

**Rechtsgutachten
im Auftrag von
Mehr Demokratie, Campact und Foodwatch**

zu folgenden Fragestellungen:

1. Wie ist die erforderliche Mehrheit bei der Abstimmung im Rat der Europäischen Union zum CETA- bzw. TTIP-Abkommen? Ist Einstimmigkeit zwingend erforderlich oder könnten die Abkommen auch mit qualifizierter Mehrheit verabschiedet werden?

2. Kann auch eine kommunale Gebietskörperschaft oder eine Landesregierung einen (und ggf. welchen) verfassungsgerichtlichen Rechtsbehelf gegen den Vertragsschluss von CETA bzw. TTIP einlegen?

Gutachter:

Dr. *Björn Schiffbauer*, Akademischer Rat

am Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität zu Köln.

Köln, 3. Februar 2016

Björn Schiffbauer

Inhalt

A.	Einleitung und Herangehensweise	4
B.	Abstimmungsmehrheit im Rat der EU (Fragestellung Nr. 1)	5
I.	Mehrheitsverhältnisse bei Abstimmungen im Rat nach dem EU-Primärrecht.....	5
1.	Einstimmigkeit	5
2.	Qualifizierte Mehrheit	5
II.	Grundsatz: qualifizierte Mehrheit	6
III.	Sonderfall: Nachträgliche Änderung von Regelungen zur Einstimmigkeit durch sog. Brückenklauseln	6
IV.	Ausdrückliche Regelungen zur Einstimmigkeit	7
1.	Spezialfall Art. 207 AEUV	8
2.	Allgemeiner Fall Art. 218 AEUV	8
3.	Auswirkungen eines Teilbereichs mit Einstimmigkeitserfordernis	8
V.	Die aktuelle Rechtslage im Lichte von Ratsabstimmungen über CETA und TTIP .9	
1.	Abstimmung über CETA bzw. TTIP als gemischte Übereinkunft	9
2.	Abstimmung über CETA bzw. TTIP als reines Unionsabkommen	10
a)	Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 AEUV und ausländische Direktinvestitionen... 10	
aa)	Kapitalverkehrsfreiheit und Auswirkungen auf bestehende bilaterale Abkommen	11
bb)	Unionsbürgerdiskriminierung	13
cc)	Zwischenergebnis	14
b)	Art. 207 Abs. 4 Uabs. 3 lit. a)	14
c)	Art. 207 Abs. 4 Uabs. 3 lit. b).....	14
d)	Art. 218 Abs. 8 Uabs. 2 S. 1 Var. 1 AEUV	14
aa)	Rückgriff auf die in Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 AEUV genannten Bereiche	14
bb)	Beihilfe- bzw. Subventionsrecht	15
cc)	Steuer- und Abgabenrecht	15
dd)	Arbeits- und Sozialpolitik	16
ee)	Maßnahmen über Raumordnung, Wasserressourcen, Bodennutzung, Energie.....	16

ff) Abweichung vom Kommissionsvorschlag	17
e) Art. 218 Abs. 8 Uabs. 2 S. 1 Var. 2, 3 und S. 2 AEUV	17
f) Zwischenergebnis	17
3. Abstimmung über eine vorläufige Anwendung	17
C. Mögliche verfassungsgerichtliche Rechtsbehelfe einer kommunalen Gebietskörperschaft oder Landesregierung (Fragestellung Nr. 2)	19
I. In Betracht kommende Rechtsbehelfe	19
1. Einer kommunalen Gebietskörperschaft	19
2. Einer Landesregierung	19
II. Rechtsbehelf einer kommunalen Gebietskörperschaft: Kommunalverfassungs- beschwerde, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, §§ 13 Nr. 8a, §§ 91 ff. BVerfGG	20
1. Beschwerdegegenstand	20
2. Beschwerdebefugnis	20
3. Zwischenergebnis	21
III. Rechtsbehelfe einer Landesregierung bzw. eines Bundeslandes	21
1. Abstrakte Normenkontrolle, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG	21
a) Antragsgegenstand	21
b) Antragsgrund	21
c) Zwischenergebnis	21
2. Kompetenzkontrolle, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG, §§ 13 Nr. 6a, 76 ff. BVerfGG	22
a) Antragsgegenstand	22
b) Antragsgrund	22
c) Zwischenergebnis	22
3. Bund-Länder-Streit, Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG	22
a) Verfahrensgegenstand	22
b) Antragsbefugnis	23
c) Zwischenergebnis	23
D. Literaturverzeichnis	24

A. Einleitung und Herangehensweise

Das vorliegende zweite Rechtsgutachten im Auftrag von „Mehr Demokratie e.V.“ befasst sich mit zwei voneinander unabhängigen Fragestellungen, die in der Gutachtenanfrage vom 11. Januar 2016 wörtlich wie folgt formuliert wurden:

„a) Wie ist die erforderliche Mehrheit bei der Abstimmung im Europäischen Rat zum CETA/TTIP Abkommen, ist Einstimmigkeit zwingend erforderlich oder könnten die Abkommen auch mit qualifizierter Mehrheit verabschiedet werden?“

b) Besteht die Möglichkeit, dass auch eine Kommune oder eine Landesregierung (ggf. in Vertretung einer Kommune) klagt? Über welchen Weg könnte dies stattfinden?“

Diese beiden Fragestellungen mussten zunächst sinngemäß ausgelegt werden, um möglichst exakte Antworten auf den Untersuchungsgegenstand formulieren zu können. Das Resultat sind die eingangs unter den Nrn. 1. und 2. dargestellten, behutsam umformulierten Fragestellungen dieses Gutachtens.

Zur Ausgangsfragestellung a) ist davon auszugehen, dass nicht nach Abstimmungsmehrheiten im Europäischen Rat (Art. 15 EUV), sondern im Rat (Art. 16 EUV) gefragt werden soll, weil nur letzterer überhaupt über den Abschluss völkerrechtlicher Verträge der EU beschließt (vgl. Art. 207 Abs. 4, Art. 218 AEUV).

In der Ausgangsfragestellung b) ist zu konkretisieren, was genau mit „klagt“ gemeint ist, d.h. welche „Klagen“ hier untersucht werden sollen. Da sich dieses zweite Rechtsgutachten (insbesondere nach der vorangegangenen Korrespondenz mit dem Auftraggeber) als Ergänzung zu dem vom *Verfasser* am 17. August 2015 vorgelegten Rechtsgutachten im Auftrag von „Mehr Demokratie e.V.“ versteht,¹ wird davon ausgegangen, dass (deutsche) verfassungsgerichtliche Rechtsbehelfe geprüft werden sollen. Es soll also gefragt werden, ob eine kommunale Gebietskörperschaft oder eine Landesregierung jeweils einen (und ggf. welchen) verfassungsgerichtlichen Rechtsbehelf gegen einen im ersten Rechtsgutachten genauer beleuchteten Verfahrensgegenstand (nämlich Abstimmungsverhalten des deutschen Vertreters im Rat und/oder deutsches Zustimmungsgesetz) einlegen kann.

Die vor diesem Hintergrund angepasst formulierten Fragestellungen Nr. 1 und Nr. 2 werden in diesem zweiten Rechtsgutachten getrennt voneinander unter B. und C. beantwortet. Am Ende eines jeden Abschnitts werden die wesentlichen Ergebnisse noch einmal hervorgehoben (nämlich grau hinterlegt) zusammengefasst.

Zusammenfassung: Die diesem zweiten Rechtsgutachten zugrundeliegenden Fragestellungen wurden unter Berücksichtigung ihres Sinnes und Zweckes sowie im Lichte des vom *Verfasser* erstatteten Rechtsgutachtens vom 17. August 2015 behutsam umformuliert und sollen im Folgenden separat unter B. und C. beantwortet werden.

¹ S. dort die Fragestellungen auf S. 1.

B. Abstimmungsmehrheit im Rat der EU (Fragestellung Nr. 1)

I. Mehrheitsverhältnisse bei Abstimmungen im Rat nach dem EU-Primärrecht

Als notwendige Vorfrage ist zunächst zu beantworten, welche Mehrheitsverhältnisse das EU-Primärrecht (d.h. EUV und AEUV) für Abstimmungen im Rat überhaupt vorsieht. Nur so lässt sich zum einen bestimmen, was genau unter einer „qualifizierten Mehrheit“ in diesem Zusammenhang zu verstehen ist und zum anderen, welche Anforderungen an Einstimmigkeit zu stellen sind. Über die unterschiedlichen Mehrheitskonstellationen geben Art. 16 Abs. 3-5 EUV sowie Art. 238 AEUV näher Auskunft.

1. Einstimmigkeit

Einstimmigkeit wird lediglich in Art. 238 Abs. 4 AEUV explizit erwähnt. Danach steht die Stimmenthaltung von anwesenden oder vertretenen Ratsmitgliedern dem Zustandekommen von Beschlüssen, die Einstimmigkeit erfordern, nicht entgegen. Mit dieser Norm werden zwei unterschiedliche Regelungen getroffen:

Zum einen wird zunächst klargestellt, dass Einstimmigkeit schon dann vorliegt, wenn im Rat keine Gegenstimme erhoben wird. Enthaltungen sind also unbeachtlich,² was auch als „konstruktive Enthaltung“ bezeichnet wird.³ Daher kann ein Beschluss theoretisch mit nur einer positiven Stimme zustande kommen, wenn sich sämtliche anderen Ratsmitglieder enthalten.⁴

Zum anderen bedeutet die Beschränkung des Wortlauts von Art. 238 Abs. 4 AEUV auf „anwesende oder vertretene“ Ratsmitglieder aber auch, dass das Fernbleiben eines Ratsmitglieds von einer Abstimmung, ohne dass es ordnungsgemäß vertreten (Art. 239 AEUV) ist, der Einstimmigkeit entgegensteht.⁵ Ist der Rat also nicht vollständig besetzt, kann ein Beschluss niemals einstimmig getroffen werden.⁶

2. Qualifizierte Mehrheit

Was unter einer qualifizierten Mehrheit zu verstehen ist, wird zunächst in Art. 16 Abs. 4 Uabs. 1 EUV beschrieben. Nach diesem System der „doppelten Mehrheit“⁷ ist eine Mehrheit dann qualifiziert, wenn sie sich aus einer Mehrheit von mindestens 55 % der Ratsmitglieder⁸ ergibt, sofern dabei mindestens 65 % der Unionsbevölkerung repräsentiert⁹ wird.¹⁰ Die sich daraus spiegelbildlich ergebene Sperrminorität – mindestens 45 % der Ratsmitglieder oder mindestens 35 % der Unionsbevölkerung – wird durch Uabs. 2 dahingehend erweitert, dass mindestens vier Ratsmitglieder zum Nichterreichen der qualifizierten Mehrheit erforderlich sind. Dies soll verhindern, dass drei große EU-Mitgliedstaaten wie etwa Deutschland, Frank-

² *Harratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 264; *Obwexer/Hummer*, in: Streinz, Art. 238 AEUV, Rn. 27; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 238 AEUV, Rn. 5.

