Begriff „nationale Identität“ ist dabei als ein Begriff des Unionsrechts einheitlich auszulegen, während sein konkreter Inhalt von jedem Mitgliedstaat selbst festgelegt wird,

*Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 4, Rn. 27; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 4, Rn. 14; *v. Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU (58. EL 2016), Art. 4 EUV, Rn. 13.

Gegenständlich ist die nationale Identität auf die Grundprinzipien der Staatsorganisation und die Grundwerte des jeweiligen Staates bezogen,

*Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 4, Rn. 28; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 4, Rn. 14.

Zu den staatsorganisationsrechtlichen Grundprinzipien gehört in Deutschland das System gegliederter Funktionen von Exekutive und Legislative auch und gerade im Bereich der auswärtigen Gewalt. Diese Funktionengliederung ist Bestandteil der rechtsstaatlichen und der demokratischen Ordnung des Grundgesetzes. Im Kern bedeutet sie, dass die Wahrnehmung auswärtiger Gewalt grundsätzlich nicht allein der Exekutive überantwortet ist, sondern exekutiver und legislativer Gewalt zur gesamten Hand.

Zur langen Deutungsgeschichte der Auswärtigen Gewalt im Grundgesetz *Kempen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 6. Aufl. 2010, Art. 59 Rn. 31 ff.

Dass auswärtige Gewalt in Deutschland nach dem Grundgesetz nicht allein der Gubernative zugeordnet ist und dass auch die vorläufige Anwendung eines völkerrechtlichen Vertrages in Deutschland einer parlamentarischen Zustimmung bedarf, hätte der Rat beim Beschluss über die vorläufige Anwendung des CETA berücksichtigen müssen. Indem dieser Bestandteil nationaler Identität der Bundesrepublik Deutschland seitens des Rates nicht geachtet wird, ist der Beschluss über die vorläufige Anwendung mit einem Kompetenzmangel behaftet. Dieser Mangel ist deutlich ersichtlich und er wiegt schwer. Insgesamt führt dieser Mangel aus der Perspektive der vom Bundesverfassungsgericht in Anspruch genommenen Ultra-vires-Kontrolle zu einer Verletzung des in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG angelegten Verantwortungszusammenhangs. Die Union verlässt das von der Bundesrepublik mitverantwortete Integrationsprogramm und erlässt einen Rechtsakt ultra vires. Dieser Rechtsakt führt zu vertraglichen Bindungen, die der Bundestag mitverantworten hätte, aber nicht mitverantwortet. Dies ist eine Entleerung parlamentarischer Gestaltungsmacht, die das in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete Recht auf demokratische Einflussnahme des Wahlbürgers – sein „Recht auf Demokratie“ – verletzt.

## **B. Einstweilige Anordnung**

### **I. Antrag**

Es wird beantragt, Folgendes anzuordnen:

Der Bundesregierung wird bis zum Abschluss des Verfahrens der Verfassungsbeschwerde aufgegeben, durch ihren Vertreter im Rat der Europäischen Union gegen den „Vorschlag der Kommission vom 5. Juli 2016 zur Unterzeichnung des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (CETA) – COM(2016) 444 final“, gegen den „Vorschlag der Kommission vom 5. Juli 2016 zum Abschluss des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (CETA) – COM(2016) 443 final“ und gegen den „Vorschlag der Kommission vom 5. Juli 2016 zur vorläufigen Anwendung des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (CETA) – COM(2016) 470 final“ zu stimmen.

### **II. Begründung**

Der Antrag nach § 32 BVerfGG ist zulässig und begründet.

Die Beschwerdeführer sind sich bewusst, dass an den Erlass einer einstweiligen Anordnung gerade dann, wenn völkerrechtliche und außenpolitische Auswirkungen zu gewärtigen sind, besonders strenge Anforderungen zu stellen sind,

BVerfGE 83, 162 (171 f.); 88, 173 (175); 89, 38 (43); 108, 34 (41); 129, 284 (298); 132, 195 (232); 132, 287; Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 16. Oktober 2013 – 2 BvR 736/13.

Der vorliegende Antrag entspricht diesen Anforderungen.

## **1. Zulässigkeit**

Das Bundesverfassungsgericht ist für das Hauptsacheverfahren zuständig. Die im Hauptsacheverfahren erhobene Verfassungsbeschwerde ist – bei summarischer Prüfung – nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet,

vgl. zu Fällen, in denen es im Hauptsacheverfahren um die Beurteilung eines Zustimmungsgesetzes zu einem völkerrechtlichen Vertrag ging, BVerfGE 111, 43 (153); 132, 195 (233).