³ *Nettesheim/Grabitz/Hilf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 238 AEUV, Rn. 38.

⁴ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 6, Rn. 1003.

⁵ *Nettesheim/Grabitz/Hilf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 238 AEUV, Rn. 38.

⁶ *Obwexer/Hummer*, in: Streinz, Art. 239 AEUV, Rn. 2.

⁷ *Obwexer*, in: Streinz, Art. 16 EUV, Rn. 45.

⁸ Der Zusatz „gebildet aus mindestens 15 Mitgliedern“ in Art. 16 Abs. 1 Uabs. 1 ist inzwischen obsolet, *Obwexer*, in: Streinz, Art. 16 EUV, Rn. 45.

⁹ Die für diese Berechnung jeweils zugrundeliegenden Zahlen ergeben sich aus Anhang III der Geschäftsordnung des Rates, s. näher *Obwexer*, in: Streinz, Art. 16 EUV, Rn. 45.

¹⁰ Dazu insgesamt etwa *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 6, Rn. 974 ff.; *Harratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 251 ff.; *Hobe*, Europarecht, § 8, Rn. 144 ff.

reich und Großbritannien, die etwa 41,7 % der Unionsbevölkerung repräsentieren,¹¹ Beschlüsse im Alleingang blockieren können.¹²

Zu beachten ist, dass gem. der Übergangsregel des Art. 16 Abs. 5 EUV jedes Ratsmitglied noch bis zum 31. März 2017 die Möglichkeit hat zu beantragen, dass die qualifizierte Mehrheit nach den Regeln des eigentlich nicht mehr gültigen Vertrages von Nizza ermittelt wird.¹³ Überdies existieren in Art. 238 Abs. 2 AEUV Sonderregelungen für Beschlüsse, die nicht auf einem Vorschlag der Kommission oder des Hohen Vertreters für Außen- und Sicherheitspolitik beruhen;¹⁴ diese sind für eine Abstimmung über einen wirtschaftsvölkerrechtlichen Vertrag wie CETA oder TTIP aber nicht einschlägig.¹⁵ Art. 238 Abs. 3 AEUV regelt schließlich die Abstimmungsquoten für den Fall, dass einzelne Ratsmitglieder nicht stimmberechtigt sind.¹⁶

II. Grundsatz: qualifizierte Mehrheit

Aus Art. 16 Abs. 3 EUV folgt der Grundsatz, dass der Rat mit qualifizierter Mehrheit beschließt. Damit bedarf es besonderer Regelungen u.a.¹⁷ für Abstimmungssituationen, die anstatt einer qualifizierten Mehrheit Einstimmigkeit verlangen.¹⁸ Einstimmigkeit muss also in der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage des Primärrechts ausdrücklich angeordnet sein.¹⁹

III. Sonderfall: Nachträgliche Änderung von Regelungen zur Einstimmigkeit durch sog. Brückenklauseln

Bevor auf die Einstimmigkeit anordnenden Regelungen des Primärrechts (sogleich unter IV.) näher eingegangen werden kann, ist noch ein Ausnahmefall zu berücksichtigen: Eine besondere Rolle in der Abgrenzung, ob eine qualifizierte oder einstimmige Mehrheit im Rat erforderlich ist, nehmen nämlich die sog. Brückenklauseln ein. Solche ermächtigen den Europäischen Rat (nach Art. 15 EUV, d.h. nicht den Rat nach Art. 16 EUV!), durch einstimmigen (!) Beschluss das Mehrheitserfordernis in bestimmten Bereichen von Einstimmigkeit auf qualifizierte Mehrheit herabzusetzen; dies kommt offenkundig einer Vertragsänderung gleich²⁰ und wird daher auch „vereinfachtes Vertragsänderungsverfahren“ genannt.²¹

Zu unterscheiden ist dabei zwischen der allgemeinen Brückenklausel nach Art. 48 Abs. 7 Uabs. 1 EUV und verschiedenen besonderen Brückenklauseln.²² Während letztere für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge zum Wirtschaftsrecht nicht einschlägig sind, besteht mittels der allgemeinen Brückenklausel – jedenfalls theoretisch – die Möglichkeit, dass sämtliche im AEUV sowie unter Titel V EUV statuierten Einstimmigkeitserfordernisse auf solche

¹¹ Zur Bevölkerungsrepräsentation im Einzelnen übersichtlich *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 6, Rn. 1002.

¹² *Obwexer*, in: Streinz, Art. 16 EUV, Rn. 46.

¹³ *Obwexer*, in: Streinz, Art. 16 EUV, Rn. 59; zu den Nizza-Regeln im Einzelnen *Ziegenhorn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 16 EUV, Rn. 45 ff.

¹⁴ Dazu näher *Obwexer/Hummer*, in: Streinz, Art. 238 AEUV, Rn. 15 ff.

¹⁵ Vgl. die wenigen Anwendungsfälle, etwa gelistet bei *Nettesheim/Grabitz/Hilf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 238 AEUV, Rn. 18.

¹⁶ Dazu näher *Obwexer/Hummer*, in: Streinz, Art. 238 AEUV, Rn. 20 ff.; Anwendungsfälle bei *Nettesheim/Grabitz/Hilf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 238 AEUV, Rn. 23 ff.

¹⁷ Für weitere, hier nicht relevante Konstellationen vgl. z.B. *Nettesheim/Grabitz/Hilf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 238 AEUV, Rn. 47.

¹⁸ *Obwexer*, in: Streinz, Art. 16 EUV, Rn. 41; *Ziegenhorn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 16 EUV, Rn. 38.

¹⁹ *Nettesheim/Grabitz/Hilf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 238 AEUV, Rn. 37.

²⁰ *Nettesheim/Grabitz/Hilf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 238 AEUV, Rn. 43.

²¹ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, Art. 48 EUV, Rn. 10.

²² *Nettesheim/Grabitz/Hilf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 238 AEUV, Rn. 44; allgemein dazu *Ohler*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 48 EUV, Rn. 46 ff.

qualifizierter Mehrheit heruntergestuft werden. Unter Titel V EUV fällt auch das auswärtige Handeln der EU, also u.a. der Abschluss völkerrechtlicher Verträge wie CETA oder TTIP.

Sämtliche vereinfachten Vertragsänderungen durch Brückenklauseln stehen allerdings unter dem Ablehnungsvorbehalt der mitgliedstaatlichen Parlamente, Art. 48 Abs. 7 Uabs. 3 EUV;²³ in Deutschland gilt dafür das Integrationsverantwortungsgesetz.²⁴ Nach dessen § 4 Abs. 1 ist auch eine einfache Änderung der europäischen Verträge nur durch Bundesgesetz nach Art. 23 Abs. 1 GG, also nach Zustimmung durch Bundestag und Bundesrat (Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG),²⁵ möglich. Mangels eines bisher tatsächlich durchlaufenen vereinfachten Vertragsänderungsverfahrens nach Art. 48 Abs. 7 EUV ist gegenwärtig nicht mit für die vorliegende Fragestellung Nr. 1 relevanten Änderungen der Abstimmungsquoren zu rechnen.

Damit kann weiterhin davon ausgegangen werden, dass die primärrechtlichen Bestimmungen über das Erfordernis eines einstimmigen Ratsbeschlusses wirksam sind. Es bleibt also bei dem bisherigen Zwischenergebnis: Ist im Primärrecht Einstimmigkeit nicht explizit geregelt, genügt für einen zustimmenden Ratsbeschluss lediglich eine qualifizierte Mehrheit.

IV. Ausdrückliche Regelungen zur Einstimmigkeit

Obwohl ein Ratsbeschluss überwiegend mit qualifizierter Mehrheit getroffen werden kann, bleiben unter dem EUV und dem AEUV noch insgesamt 72 Fälle, die einen einstimmigen Beschluss erfordern.²⁶ Diese lassen sich – vereinfacht – vier verschiedenen Bereichen zuordnen, nämlich Beschlüssen über

1. Bestimmungen unionsverfassungsrechtlicher und institutioneller Art;
2. Ausweitungen von EU-Zuständigkeiten;
3. besonders sensible Politikbereiche und
4. besonders bedeutsame Verträge mit Drittstaaten.²⁷

Im Lichte der relevanten Fragestellung Nr. 1 ist hier nur der letztgenannte Bereich, nämlich jener der besonders bedeutsamen Verträge²⁸ mit Drittstaaten, näher zu beleuchten. Die EU hat durch Art. 216 AEUV eine allgemeine völkerrechtliche Vertragsabschlusskompetenz, deren zugehöriges Verfahren in Art. 218 AEUV geregelt ist. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich um allgemeine Regelungen zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge handelt. Eine diesen Regeln vorgehende Sonderbestimmung statuiert Art. 207 AEUV für die gemeinsame Handelspolitik der EU.²⁹ Es sind daher diese beiden Regelungsbereiche hier relevant für die Ermittlung möglicher Einstimmigkeitserfordernisse für Ratsbeschlüsse.

²³ *Nettesheim/Grabitz/Hilf*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 238 AEUV, Rn. 44.

²⁴ BGBl. I 2009, S. 3022; dazu näher *Pechstein*, in: *Streinz*, Art. 48 EUV, Rn. 21.

²⁵ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. („Lissabon“), Rn. 319; näher statt vieler *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 23, Rn. 149.

²⁶ *Obwexer/Hummer*, in: *Streinz*, Art. 238 AEUV, Rn. 25.

²⁷ Diese Unterteilung geht zurück auf *Nettesheim/Grabitz/Hilf*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 238 AEUV, Rn. 41.

²⁸ Synonym dazu werden im EU-Primärrecht auch die Ausdrücke „Abkommen“ (z.B. in Art. 207 und 217 AEUV verwendet) und „Übereinkunft“ (z.B. in Art. 216 und 218 AEUV verwendet) genannt; diese sind bedeutungsgleich, s. nur *Lorenzmeier*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 218 AEUV, Rn. 8. In anderen Sprachfassungen wird daher auch konsistent eine einheitliche Bezeichnung verwendet (z.B. englisch: „agreement“; französisch: „accord“; spanisch: „acuerdo“).

²⁹ *Cottier/Trinberg*, in: *v.d.Groeben/Schwarze/Hatje*, Art. 207 AEUV, Rn. 121; zum Begriff der Handelspolitik umfassend *Arnold/Meindl*, in: *Dausen*, Kapitel K I., Rn. 1 ff.

1. Spezialfall Art. 207 AEUV

Art. 207 Abs. 4 Uabs. 1 AEUV bestätigt noch einmal die allgemeine Regel, dass auch für die Aushandlung und den Abschluss von Abkommen mit einem oder mehreren Drittländern oder internationalen Organisationen im Rahmen der gemeinsamen Handelspolitik (Art. 207 Abs. 3 AEUV) eine qualifizierte Mehrheit genügt. Dazu werden im Anschluss innerhalb dieser Norm aber drei Ausnahmen aufgeführt, für die Einstimmigkeit verlangt wird:

- Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2: Abkommen über den Dienstleistungsverkehr, über Handelsaspekte des geistigen Eigentums oder über ausländische Direktinvestitionen, wenn das betreffende Abkommen Bestimmungen enthält, bei denen für die Annahme interner Vorschriften Einstimmigkeit erforderlich ist;
- Art. 207 Abs. 4 Uabs. 3 lit. a): Abkommen über den Handel mit kulturellen und audiovisuellen Dienstleistungen, wenn diese Abkommen die kulturelle und sprachliche Vielfalt in der Union beeinträchtigen könnten;
- Art. 207 Abs. 4 Uabs. 3 lit. b): Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen des Sozial-, des Bildungs- und des Gesundheitssektors, wenn diese Abkommen die einzelstaatliche Organisation dieser Dienstleistungen ernsthaft stören und die Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten für ihre Erbringung beeinträchtigen könnten.

2. Allgemeiner Fall Art. 218 AEUV

Wenn Art. 207 AEUV nicht einschlägig ist, gelten für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch die EU die Verfahrensregeln des Art. 218 AEUV. Auch darin – in Abs. 8 Uabs. 1 – wird die Grundregel wiederholt, dass der Rat „während des gesamten Verfahrens mit qualifizierter Mehrheit“ beschließt. Eine Ausnahme dazu bildet Art. 218 Abs. 8 Uabs. 2 AEUV für folgende vier Fälle: Der Vertrag betrifft

- einen Bereich, in dem für den Erlass eines Rechtsakts der EU Einstimmigkeit erforderlich ist;
- ein Assoziierungsabkommen (Art. 217 AEUV);
- eine Übereinkunft nach Art. 212 AEUV mit beitrittswilligen Staaten oder
- den Beitritt zur EMRK.

3. Auswirkungen eines Teilbereichs mit Einstimmigkeitserfordernis

Wenn ein Vertrag mehrere Teilbereiche regelt, wie dies auch für CETA und TTIP zutrifft, ist schließlich festzustellen, welche Abstimmungsmehrheit erforderlich ist, wenn auch nur ein Teilbereich des jeweiligen Vertrages einen der soeben genannten Bereiche betrifft.³⁰ Denkbar wären grundsätzlich zwei unterschiedliche Ansätze, dass nämlich entweder nur über den betroffenen Teilbereich einstimmig abzustimmen wäre, während über die restlichen Vertragsteile mit qualifizierter Mehrheit abgestimmt werden kann, oder dass schon ein einziger Einstimmigkeit erfordernder Vertragsteil eine einstimmige Abstimmung über den gesamten Vertrag erforderlich macht.

³⁰ S. dazu auch *Cottier/Trinberg*, in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 207 AEUV, Rn. 126.

Das EU-Primärrecht lässt dazu eine ausdrückliche Regelung vermissen. Allerdings spricht der Wortlaut sowohl von Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 AEUV („wenn das betroffene Abkommen Bestimmungen³¹ enthält“) als auch von Art. 218 Abs. 8 Uabs. 2 AEUV („wenn die Übereinkunft *einen*³² Bereich betrifft“) dafür, dass bereits ein einziger Einstimmigkeit erfordernder Vertragsteil den Beschluss über das gesamte Abkommen als zwingend einstimmig darstellt. Eine Aufteilung von Abstimmungen über einzelne Vertragsteile ist nach dem Primärrecht auch nicht vorgesehen, zumal die zitierten Normtexte jedenfalls implizit davon ausgehen, dass stets nur über den gesamten Vertragstext abgestimmt werden kann. Überdies ist Sinn und Zweck der besonders geregelten Einstimmigkeitserfordernisse, dass zwischen den Interessen der EU an einer einheitlichen Außenvertretung und den Autonomieinteressen der Mitgliedstaaten ein sinnvoller Ausgleich geschaffen wird.³³ Dieser würde systemwidrig umgangen, wenn sich Abstimmungen über einzelne Vertragsteile aufteilen ließen.³⁴

Damit ist davon auszugehen, dass bereits ein einziger Einstimmigkeit erfordernder Vertragsteil von CETA bzw. TTIP dazu führt, dass der Ratsbeschluss über den gesamten Vertrag einstimmig ausfallen muss.

V. Die aktuelle Rechtslage im Lichte von Ratsabstimmungen über CETA und TTIP

Die vorgenannten Voraussetzungen sollen nun auf die Vertragswerke von CETA und TTIP angewendet werden. Allerdings ist bislang nur der (wahrscheinliche, weil noch im Entwurfsstadium befindliche) Vertragsinhalt von CETA bekannt,³⁵ während ein möglicher Vertragstext zu TTIP bislang unter Verschluss gehalten wird. Daher sind die nachstehenden Erwägungen im Großteil auf CETA bezogen zu verstehen, während zu TTIP nur allgemeine Aussagen getroffen werden können.

Im Folgenden soll zwischen einem Ratsbeschluss zum einen über den Vertragsschluss von CETA bzw. TTIP und zum anderen über die mögliche Erklärung der vorläufigen Anwendung unterschieden werden, weil nicht auszuschließen ist, dass über beide Gegenstände in unterschiedlichen Ratssitzungen abgestimmt wird. Außerdem wird vorab zwischen den beiden denkbaren Möglichkeiten unterschieden, dass CETA bzw. TTIP vom Rat entweder als gemischte Übereinkunft oder als reines Unionsabkommen behandelt wird.

1. Abstimmung über CETA bzw. TTIP als gemischte Übereinkunft

Zunächst sei erwähnt, dass es sich nach herrschender und überzeugender Ansicht bei CETA um eine gemischte Übereinkunft³⁶ handelt.³⁷ Abstimmungen im Rat über gemischte Abkommen haben schon deshalb ausschließlich einstimmig zu erfolgen.³⁸ Dies ergibt sich zwar nicht explizit aus dem Text des EU-Primärrechts, allerdings wäre es widersinnig, einerseits die Ra-

³¹ D.h. eine unbestimmte, nicht ausschließlich zu verstehende Anzahl; andernfalls hätte im AEUV eine Einschränkung etwa durch „nur“ erfolgen müssen.

³² Hervorgehoben durch *Verfasser*.

³³ Vgl. etwa *Nettesheim/Duvigneau*, in: Streinz, Art. 207 AEUV, Rn. 51.

³⁴ Vgl. die über die Abgrenzung von gemischten Übereinkünften zu reinen Unionsabkommen parallel laufende Erörterung von *Mayer*, Rechtsgutachten für das BMWi, S. 8 f.

³⁵ Abrufbar in der konsolidierten Fassung vom 26.09.2014 unter

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.

³⁶ Zu gemischten Übereinkünften grundsätzlich näher *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 6, Rn. 5195 ff.

³⁷ *Mayer*, Rechtsgutachten für das BMWi, *passim*; *Mayr*, EuR 2015, S. 575 ff.; a.A. wohl (ohne Bezug zu CETA) *Bings*, Neuordnung, S. 75, 138

³⁸ *Mayer/Ermes*, ZRP 2014, S. 240; *Sattler*, Gemischte Abkommen und gemischte Mitgliedschaften der EG und ihrer Mitgliedstaaten, S. 138 f.

tifikation einer gemischten Übereinkunft in sämtlichen Mitgliedstaaten zu verlangen, wenn schon im Rat selbst keine Einigkeit über den Vertragsschluss herrscht.

2. Abstimmung über CETA bzw. TTIP als reines Unionsabkommen

Für die hier relevante Fragestellung Nr. 1 soll die Qualifizierung von CETA (und höchstwahrscheinlich auch TTIP) als gemischte Übereinkunft außer Acht gelassen werden. Daher werden nun die ein Einstimmigkeitserfordernis aufstellenden Sonderregelungen des EU-Primärrechts selbständig auf ihre Einschlägigkeit für CETA bzw. TTIP untersucht.

Zunächst sind die Sonderregelungen des speziell anwendbaren Art. 207 Abs. 4 AEUV zu beleuchten, auch wenn die besseren Argumente dafür sprechen, dass CETA nicht nach Art. 207 AEUV, sondern nach Art. 218 AEUV zu schließen ist.³⁹ Im Anschluss daran werden die in Art. 218 Abs. 8 Uabs. 2 AEUV aufgestellten Einstimmigkeitserfordernisse untersucht.

a) Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 AEUV und ausländische Direktinvestitionen

Bei CETA bzw. TTIP dürfte es sich (jedenfalls auch) jeweils um ein Abkommen über den Dienstleistungsverkehr, über Handelsaspekte des geistigen Eigentums und über ausländische Direktinvestitionen handeln. Dies führt jeweils für sich genommen gem. Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 Hs. 2 AEUV allerdings ausdrücklich nur dann schon zum Einstimmigkeitserfordernis eines Ratsbeschlusses,⁴⁰ „wenn das betreffende Abkommen Bestimmungen enthält, bei denen für die Annahme interner Vorschriften Einstimmigkeit erforderlich ist.“⁴¹ Dieser Vorbehalt führt angesichts der heute gültigen Regelungen in EUV und AEUV dazu, dass aufgrund Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 AEUV nur noch in seltenen Fällen Einstimmigkeit zu fordern sein wird.⁴² Jedenfalls zum Dienstleistungsverkehr⁴³ und über Handelsaspekte des geistigen Eigentums⁴⁴ ist im Primärrecht ein für die vorliegende Fragestellung einschlägiges Einstimmigkeitserfordernis nicht ersichtlich.

Etwas Anderes gilt jedoch für den Bereich der ausländischen Direktinvestitionen.⁴⁵ Dass CETA und TTIP zumindest auch⁴⁶ ausländische Direktinvestitionen zum Gegenstand haben, dürfte außer Frage stehen.⁴⁷ Insbesondere in CETA werden u.a. der Investitionsschutz (Art. X.9 ff. zu Kapitel 10) und eine Investitionsschiedsgerichtsbarkeit (Art. X.17 ff. zu Kapitel 10) geregelt, was nur im Zusammenhang (auch) mit Direktinvestitionen zu verstehen sein

³⁹ S. dazu nur *Mayer*, Rechtsgutachten für das BMWi, S. 10 ff.

⁴⁰ Diese Bedingung übersehen *Fischer-Lescano/Horst*, attac-Kurzgutachten, S. 11, und gelangen jedenfalls in dieser Pauschalität zu einem unzutreffenden Ergebnis.

⁴¹ Statt vieler *Arnold/Meindl*, in: Dausen, Kapitel K I., Rn. 63.

⁴² *Cottier/Trinberg*, in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 207 AEUV, Rn. 127.

⁴³ Hier gilt der Grundsatz der qualifizierten Mehrheit durchgängig über Art. 62 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 AEUV: *Cottier/Trinberg*, in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 207 AEUV, Rn. 127.

⁴⁴ Hier gilt gem. Art. 118 AEUV ein Einstimmigkeitserfordernis lediglich für Verordnungen über die Sprachregelungen, was hier nicht von Relevanz ist.

⁴⁵ Zum Begriff z.B. *Bings*, Neuordnung, S. 34 f.; *Mayr*, EuR 2015, S. 590 f.; *Terhechte*, EuR 2010, S. 520 f.; zu den Hintergründen für die darauf nunmehr erweiterte Außenhandelskompetenz der EU näher *Weiß*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 207 AEUV, Rn. 38 ff.