Eine Vorwegnahme der Hauptsache ist nicht zu befürchten, weil nur ein vorübergehendes Gebot ausgesprochen werden soll. Nur für die Zeitspanne bis zum Abschluss des Verfahrens in der Hauptsache wird der Bundesregierung aufgegeben, gegen die in Rede stehenden Kommissionsvorschläge zu stimmen. Die Befolgung dieses Gebots ist situativ davon abhängig, dass die Kommissionsvorschläge auf die Tagesordnung einer Sitzung des Rates kommen, bevor das Bundesverfassungsgericht in der Hauptsache entschieden hat. Es ist davon auszugehen, dass der Rat unter dem Eindruck einer antragsgemäß erlassenen einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts vorerst nicht über die Kommissionsvorschläge abstimmen und die entsprechende Beschlussfassung im Rat verschieben wird.

Der Erlass der einstweiligen Anordnung ist dringlich. Unterbleibt die einstweilige Anordnung, treten vollendete Tatsachen ein, die im Zuge des Hauptsacheverfahrens nicht mehr zu korrigieren sind. Wie bereits dargelegt – s.o. A. II. 1. b) – ist davon auszugehen, dass bereits am 18. Oktober 2016 über die Kommissionsvorschläge im Rat beschlossen werden soll. Dies bedeutet:

Die vorläufige Anwendung des CETA wird mit der Folge angeordnet, dass der Vertrag in vollem Umfang Geltung beansprucht. Zugleich wird der Abschluss des Vertrages beschlossen. Auch wenn nach dem derzeitigen Stand angenommen wer-

den darf, dass sich dann noch die Ratifikationsverfahren in den 28 EU-Mitgliedstaaten anschließen, kann – wie oben dargelegt, II. 1. b) – nicht ausgeschlossen werden, dass der Abschlussbeschluss der Union der letzte maßgebliche Rechtsakt bleibt und es zu Ratifikationsverfahren in den Mitgliedstaaten nicht mehr kommt. Angesichts dessen ist Eile geboten.

## 2. Begründetheit

Die im Wege einer Doppelhypothese vorzunehmende Folgenabwägung geht zu Gunsten der Antragsteller aus. Die Folgenabwägung hat dabei sämtliche Folgen in den Blick zu nehmen und die Begründungselemente, die im Hauptsacheverfahren maßgeblich sind, auszublenden,

st. Rspr. BVerfGE 88, 173 (179); 94, 334 (347); 91, 320 (326); 98, 139 (144); 99, 57 (66); 104, 23 (28 f.); 106, 369 (373). BVerfGK 245 (247); 320 (325); 2, 298 (302)

Sollte die beantragte einstweilige Anordnung nicht ergehen, sich aber im Hauptsacheverfahren herausstellen, dass die Mitwirkung des deutschen Vertreters im Rat verfassungswidrig war, würde dies Folgendes bedeuten: Die Beschwerdeführer wären in der Zwischenzeit einem Vertrag ausgesetzt, der an erheblichen verfassungsrechtlichen Mängeln leidet und die Beschwerdeführer in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verletzt. Schwerer noch wiegt aber, dass in dieser Konstellation die Bundesregierung die vorläufige Anwendung des CETA durch einseitige Erklärung sofort beenden müsste. Dies würde zu einem erheblichen Vertrauensverlust bei den europäischen Partnern und in Kanada führen. Sollte sich zu diesem Zeitpunkt herausgestellt haben, dass das CETA nicht von den Mitgliedstaaten zu ratifizieren ist, sondern als ein „EU-only“-Abkommen nur von der Union zu ratifizieren war, träten noch gravierendere Folgen ein: Dann müsste die Bundesregierung erklären, dass sie aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert ist, dem Vertrag Ge-

folgschaft zu leisten. Dies dürfte auf Unverständnis in der Union, in den EU-Mitgliedstaaten und in Kanada stoßen.

Umgekehrt würden in dem Fall, dass die einstweilige Anordnung ergeht und im Ergebnis des Hauptsacheverfahrens kein Verfassungsverstoß festgestellt wird, nur überschaubare nachteilige Folgen eintreten: Die Europäische Union würde den Abschluss des CETA verschieben. Es träte eine Verzögerung ein. Dies wäre mit Blick darauf, dass die Europäische Union und Kanada schon jetzt auf dem Gebiet des Handels in vielfältiger Weise miteinander verbunden sind, kein schwerwiegender und auch kein irreparabler Nachteil. Kanada kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht darauf vertrauen, dass der Abschlussbeschluss und der Beschluss des Rates über die vorläufige Anwendung zustande kommen. Die Unionsorgane würden die Verzögerung nicht begrüßen, andererseits aber ist nicht zu erkennen, dass schon jetzt ein Vertrauenstatbestand dergestalt geschaffen wäre, dass die Union auf ein ungestörtes In-Gang-Setzen des CETA hoffen durfte. Diese Hoffnung konnte die Union schon deshalb nicht haben, weil ihr nicht entgangen sein dürfte, dass sich in Deutschland und in den anderen EU-Mitgliedstaaten ein sehr breit angelegter gesellschaftlicher Protest gegen das CETA (und gegen TTIP) formiert hat.

Remagen, den 29. August 2016

Professor Dr. Bernhard Kempen

## **Anlage**

Liste der Beschwerdeführer