⁴⁶ Darüber hinaus dürften (jedenfalls bei CETA) auch Portfolioinvestitionen eine Rolle spielen (vgl. nur *Mayer*, Rechtsgutachten für das BMWi, S. 10 ff.), was jedoch die Betroffenheit von Direktinvestitionen nicht ausschließt.

⁴⁷ Vgl. nur schon die Verwendung dieses Terminus in den Verhandlungsmandaten zu CETA (EU-Dokument 9036/09, seit 15. Dezember 2015 veröffentlicht und abrufbar unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9036-2009-EXT-2/de/pdf>, dort Punkte 7 und 33) und TTIP (EU-Dokument 11103/13, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/S-T/ttip-mandat,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>, dort Punkte 8 und 39); s. i.Ü. die breite Definition des „Investments“ in Art. X.3 zu Kapitel 10 CETA-Entwurf

kann. Im Lichte der (jedenfalls) CETA-Regelungen über ausländische Direktinvestitionen müssten sich nun im EU-Primärrecht Rechtsetzungsbefugnisse ergeben, die ihrerseits Einstimmigkeit erfordern. Dazu kommen die folgenden beiden Ansätze in Betracht:

aa) Kapitalverkehrsfreiheit und Auswirkungen auf bestehende bilaterale Abkommen

Zum einen kann sich ein Einstimmigkeitserfordernis aus den Regelungen des AEUV zur Kapitalverkehrsfreiheit ergeben. Zwar gilt gem. Art. 64 Abs. 2 AEUV auch für Rechtsakte im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit der Grundsatz der qualifizierten Mehrheit für „Maßnahmen für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen“. Allerdings erfordert abweichend davon Art. 64 Abs. 3 AEUV einen einstimmigen Beschluss für solche Maßnahmen, „die im Rahmen des Unionsrechts für die Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittländern einen Rückschritt darstellen“.⁴⁸ Es ist also zu untersuchen, ob dies im Zusammenhang mit CETA bzw. TTIP – zumindest potentiell⁴⁹ – in Betracht kommt.

Während für TTIP zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht sicher festgestellt werden kann, ob mit dem Abkommen die Möglichkeit eines Rückschritts der Liberalisierung des Kapitalverkehrs einhergehen kann, dürfte der Vertragstextentwurf zu CETA dazu genauere Erkenntnisse liefern. Zwar ist umstritten, ob Regelungen des Investitionsschutzes vor Enteignungen, wie auch CETA sie vorsieht, überhaupt von der an Unionskompetenz aus Art. 207 AEUV gedeckt sind.⁵⁰ Sind sie dies nicht, liegt jedenfalls schon deshalb eine gemischte Übereinkunft vor, die für sich genommen bereits Einstimmigkeit im Rat erfordert,⁵¹ was an dieser Stelle aber (trotz überzeugender Gründe für eine gemischte Übereinkunft) im Sinne einer gutachterlichen Gesamtbetrachtung der Fragestellung Nr. 1 außer Acht gelassen werden soll.

Unterstellt man unabhängig davon eine vollumfängliche Unionskompetenz, so kann für einen zwingend einstimmigen Ratsbeschluss über CETA bzw. TTIP sprechen, dass mit dem Vertragsschluss zugleich bestehende bilaterale Abkommen der Mitgliedstaaten über ausländische Direktinvestitionen⁵² beeinträchtigt werden könnten. Zwar hat seit dem Lissabon-Vertrag die EU für ausländische Direktinvestitionen ohnehin eine ausschließliche Vertragsschlusskompetenz im Rahmen der gemeinsamen Handelspolitik gem. Art. 207 AEUV, was sich schon für sich genommen auf bis dato bestehende und geschlossene bilaterale Abkommen dieser Art auswirkt. Allerdings werden diese Verträge nicht schon wegen der mit dem Lissabon-Vertrag einhergehenden Kompetenzverschiebung auf die EU unwirksam.⁵³ Dies folgt unionsrechtlich aus einer Analogie zu Art. 351 Abs. 1 AEUV⁵⁴ und völkerrechtlich schlicht aus dem Grundsatz *pacta sunt servanda*,⁵⁵ vgl. auch Art. 26 Wiener Vertragsrechtskonvention. Jedoch besteht unionsrechtlich die Pflicht der Mitgliedstaaten analog Art. 351 Abs. 2 AEUV, bestehende bilaterale Verträge an nunmehr gültiges Unionsrecht anzupassen, etwa durch Nachverhandlungen oder schließlich auch durch Kündigung des betroffenen bilateralen völkerrechtlichen Vertrages.⁵⁶ Konkretisiert wird diese Pflicht in der Verordnung 1219/2012 zur Einführung einer Übergangsregelung für bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern,⁵⁷ die zugleich bestehende bilaterale Verträge nach Notifizie-

⁴⁸ Dazu näher insgesamt *Wojcik*, in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 64 AEUV, Rn. 15 ff.

⁴⁹ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 64 AEUV, Rn. 28.

⁵⁰ Zum Streitstand nur *Weiß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 207 AEUV, Rn. 42; vgl. auch BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. („Lissabon“), Rn. 379.

⁵¹ S.o. B.V.I sowie Fn. 37 und 38.

⁵² Davon existieren zahlreiche, vgl. nur *Herrmann*, EuZW 2010, S. 207, der von ca. 1000 bis 1300 Abkommen ausgeht.

⁵³ *Weiß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 207 AEUV, Rn. 48.

⁵⁴ *Herrmann*, EuZW 2010, S. 211; *Terhechte*, EuR 2010, S. 522 f.

⁵⁵ *Herrmann*, EuZW 2010, S. 211; *Terhechte*, EuR 2010, S. 522.

⁵⁶ *Herrmann*, EuZW 2010, S. 211; *Terhechte*, EuR 2010, S. 523 f.

⁵⁷ ABl. 2012 L 351, 40.

zung der Kommission durch den Mitgliedstaat vorübergehend – nämlich bis zum Inkrafttreten eines EU-Investitionsschutzabkommens mit dem betreffenden Staat – anerkennt.⁵⁸

Vor diesem Hintergrund ist zu untersuchen, ob zumindest die Möglichkeit besteht, dass Bestimmungen von CETA „im Rahmen des Unionsrechts für die Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittländern einen Rückschritt darstellen“ (Art. 64 Abs. 3 AEUV). Denn alle vor dem Vertrag von Lissabon abgeschlossenen bilateralen Verträge der Mitgliedstaaten über ausländische Direktinvestitionen mit Drittstaaten sind jedenfalls über die Anerkennung durch Verordnung 1219/2012 „im Rahmen des Unionsrechts“ anzusiedeln. Diese enthalten typischerweise auch Regelungen zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs. Andererseits kann sich aus dem Vertragstext eines EU-Abkommens (z.B. CETA oder TTIP) über ausländische Direktinvestitionen ergeben, dass Mitgliedstaaten in Erfüllung ihrer dann aus dem EU-Abkommen bestehenden Pflicht ihre bilateralen Investitionsschutzabkommen mit einem Drittstaat anpassen oder kündigen müssen mit der Folge, dass dadurch ein Rückschritt in der Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit den betroffenen Drittstaaten vollzogen wird. Sobald eine solche Möglichkeit nicht auszuschließen ist, muss gem. Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 i.V.m. Art. 64 Abs. 3 AEUV ein Ratsbeschluss über das EU-Abkommen einstimmig erfolgen.

Aus dem bislang bekannten Vertragstextentwurf zu CETA lässt sich jedenfalls keine ausdrückliche Pflicht der Mitgliedstaaten herauslesen, auf bestehende bilaterale Abkommen über ausländische Direktinvestitionen entsprechend einzuwirken. Allerdings enthält CETA – wie für Investitionsverträge typisch – eine Meistbegünstigungsklausel,⁵⁹ hier Art. X.7 zu Kapitel 10 CETA-Entwurf.⁶⁰ Die Reichweite derartiger Meistbegünstigungsklauseln ist – gerade in Ansehung zahlreicher konkurrierender bilateraler Investitionsverträge, die sämtlich unterschiedliche Schutzstandards aufweisen können – umstritten.⁶¹ Überdies wird es kaum praktikabel sein, den für kanadische Investoren günstigsten Standard aus einem der buchstäblich tausenden Investitionsverträgen der EU-Mitgliedstaaten zu ermitteln, wie es aber gleichwohl der Wortlaut von Art. X.7 zu Kapitel 10 CETA-Entwurf („to investors and to their investments of *any*⁶² third country“) suggeriert. Angesichts dessen ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass zur Verwirklichung eines praktikablen Meistbegünstigungsstandards in CETA die Mitgliedstaaten aus ihrer Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit mit der EU, vgl. Art. 4 Abs. 3 EUV, dazu angehalten sind, durch Anpassung ihrer bilateralen Abkommen einen unional-einheitlichen Schutzstandard für ausländische Direktinvestitionen herbeizuführen, weil ansonsten die Meistbegünstigungsklausel aus CETA keine effektive Wirkung erzielen könnte und impraktikabel wäre. Eine solche Anpassung kann in Einzelfällen in bilateralen Beziehungen auch einen Rückschritt für die Kapitalverkehrsfreiheit zur Folge haben. Da zumindest eine solche Möglichkeit nicht auszuschließen ist, erfordert die Ratsabstimmung über CETA gem. Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 i.V.m. Art. 64 Abs. 3 AEUV ein einstimmiges Ergebnis.

Für TTIP wird, sobald ein Vertragstext veröffentlicht ist, separat zu untersuchen sein, wie sich dieses Abkommen auf andere bilaterale Übereinkünfte auswirkt.

⁵⁸ Engel, SchiedsVZ 2015, S. 222 f.; Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 207 AEUV, Rn. 50.

⁵⁹ Dazu statt vieler Griebel, Investitionsrecht, S. 79 ff.

⁶⁰ Dessen Ziffer 1 besagt: „Each Party shall accord to investors of the other Party and to covered investments, treatment no less favourable than the treatment it accords in like situations, to investors and to their investments of any third country with respect to the establishment, acquisition, expansion, conduct, the operation, management, maintenance, use, enjoyment and sale or disposal of their investments in its territory.“

⁶¹ Griebel, Investitionsrecht, S. 80.

⁶² Hervorhebung durch Verfasser.

bb) Unionsbürgerdiskriminierung

Ein zweiter Anknüpfungspunkt könnte jener der (soweit ersichtlich bislang nicht so bezeichneten) Unionsbürgerdiskriminierung sein. Art. 18 AEUV verbietet im Anwendungsbereich des EU-Primärrechts jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Unionsbürger (Art. 20 AEUV) sind also im Rahmen des Unionsrechts gleich zu behandeln.⁶³ Auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten schlägt dies nicht durch, soweit eigene Staatsangehörige schlechter behandelt werden als andere Unionsbürger; dies wird auch als „Inländerdiskriminierung“ bezeichnet.⁶⁴ Ein ähnliches Phänomen kann nun im Verhältnis der Unionsbürger zu den Staatsangehörigen der EU-Vertragspartner – im Fall von CETA also zu Staatsangehörigen Kanadas – entstehen. Namentlich Kapitel 10 des CETA-Entwurfs führt Privilegien für Investoren ein. Als Investoren gelten nach der Definition in Art. X.3 zu Kapitel 10 aber nur jeweils (soweit natürliche Personen betroffen sind) Staatsangehörige der anderen Vertragspartei; Unionsbürger können also nur dann Investoren im Sinne von CETA sein, wenn sie in Kanada (und gerade nicht innerhalb des Unionsgebiets) investieren. In der Folge steht die durch Art. X.17 ff. zu Kapitel 10 CETA-Entwurf eingeführte Investitionsschiedsgerichtsbarkeit auch nur dann Unionsbürgern offen, wenn es um Streitigkeiten aus Investitionen in Kanada geht, während kanadische Staatsangehörige bei Investitionen in der EU wählen können, ob sie die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit oder aber den innerstaatlichen Rechtsweg in Anspruch nehmen möchten, Art. X.21 zu Kapitel 10 CETA-Entwurf. Damit ist also dieselbe Investition im Unionsgebiet für Unionsbürger nur durch Rechtsschutz vor den staatlichen Gerichten gesichert, während für Kanadier zusätzlich (und nach ihrer Wahl) eine (häufig schnellere und effektivere) Investitionsschiedsgerichtsbarkeit offensteht. Damit werden, jedenfalls was den Rechtsweg aus Investitionen betrifft, kanadische Staatsangehörige gegenüber Unionsbürgern privilegiert behandelt.⁶⁵ Dies soll hier als Unionsbürgerdiskriminierung bezeichnet werden.

Fraglich ist, ob eine Unionsbürgerdiskriminierung überhaupt zulässig sein kann und ggf. unter welchen Voraussetzungen dies möglich ist. Nach herrschender Ansicht ist das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV relativ zu verstehen, Diskriminierungen können also unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein.⁶⁶ Dies versteht sich bislang aber jeweils unter der Prämisse, dass Unionsbürger untereinander wegen ihrer Staatsangehörigkeit ungleich behandelt werden. Zu einer hier so bezeichneten Unionsbürgerdiskriminierung besteht noch keine Dogmatik, weil eine solche Art der Ungleichbehandlung bislang mangels entsprechender Anwendungsfälle auch noch nicht relevant wurde. Allerdings ist nicht einzusehen, warum eine Unionsbürgerdiskriminierung nicht auch unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein könnte. Eine dieser Voraussetzungen dürfte ein einstimmiger Ratsbeschluss sein. Ein solches Einstimmigkeitserfordernis lässt sich aus der Gesamtschau des Zweiten Teils des AEUV (Art. 18 bis 25 – „Nichtdiskriminierung und Unionsbürgerschaft“) herleiten. Darin sind verschiedene Rechtssetzungsbefugnisse u.a. des Rates enthalten, die teilweise eine qualifizierte Mehrheit (Art. 19 Abs. 2, Art. 21 Abs. 2, Art. 23 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1 AEUV) und teilweise Einstimmigkeit (Art. 19 Abs. 1, Art. 21 Abs. 3, Art. 22 Abs. 1 und 2, Art. 25 Abs. 2 AEUV) erfordern.

Dabei fällt auf, dass die Befugnisnormen mit qualifizierter Mehrheit sämtlich zu Erleichterungen der Verwirklichung des Diskriminierungsschutzes sowie der Vorzüge der Unionsbürgerschaft ermächtigen, also im Wesentlichen verfahrensrechtlicher Natur sind. Dagegen rei-

⁶³ Dazu näher *Rust*, in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 18 AEUV, Rn. 29 ff.; *Streinz*, in: Streinz, Art. 18 AEUV, Rn. 8 ff.; *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 18 AEUV, Rn. 6 ff.

⁶⁴ *Rust*, in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 18 AEUV, Rn. 47; *Streinz*, in: Streinz, Art. 18 AEUV, Rn. 62 ff.; *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 18 AEUV, Rn. 49 ff.

⁶⁵ Im Ergebnis ähnlich, jedoch ohne weitere Schlussfolgerung auch *Engel*, SchiedsVZ 2015, S. 225.

⁶⁶ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Art. 18 AEUV, Rn. 38 ff.; *Streinz*, in: Streinz, Art. 18 AEUV, Rn. 44 ff.; *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 18 AEUV, Rn. 20 ff.

chen die Ermächtigungen der Einstimmigkeit erfordernden Befugnisnormen weiter, indem vor allem materiell-rechtliche Erweiterungen des Diskriminierungsschutzes sowie des Schutzgehalts der Unionsbürgerschaft ermöglicht werden. Wenn aber schon Erweiterungen des Diskriminierungsschutzes und der Unionsbürgerschaft nur nach einstimmigem Beschluss möglich sind, darf aus systematischen Gründen jedenfalls kein geringerer Standard für den umgekehrten Fall – hier das bereichsspezifische Absenken des Diskriminierungsschutzes durch völkerrechtliche Vereinbarungen zugunsten Staatsangehöriger von Drittstaaten – gelten. Daher kann die mit CETA einhergehende Unionsbürgerdiskriminierung allenfalls auf einen einstimmigen Beschluss zurückgehen.

cc) Zwischenergebnis

Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 AEUV bewirkt für sich genommen noch kein Einstimmigkeitserfordernis eines Beschlusses über den Abschluss von CETA bzw. TTIP. Allerdings treten hier die Aspekte aus Art. 64 Abs. 3 AEUV i.V.m. mit der Meistbegünstigungsklausel in CETA sowie die durch CETA hervorgerufene Unionsbürgerdiskriminierung hinzu. Beide Gesichtspunkte können für sich genommen allenfalls durch einstimmigen Ratsbeschluss verwirklicht werden, was schließlich auch auf den Beschluss zu CETA (und womöglich auch TTIP) durchgreift.

b) Art. 207 Abs. 4 Uabs. 3 lit. a)

Des Weiteren müssen Abkommen über den Handel mit kulturellen und audiovisuellen Dienstleistungen⁶⁷ einstimmig beschlossen werden, wenn diese Abkommen die kulturelle und sprachliche Vielfalt in der Union beeinträchtigen könnten. Weder aus CETA noch aus TTIP (jedenfalls ist dies anzunehmen) lassen sich tatsächliche Hinweise entnehmen, die zumindest auf eine Beeinträchtigung der sprachlichen Vielfalt der EU hinweisen würden. Im Gegenteil: Art. X.1 Nr. 3 zu Kapitel 10 CETA-Entwurf schließt dies für die EU explizit aus. Daher ist dieser Bereich hier nicht betroffen.

c) Art. 207 Abs. 4 Uabs. 3 lit. b)

Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen des Sozial-, des Bildungs- und des Gesundheitssektors⁶⁸ erfordern einen einstimmigen Beschluss, wenn diese Abkommen die einzelstaatliche Organisation dieser Dienstleistungen ernsthaft stören und die Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten für ihre Erbringung beeinträchtigen könnten. Anders als zur Sprachenvielfalt muss hier die zu erwartende Störung nicht die Union, sondern die Mitgliedstaaten betreffen. Es ist allerdings wiederum weder von CETA noch (voraussichtlich) von TTIP zu erwarten, dass mitgliedstaatliche Verantwortlichkeiten in diesen Sektoren beeinträchtigt werden könnten. Daher ist dieser Bereich hier insgesamt nicht betroffen.

d) Art. 218 Abs. 8 Uabs. 2 S. 1 Var. 1 AEUV

In Betracht kommt schließlich, dass CETA bzw. TTIP mindestens einen Bereich regeln, in dem für den Erlass eines Rechtsakts der EU Einstimmigkeit erforderlich ist. In Abgrenzung zu Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 AEUV gilt dies hier für sämtliche Bereiche und nicht nur für speziell genannte Gebiete.⁶⁹

aa) Rückgriff auf die in Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 AEUV genannten Bereiche

Die bereits oben unter a) zu Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 AEUV angesprochenen Aspekte können auch hier herangezogen werden, weil sie sich auch auf Art. 218 Abs. 8 Uabs. 2 S. 1 Var. 1 AEUV niederschlagen. Schon deshalb ist für den Vertragsabschluss von CETA bzw. TTIP

⁶⁷ Zum Begriff näher *Hahn*, in: Calliess/Ruffert, Art. 207 AEUV, Rn. 107 ff.

⁶⁸ Zum Begriff näher *Hahn*, in: Calliess/Ruffert, Art. 207 AEUV, Rn. 116.

⁶⁹ Vgl. etwa *Weiß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 207 AEUV, Rn. 101.

Einstimmigkeit im Rat erforderlich, und zwar unabhängig davon, ob die Vertragsschlusskompetenz der EU auf Art. 207 AEUV oder Art. 216 ff. AEUV zurückzuführen ist.

Darüber hinaus können sich weitere im AEUV statuierten Einstimmigkeitserfordernisse auf den Abschluss von CETA (ausgehend von dem veröffentlichten Vertragstext) niederschlagen, wenn auch CETA einen darin angesprochenen Regelungsbereich betrifft.

bb) Beihilfe- bzw. Subventionsrecht

108 Abs. 2 Uabs. 2 S. 1 AEUV besagt:

„Der Rat kann einstimmig auf Antrag eines Mitgliedstaats beschließen, dass eine von diesem Staat gewährte oder geplante Beihilfe in Abweichung von Artikel 107 oder von den nach Artikel 109 erlassenen Verordnungen als mit dem Binnenmarkt vereinbar gilt, wenn außergewöhnliche Umstände einen solchen Beschluss rechtfertigen.“

In CETA regelt Kapitel 9 des Vertragsentwurfs den Bereich der Beihilfen bzw. Subventionen⁷⁰ („subsidies“⁷¹). Allerdings ist in dem bekannten Vertragsentwurf zum Subventionsrecht keine Regelungswirkung erkennbar. Insbesondere wird kein Verbot bestimmter Subventionen oder ein spezielles Anerkennungsverfahren geregelt. Stattdessen werden lediglich Notifizierungs- und Konsultationsverpflichtungen zwischen den Vertragsparteien aufgestellt (Art. x2 ff. zu Kapitel 9 CETA-Entwurf), die mangels materieller Regelungswirkung in Bezug auf Subventionen selbst⁷² in keinem Zusammenhang mit Art. 108 Abs. 2 Uabs. 2 S. 1 AEUV stehen. Daher ist jedenfalls für CETA aus dem Subventionsbereich kein weiteres Einstimmigkeitserfordernis abzuleiten.

Dies schließt aber nicht aus, dass für TTIP womöglich etwas Anderes gelten kann.

cc) Steuer- und Abgabenrecht

Die EU hat zwar keine originäre Kompetenz für das Steuerrecht und erhebt auch keine eigenen Steuern.⁷³ Allerdings stehen ihr zur Harmonisierung des gemeinsamen Marktes bestimmte Kompetenzen zu, um so eine Angleichung des mitgliedstaatlichen Steuerrechts zu bewirken.⁷⁴ Dazu besagt etwa Art. 113 AEUV:

„Der Rat erlässt gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses einstimmig die Bestimmungen zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuern, die Verbrauchsabgaben und sonstige indirekte Steuern, soweit diese Harmonisierung für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen notwendig ist.“

Auch die weiteren zur Harmonisierung des Steuer- und Abgabenrechts bestehenden Kompetenzen des Rats statuieren ein Einstimmigkeitserfordernis, so etwa Art. 115, Art. 192 Abs. 2

⁷⁰ Zum Begriff „Beihilfe“ bzw. „Subvention“ s. Maurer, Verwaltungsrecht, § 17, Rn. 35.

⁷¹ Als Definition der Subvention in CETA wird auf das *WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM Agreement)* verwiesen, dessen zugrundeliegender Subventionsbegriff auch zum EU-Beihilferecht passt, vgl. näher Wenig, in: Dausen, Kapitel K II., Rn. 156 ff., sowie Hahn, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Kapitel 6, Rn. 32 ff.

⁷² Exemplarisch Art. x3 zu Kapitel 9 CETA-Entwurf: „If a Party considers that a subsidy, or a particular instance of government support related to trade in services, granted by the other Party is adversely affecting, or may adversely affect its interests, it may express its concern to the other Party and request informal consultations on the matter. The responding Party shall accord full and sympathetic consideration to that request.“

⁷³ Seiler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 113 AEUV, Rn. 9.

⁷⁴ Seiler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 113 AEUV, Rn. 10 ff.

S. 1 lit. a, Art. 194 Abs. 3 oder Art. 223 Abs. 2 AEUV.⁷⁵ Für CETA und TTIP bedeutet dies, dass, sobald mit einem dieser Verträge eine Steuer- oder Abgabeharmonisierung ermöglicht wird, die Abstimmung über den gesamten Vertrag unter Einstimmigkeitsvorbehalt steht. Für CETA ist dies schon angesichts des am 24. April 2009 der EU-Kommission erteilten Verhandlungsmandats⁷⁶ anzunehmen, dessen Punkte 10 und 13 ausdrücklich vom Verbot steuerlicher Diskriminierung und von der Abschaffung von Ausfuhrsteuern sprechen. Dies erfordert zwingend eine Harmonisierung in den Mitgliedstaaten. Ähnliches ergibt auch aus Punkt 10 des Verhandlungsmandats für TTIP vom 17. Juni 2013.⁷⁷ Im Vertragsentwurf zu CETA kommt dies etwa durch Art. 7 zu Kapitel 3 zum Ausdruck.⁷⁸

Die mit CETA (und höchstwahrscheinlich auch TTIP) einhergehenden Harmonisierungen des Steuer- und Abgabenrechts machen folglich einen einstimmigen Ratsbeschluss unerlässlich.

dd) Arbeits- und Sozialpolitik

Einstimmigkeitserfordernisse zu Ratsbeschlüssen im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik stellt Art. 153 Abs. 2 Uabs. 2 AEUV auf:

„In den in Absatz 1 Buchstaben c, d, f und g genannten Bereichen beschließt der Rat einstimmig gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren nach Anhörung des Europäischen Parlaments und der genannten Ausschüsse.“

Die in Bezug genommenen Bereiche sind soziale Sicherheit und sozialer Schutz der Arbeitnehmer (c), Schutz der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsvertrags (d), Mitbestimmungs-/Gewerkschaftswesen (f) sowie Beschäftigungsbedingungen Staatsangehöriger dritter Staaten (g). Jedenfalls im vorliegenden Vertragsentwurf von CETA finden sich keine Hinweise, dass diese Bereiche der Arbeits- und Sozialpolitik betroffen sein könnten. Es gilt aber im Hinblick auf die finalen Versionen der Vertragstexte zu CETA und TTIP im Blick zu behalten, ob die genannten Bereiche dann womöglich berührt sind.

ee) Maßnahmen über Raumordnung, Wasserressourcen, Bodennutzung, Energie

Art. 192 Abs. 2 AEUV betrifft einstimmige Ratsbeschlüsse in verschiedenen weiteren Bereichen:

„Abweichend von dem Beschlussverfahren des Absatzes 1 und unbeschadet des Artikels 114 erlässt der Rat gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren nach Anhörung des Europäischen Parlaments, des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen einstimmig

a) Vorschriften überwiegend steuerlicher Art;

b) Maßnahmen, die

- die Raumordnung berühren,

- die mengenmäßige Bewirtschaftung der Wasserressourcen berühren oder die Verfügbarkeit dieser Ressourcen mittelbar oder unmittelbar betreffen,

⁷⁵ Seiler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 113 AEUV, Rn. 12.

⁷⁶ EU-Dokument 9036/09, seit 15. Dezember 2015 veröffentlicht und abrufbar unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9036-2009-EXT-2/de/pdf>.

⁷⁷ EU-Dokument 11103/13, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/S-T/ttip-mandat.property=pdf.bereich=bmwi2012.sprache=de.rwb=true.pdf>.

⁷⁸ „Neither Party may maintain or institute any duties, taxes or other fees and charges imposed on, or in connection with, the exportation of goods to the other Party, or any internal taxes or fees and charges on goods exported to the other Party, that are in excess of those that would be imposed on those goods when destined for internal sale.“

- die Bodennutzung mit Ausnahme der Abfallbewirtschaftung berühren;

c) Maßnahmen, welche die Wahl eines Mitgliedstaats zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung erheblich berühren.“

Während lit. a) bereits oben unter cc) berücksichtigt wurde, sind hier weitere Maßnahmen über Raumordnung, Wasserressourcen, Bodennutzung und Energie relevant. Der Vertragsentwurf zu CETA befasst sich aus dieser Auflistung ausdrücklich in Art. X.08 Nr. 2 zu Kapitel 2 mit Wasserressourcen. Allerdings wird darin gerade das Recht jeder Vertragspartei auf Schutz und Erhaltung ihrer natürlichen Wasserressourcen festgeschrieben; eine anderweitige Verpflichtung hierzu findet sich im Vertragstext nicht. Weitere Aspekte der genannten Bereiche sind aus dem CETA-Entwurf nicht ersichtlich. Doch sind die finalen Versionen von CETA und TTIP auch vor diesem Hintergrund zu untersuchen, um die erforderliche Abstimmungsmehrheit im Rat zu ermitteln.

ff) Abweichung vom Kommissionsvorschlag

Schließlich ist ein einstimmiger Ratsbeschluss immer dann erforderlich, wenn er von dem eingebrachten Vorschlag der Kommission abweichen möchte, Art. 293 Abs. 1 AEUV.⁷⁹ Dies ist für CETA bzw. TTIP bislang nicht ersichtlich, sollte aber für den Fall des Vertragsschlusses weiter im Blick behalten werden.

e) Art. 218 Abs. 8 Uabs. 2 S. 1 Var. 2, 3 und S. 2 AEUV

Da es sich bei CETA bzw. TTIP nicht um ein Assoziierungsabkommen, eine Übereinkunft nach Art. 212 AEUV mit beitriftwilligen Staaten oder ein Abkommen über den Beitritt zur EMRK handelt, sind die übrigen Varianten eines Einstimmigkeitserfordernisses aus Art. 218 Abs. 8 Uabs. 2 AEUV hier nicht einschlägig.

f) Zwischenergebnis

CETA (und womöglich auch TTIP) können nur nach einstimmigem Beschluss im Rat verabschiedet werden. Dies ergibt sich aus Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 i.V.m. Art. 64 Abs. 3 AEUV sowie dem Aspekt der Unionsbürgerdiskriminierung sowie aus 218 Abs. 8 Uabs. 2 S. 1 Var. 1 AEUV i.V.m. den primärrechtlichen Regelungen zum Steuer- und Abgabenrecht.

3. Abstimmung über eine vorläufige Anwendung

Das soeben ermittelte Einstimmigkeitserfordernis für den Ratsbeschluss über den Vertragsabschluss zu CETA bzw. TTIP muss nicht notwendigerweise automatisch auch für einen möglichen vorangehenden Beschluss über die vorläufige Anwendung eines dieser Abkommen gelten. Dafür muss es vielmehr primärrechtliche Anhaltspunkte geben.

Die – unionsrechtliche⁸⁰ – Möglichkeit, dass auch Abkommen der EU vorläufig angewendet werden können, ergibt sich aus Art. 218 Abs. 5 AEUV. Mangels Spezialregelung gilt dies sowohl für Abkommen in der gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 207 AEUV als auch für alle übrigen völkerrechtlichen Verträge nach Art. 218 AEUV. Daher findet Art. 218 Abs. 8 AEUV uneingeschränkt Anwendung, der „während des gesamten Verfahrens“ grundsätzlich eine qualifizierte Mehrheit anordnet. Wenn aber – wie hier – ausnahmsweise zum Vertragsabschluss ein einstimmiger Beschluss erforderlich ist, so strahlt dies auch auf das wörtlich ge-

⁷⁹ Dazu statt vieler *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 293 AEUV.

⁸⁰ Völkerrechtlich ergibt sich die unproblematisch aus Art. 25 der Wiener Vertragsrechtskonvention (jeweils in der Fassung für Verträge zwischen Staaten sowie zwischen Staaten und Internationalen Organisationen).

nannte „gesamte Verfahren“ ab.⁸¹ Daher sind nach dem Wortlaut sowie der systematischen Stellung von Art. 218 Abs. 8 AEUV als allgemeingültige Norm für das Vertragsschlussverfahren sämtliche Entscheidungsschritte im Rat mit der Abstimmungsmehrheit zu treffen, die auch für den Vertragsschluss selbst gilt – im Fall von CETA (und womöglich auch TTIP) also einstimmig.

Zusammenfassung: Unabhängig von der hier nicht zu beantwortenden Frage, ob es sich bei CETA bzw. TTIP um gemischte Übereinkünfte handelt, können diese Abkommen nur durch einen einstimmigen Beschluss des EU-Rats verabschiedet werden. Dieses Einstimmigkeitserfordernis gilt auch für sämtliche einem Vertragsschluss vorgelagerten Beschlüsse im Zusammenhang mit diesen Abkommen einschließlich eines möglichen Beschlusses über die vorläufige Anwendung.

⁸¹ So ausdrücklich *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 6, Rn. 5187.; vgl. i.Ü. *Mögele*, in: Streinz, Art. 218 AEUV, Rn. 28, der wohl bewusst „Verhandlungen“ (und nicht bloß Vertragsschlüsse) in den Vordergrund rückt; ebenso *Bungenberg*, in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 218 AEUV, Rn. 58.

C. Mögliche verfassungsgerichtliche Rechtsbehelfe einer kommunalen Gebietskörperschaft oder Landesregierung (Fragestellung Nr. 2)

I. In Betracht kommende Rechtsbehelfe

Als Vorfrage ist zu prüfen, welche verfassungsgerichtlichen Rechtsbehelfe überhaupt im Lichte der Fragestellung Nr. 2 in Betracht kommen. Dabei ist jeweils als Verfahrensgegenstand auf das Abstimmungsverhalten des deutschen Vertreters im (EU-)Rat oder auf den Erlass eines deutschen Zustimmungsgesetzes zu CETA bzw. TTIP abzustellen, wie dies ausführlich im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung einer Verfassungsbeschwerde in dem diesem Rechtsgutachten vorangegangenen Gutachten des *Verfassers* beschrieben wurde.⁸²

Taugliche Rechtsbehelfe können nur solche sein, die entweder eine kommunale Gebietskörperschaft oder eine Landesregierung als Verfahrensführerin überhaupt vorsehen. Die Rechtswegeröffnung vor dem Bundesverfassungsgericht ist in Art. 93 GG (teils mit Verweis auf andere Normen des GG) geregelt, daher können sich die in Betracht kommenden Rechtsbehelfe grundsätzlich nur hieraus ergeben. Besondere Rechtswegzuweisungen durch Bundesgesetz, Art. 93 Abs. 3 GG,⁸³ sind hier nicht einschlägig.

1. Einer kommunalen Gebietskörperschaft

Als verfassungsgerichtlicher Rechtsbehelf einer kommunalen Gebietskörperschaft kommt einzig die Kommunalverfassungsbeschwerde, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, in Betracht.⁸⁴ Eine solche können alle Gemeinden und Gemeindeverbände i.S.v. Art. 28 Abs. 2 GG erheben.⁸⁵

2. Einer Landesregierung

Eine Landesregierung kann stattdessen grundsätzlich eine abstrakte Normenkontrolle, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, eine Kompetenzkontrolle, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG, einen Bund-Länder-Streit, Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, einen öffentlich-rechtlichen Bund-Länder-Streit, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG, sowie ein Kompetenzfreigabeverfahren, Art. 93 Abs. 2 S. 1 GG, initiieren. Beim Bund-Länder-Streit ist zu beachten, dass Verfahrenspartei nicht die Landesregierung, sondern das Bundesland selbst ist, das aber durch seine Landesregierung vertreten wird.⁸⁶

Aus diesem Katalog kommt hier von vornherein der öffentlich-rechtliche Bund-Länder-Streit nicht in Betracht, weil dieser zum einen nur subsidiär Anwendung findet und zum anderen den genannten Verfahrensgegenstand unter keinem denkbaren Aspekt betrifft.⁸⁷ Auch ein Kompetenzfreigabeverfahren ist mangels Berührungspunkte zum Verfahrensgegenstand von vornherein auszuschließen.⁸⁸

⁸² Dort unter C.I.5., S. 25 ff.

⁸³ Dazu näher *Hömig*, in: *Hömig*, Art. 93, Rn. 38.

⁸⁴ Vgl. zu diesem Verfahren nur *Hömig*, in: *Hömig*, Art. 93, Rn. 32 f.

⁸⁵ *Bethge*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, § 13 Nr. 8a, Rn. 51.

⁸⁶ *Hömig*, in: *Hömig*, Art. 93, Rn. 18.

⁸⁷ Vgl. zu diesem Verfahren nur *Hömig*, in: *Hömig*, Art. 93, Rn. 20.

⁸⁸ Vgl. zu diesem Verfahren nur *Hömig*, in: *Hömig*, Art. 93, Rn. 36.

II. Rechtsbehelf einer kommunalen Gebietskörperschaft: Kommunalverfassungsbeschwerde, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, §§ 13 Nr. 8a, §§ 91 ff. BVerfGG

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird für die allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen auf das vorangegangene Gutachten des Verfassers verwiesen.⁸⁹ Hier soll lediglich – im Sinne der Fragestellung Nr. 2, die sich auf Möglichkeiten⁹⁰ eines Rechtsbehelfs bezieht – auf Beschwerdegegenstand und Beschwerdebefugnis näher eingegangen werden, weil nur diese Prüfungspunkte einen im Lichte der Fragestellung erweiterten Erkenntnisgewinn liefern können.

1. Beschwerdegegenstand

Eine Kommunalverfassungsbeschwerde kann sich nur gegen ein Gesetz oder eine untergesetzliche Rechtsnorm mit Außenwirkung richten.⁹¹ Hier kommt daher einzig das deutsche Zustimmungsgesetz zu CETA bzw. TTIP in Betracht, wenn diese Verträge als gemischte Übereinkünfte geschlossen werden. Ein Abstimmungsverhalten des deutschen Vertreters im EU-Rat lässt sich hingegen nicht auf diesem Weg beeinflussen.

2. Beschwerdebefugnis

Eine kommunale Gebietskörperschaft ist dann beschwerdebefugt, wenn sie eine Rechtsverletzung aus ihrem kommunalen Selbstverwaltungsrecht gem. Art. 28 Abs. 2 GG⁹² geltend macht und eine solche nicht von vornherein ausgeschlossen ist, § 91 BVerfGG.⁹³ Es muss also zumindest möglich sein, dass die klagende Gemeinde in ihrem Selbstverwaltungsrecht durch das Zustimmungsgesetz zu CETA bzw. TTIP beeinträchtigt wird.⁹⁴ Zu beachten ist dabei, dass es sich bei Art. 28 Abs. 2 GG nicht um ein Grundrecht handelt, sondern lediglich um eine institutionelle Garantie.⁹⁵ Daher sind die subjektiven Rechte, auf die sich die einzelne Gemeinde hieraus berufen kann, beschränkt.⁹⁶ Anders als natürliche Personen im Rahmen der Individualverfassungsbeschwerde können sich Gemeinden etwa gerade nicht auf das aus Art. 38 Abs. 1 GG abgeleitete Wahlrecht einschließlich des Demokratieprinzips berufen.⁹⁷ Besteht aber die Möglichkeit einer Betroffenheit aus Art. 28 Abs. 2 GG, muss diese mögliche Rechtsverletzung die klagende Gemeinde selbst, gegenwärtig und unmittelbar treffen.⁹⁸

In Bezug auf TTIP lässt sich gegenwärtig mangels öffentlichen Vertragstexts nicht ermitteln, ob eine solche Möglichkeit besteht. CETA hingegen berührt nach dem bekannten Vertragstext auch den Bereich der kommunalen Selbstverwaltung.⁹⁹ Ob damit jedoch bereits die Möglichkeit einer Verletzung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts anzunehmen ist, lässt sich nach dem gegenwärtigen Stand kaum ermitteln. Dazu bedarf es vielmehr eines Fachgutachtens über die konkreten Auswirkungen von CETA (bzw. später TTIP) auf die kommunalen Gebietskörperschaften, was im Rahmen des vorliegenden Gutachtenauftrags nicht geleistet werden kann.

⁸⁹ Dort unter C.I., S. 24 ff.

⁹⁰ In der Ausgangsfragestellung zu b): „Besteht die Möglichkeit, dass [...] klagt?“, s.o. S. 4.

⁹¹ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 13 Nr. 8a, Rn. 54.

⁹² Dazu umfassend *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 91, Rn. 2 ff.

⁹³ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 13 Nr. 8a, Rn. 56.

⁹⁴ Vgl. *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 91, Rn. 42.

⁹⁵ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 91, Rn. 5 f.

⁹⁶ Dazu näher *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 91, Rn. 14 ff.

⁹⁷ Dazu *Verfasser*, Rechtsgutachten, S. 28 ff.

⁹⁸ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 91, Rn. 43 ff.

⁹⁹ Vgl. dazu *Fischer-Lescano/Horst*, attac-Kurzgutachten, S. 31 ff., 36.

3. Zwischenergebnis

Mit der Kommunalverfassungsbeschwerde haben kommunale Gebietskörperschaften grundsätzlich die Möglichkeit, sich gegen den Abschluss völkerrechtlicher Verträge wie CETA und TTIP zur Wehr zu setzen, wenn diese als gemischte Übereinkünfte geschlossen werden und somit ein deutsches Zustimmungsgesetz angegriffen werden kann. Es hängt jedoch von den konkreten Umständen, die sich aus dem Vertragstext in Bezug auf die kommunale Selbstverwaltung ergeben, ab, ob die klagende Gemeinde auch beschwerdebefugt ist. Sie muss dazu substantiiert darlegen, dass sie nach dem Vertragstext (und damit zugleich dem deutschen Zustimmungsgesetz) zumindest möglicherweise in ihrem Recht aus Art. 28 Abs. 2 GG verletzt ist.

III. Rechtsbehelfe einer Landesregierung bzw. eines Bundeslandes

Wie zur Kommunalverfassungsbeschwerde unter II. soll auch hier im Sinne der Fragestellung Nr. 2 zu den in Betracht kommenden Rechtsbehelfen lediglich auf Verfahrens- bzw. Antragsgegenstand und Antragsbefugnis bzw. Antragsgrund¹⁰⁰ eingegangen werden.

1. Abstrakte Normenkontrolle, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG

a) Antragsgegenstand

Verfahrens- bzw. Antragsgegenstand der abstrakten Normenkontrolle kann ein Bundes- oder Landesgesetz, d.h. jede geltende Rechtsnorm der bundesdeutschen Rechtsordnung sein.¹⁰¹ Für die vorliegende Fragestellung kommt damit als Antragsgegenstand lediglich – wie schon für die Kommunalverfassungsbeschwerde – ein mögliches Zustimmungsgesetz zu CETA bzw. TTIP in Betracht, nicht aber das Abstimmungsverhalten des deutschen Vertreters im EU-Rat. Es muss aber nicht bis zur Ausfertigung und Verkündung des Zustimmungsgesetzes abgewartet werden; ein Verfahren kann stattdessen schon dann eingeleitet werden, wenn sich der Erlass des Gesetzes konkret abzeichnet.¹⁰²

b) Antragsgrund

Die antragstellende Landesregierung muss Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel über die Vereinbarkeit des Zustimmungsgesetzes mit dem GG äußern.¹⁰³ Die konkrete Veranlassung für solche Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel wurden ausführlich in dem vorangegangenen Gutachten des *Verfassers* dargelegt.¹⁰⁴ Angesichts § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG sollte dabei substantiiert geäußert werden, dass die Landesregierung das Zustimmungsgesetz für nichtig hält. Damit ist zugleich auch das zu fordernde objektive Klarstellungsinteresse gegeben.¹⁰⁵

c) Zwischenergebnis

Mittels einer abstrakten Normenkontrolle kann eine Landesregierung ein mögliches Zustimmungsgesetz zu CETA bzw. TTIP verfassungsgerichtlich überprüfen lassen, sobald dessen Ausfertigung und Verkündung konkret absehbar ist.

¹⁰⁰ Die anderslautende Terminologie ergibt sich aus den unterschiedlichen verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten.

¹⁰¹ *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 13 Nr. 6, Rn. 8.

¹⁰² *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 13 Nr. 6, Rn. 8 m.w.N. dort in Fn. 34.

¹⁰³ *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 13 Nr. 6, Rn. 9.

¹⁰⁴ Dort unter C.I.6., S. 28 ff.

¹⁰⁵ *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 13 Nr. 6, Rn. 10.

2. Kompetenzkontrolle, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG, §§ 13 Nr. 6a, 76 ff. BVerfGG

a) Antragsgegenstand

Als Unterfall der abstrakten Normenkontrolle¹⁰⁶ ist der Verfahrensgegenstand der Kompetenzkontrolle ebenfalls ein Gesetz, allerdings nur ein formelles einfaches Bundesgesetz.¹⁰⁷ Dabei geht es speziell um die Frage, ob der Bund das betreffende Gesetz angesichts Art. 72 Abs. 2 GG aus Kompetenzgründen tatsächlich hätte erlassen dürfen. An der Bundeskompetenz für ein Zustimmungsgesetz zu CETA (und ggf. auch zu TTIP) ließe sich allenfalls im Hinblick auf Regelungen zum Staatshaftungsrecht zweifeln.¹⁰⁸

b) Antragsgrund

Die antragstellende Landesregierung muss nach dem Text des Grundgesetzes Meinungsverschiedenheiten mit dem Bund über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes geltend machen, während dessen konkretisierender § 76 Abs. 2 BVerfGG sogar verlangt, dass die Landesregierung das Gesetz für nichtig halten muss.¹⁰⁹ Dies wäre im Falle der Antragstellung im Verfahren jedenfalls substantiiert vorzutragen.

c) Zwischenergebnis

Die Kompetenzkontrolle kann unter den gleichen Voraussetzungen wie die abstrakte Normenkontrolle eingeleitet und parallel dazu¹¹⁰ durchgeführt werden.

3. Bund-Länder-Streit, Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG

a) Verfahrensgegenstand

Anders als in den bislang angesprochenen Verfahren ist der Verfahrensgegenstand des Bund-Länder-Streits weiter. Hier geht es nämlich schlicht um eine Maßnahme oder ein Unterlassen des Antragsgegners,¹¹¹ d.h. des Bundes (vertreten durch die Bundesregierung).¹¹² Damit kommen hier grundsätzlich sowohl ein Zustimmungsgesetz zu CETA bzw. TTIP als auch ein Abstimmungsverhalten des Bundesvertreters im EU-Rat als Verfahrensgegenstand in Betracht.

Allerdings muss sich der Verfahrensgegenstand aus dem beide Teile – Bund und Land – umschließenden Verfassungsverhältnis ergeben.¹¹³ Solche Rechtspositionen lassen sich aber gerade nicht aus den Grundrechten – wie sie im Zusammenhang jedenfalls mit CETA einschlägig wären¹¹⁴ – ableiten.¹¹⁵ Dies schließt aber nicht aus, dass auch im Wege des Bund-Länder-Streits deutsche Mitwirkungsmaßnahmen im Rahmen der EU angegriffen werden können.¹¹⁶ Das Bundeiverfassungsgericht selbst hat in seinem Lissabon-Urteil darauf hingewiesen, dass die – für CETA und ggf. TTIP relevante – Ultra-vires- und Identitätskontrolle¹¹⁷ auch mittels eines Bund-Länder-Streits auf den Weg gebracht werden kann.¹¹⁸

¹⁰⁶ Rozek, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 13 Nr. 6a, Rn. 2.

¹⁰⁷ Rozek, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 13 Nr. 6a, Rn. 8.

¹⁰⁸ Dazu schon *Verfasser*, Rechtsgutachten, S. 22, 47.

¹⁰⁹ Rozek, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 13 Nr. 6a, Rn. 9.

¹¹⁰ Rozek, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 13 Nr. 6a, Rn. 4.

¹¹¹ Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 13 Nr. 7, Rn. 18.

¹¹² Vgl. Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 68, Rn. 4, 63.

¹¹³ Hömig, in: Hömig, Art. 93, Rn. 17.

¹¹⁴ *Verfasser*, Rechtsgutachten, S. 28 ff.

¹¹⁵ Hömig, in: Hömig, Art. 93, Rn. 17 m.w.N.

¹¹⁶ Dazu ausführlich und m.w.N. Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 69, Rn. 52 ff.

¹¹⁷ Dazu schon *Verfasser*, Rechtsgutachten, S. 25 ff.

¹¹⁸ BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. („Lissabon“), Rn. 241.

b) Antragsbefugnis

Das antragstellende Land (vertreten durch die Landesregierung) muss geltend machen, dass es durch die Maßnahme bzw. das Unterlassen des Bundes in seinen durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und/oder Pflichten – also solchen aus dem Bund und Land umschließenden Verfassungsverhältnis (s.o.) – unmittelbar verletzt oder gefährdet ist, §§ 69, 64 Abs. 1 BVerfGG.¹¹⁹ Im Hinblick auf CETA bzw. TTIP ist dabei zwischen den beiden denkbaren Antragsgegenständen zu differenzieren.

Wenn CETA entgegen der hier und im vorangegangenen Gutachten vertretenen Auffassung als reines Unionsabkommen geschlossen wird, ist dies für sich genommen schon ein Ultra-vires-Akt.¹²⁰ Die Bundesregierung ist in diesem Falle verpflichtet, den Vertragsschluss zu verhindern.¹²¹ Dies gelänge durch ein negatives Abstimmungsverhalten des deutschen Vertreters im Rat (vgl. auch oben zu Fragestellung Nr. 1). Das klagende Land wäre durch den Abschluss als reines Unionsabkommen in seinem Recht auf Mitwirkung an dem Abkommen durch Abstimmung im Bundesrat, Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG,¹²² sowie in weiteren Teilhaberechten aus Art. 23 Abs. 2 und 4 GG verletzt. Daher ist ein Land antragsbefugt, wenn absehbar ist, dass CETA als reines Unionsabkommen geschlossen werden soll.

Anders verhält es sich, wenn CETA als gemischte Übereinkunft beschlossen wird. Dann wäre die Mitwirkung der Länder im Bundesrat bei Abstimmung über das Zustimmungsgesetz gem. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG gesichert. Eine Rechtsverletzung aus dem Bund-Länder-Verhältnis ist dann jedenfalls aus diesem Grund nicht ersichtlich. Ob einzelne Bestimmungen aus dem Vertragstext zu CETA eine solche Rechtsverletzung möglich erscheinen lassen kann, ist nicht auszuschließen, kann aber (ähnlich wie zur Kommunalverfassungsbeschwerde) im Rahmen dieses Gutachtens nicht abschließend beantwortet werden.

c) Zwischenergebnis

Auch ein Bund-Länder-Streit kann gegen CETA und ggf. TTIP grundsätzlich geführt werden.

Zusammenfassung: Kommunale Gebietskörperschaften können grundsätzlich gegen ein Zustimmungsgesetz zu CETA bzw. TTIP Kommunalverfassungsbeschwerde erheben. Ihre Beschwerdebefugnis – und damit i.d.R. die Zulässigkeit des Verfahrens – hängt jedoch vom konkreten Einzelfall ab. Eine Landesregierung kann selbst eine abstrakte Normenkontrolle und eine Kompetenzkontrolle einleiten sowie – als Vertreterin ihres Landes – einen Bund-Länder-Streit führen. Die Zulässigkeit des Bund-Länder-Streits hängt jedoch von der tatsächlichen Konstellation um die Verabschiedung von CETA bzw. TTIP im Einzelfall ab.

¹¹⁹ Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 69, Rn. 64.

¹²⁰ Verfasser, Rechtsgutachten, S. 25 f.

¹²¹ Verfasser, Rechtsgutachten, S. 26 ff.

¹²² Eine Beteiligung des Bundesrats ist über Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG erforderlich, weil durch das Zustimmungsgesetz weitere Hoheitsrechte übertragen werden, vgl. bereits Verfasser, Rechtsgutachten, S. 34 f.

D. Literaturverzeichnis

- Bings, Sophie Luise*: Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, Baden-Baden 2014 (zit.: Neuordnung).
- Birnstiel, Alexander/Bungenberg, Marc/Heinrich, Helge (Hrsg.)*: Europäisches Beihilfenrecht, Baden-Baden 2013 (zit.: Bearbeiter, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich).
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.)*: EUV-AEUV-Kommentar, 4. Aufl. München 2011 (zit.: Bearbeiter, in: Calliess/Ruffert).
- Dauses, Manfred (Hrsg.)*: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 38. EL München 2015 (zit.: Bearbeiter, in: Dauses).
- Engel, Daniel*: Investitionsschutzstreitigkeiten in der Europäischen Union, SchiedsVZ 2015, S. 218-225.
- Fischer-Lescano, Andreas/Horst, Johan*: Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA), Juristisches Kurzgutachten im Auftrag von attac/München, Oktober 2014, abrufbar unter http://www.attac.de/fileadmin/user_upload/Gruppen/Muenchen/Papiere/CETA-Rechtsgutachten_Oktober_2014_Fischer-Lescano_Uni_Bremen.pdf (zit.: attac-Kurzgutachten).
- Frenz, Walter*: Handbuch Europarecht, Band 6: Institutionen und Politiken, Heidelberg u.a. 2011 (zit.: Handbuch Europarecht, Band 6).
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.)*: Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/AEUV, 57. EL, München 2015 (zit.: Bearbeiter, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim).
- Griebel, Jörn*: Internationales Investitionsrecht, München 2008 (zit.: Investitionsrecht).
- Harratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias*: Europarecht, 8. Aufl. Tübingen 2012.
- Herrmann, Christoph*: Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, EuZW 2010, S. 207-212.
- Hobe, Stephan*: Europarecht, 7. Aufl. München 2012.
- Hömig, Dieter (Hrsg.)*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl. Baden-Baden 2013 (zit.: Bearbeiter, in: Hömig).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.)*: Grundgesetz-Kommentar, 75. EL München 2015 (zit.: Bearbeiter, in: Maunz/Dürig).
- Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert (Hrsg.)*: Bundesverfassungsgerichtsgesetz-Kommentar, 47. EL München 2015 (zit.: Bearbeiter, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge).
- Maurer, Hartmut*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. München 2011 (zit.: Verwaltungsrecht).

- Mayer, Franz C.:* Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar? Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 28. August 2014, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (zit.: Rechtsgutachten für das BMWi).
- Mayer, Franz C./Ermes, Marina:* Rechtsfragen zu den EU-Freihandelsabkommen CETA und TTIP, ZRP 2014, S. 237-241.
- Mayr, Stefan:* „Mixed“ oder „EU-only“ – Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU „gedeckt“?, EuR 2015, S. 575-601.
- Sattler, Sven:* Gemischte Abkommen und gemischte Mitgliedschaften der EG und ihrer Mitgliedstaaten, Berlin 2007.
- Schiffbauer, Björn:* Rechtsgutachten im Auftrag von „Mehr Demokratie e.V.“ vom 17. August 2015 (zit.: Rechtsgutachten).
- Streinz, Rudolf:* EUV/AEUV, 2. Aufl. München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Streinz).
- Terhechte, Jörg Philipp:* Art. 351 AEUV, das Loyalitätsgebot und die Zukunft mitgliedstaatlicher Investitionsschutzverträge nach Lissabon, EuR 2010, S. 517-532.
- von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.):* Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. Baden-Baden 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje).