

RECHTSGUTACHTEN

über die Mehrheitserfordernisse im Rat der Europäischen Union
bei der Abstimmung über CETA

von

Professor Dr. iur. Bernhard Kempen, Universität zu Köln
unter Mitwirkung von AkadR Dr. iur. Björn Schiffbauer, Universität zu Köln

04. Oktober 2016

Inhaltsverzeichnis

A.	Die Gutachtenfragen	3
B.	Gutachten	4
I.	Vorbemerkungen	4
1.	CETA als gemischtes Abkommen	4
2.	Rechtliche Mehrheitserfordernisse und politische Opportunitätserwägungen	5
II.	Prämisse: CETA als gemischtes Abkommen	5
1.	Mehrheitserfordernisse im Rat bei der Unterzeichnung von CETA	6
a)	Auswirkungen eines Teilbereichs mit Einstimmigkeitserfordernis	6
b)	Einstimmigkeit wegen Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 AEUV und den CETA-Regeln über ausländische Direktinvestitionen	7
aa)	Kapitalverkehrsfreiheit und Auswirkungen auf bestehende bilaterale Abkommen	7
bb)	Unionsbürgerdiskriminierung	9
c)	Zwischenergebnis	11
2.	Mehrheitserfordernisse im Rat beim Abschluss von CETA	11
3.	Mehrheitserfordernisse im Rat bei der vorläufigen Anwendung von CETA	11
a)	Einheitliche Abstimmungsmodalitäten in allen Verfahrensschritten	11
b)	Einstimmigkeit beim Abweichen von einem Vorschlag der Kommission	12
III.	Prämisse: CETA als ausschließliches EU-Abkommen	12
1.	Veränderte Vertragsstruktur	12
2.	Notwendige Anpassungen des Vertragstextes	13
3.	Unionsinterne Zuständigkeiten und Mehrheits- erfordernisse im Rat	13
C.	Ergebnisse	14

A. Die Gutachtenfragen

Von der Organisation Mehr Demokratie e.V., die insoweit federführend in einem Konsortium weiterer zivilgesellschaftlicher Organisationen tätig ist, wurden folgende Gutachtenfragen formuliert:

„Wie sind die Mehrheitserfordernisse im gesamten Ratifikationsverlauf zum CETA- Abkommen? Ist Einstimmigkeit zwingend erforderlich oder könnte das Abkommen auch mit qualifizierter Mehrheit verabschiedet werden?“

a. Wie wirkt sich die Qualifizierung von CETA als gemischtes Abkommen oder als reines EU-Abkommen auf die Mehrheitserfordernisse für die verschiedenen Abstimmungen aus?

b. Wie wirkt sich in diesem Zusammenhang die Aussage der EU-Kommission aus, dass sie CETA zwar als gemischtes Abkommen behandle, aber der Rechtsauffassung sei, es handele sich bei CETA um ein reines EU-Abkommen?

Im einzelnen

aa. Erforderliche Mehrheit für den Beschluss im Rat der Europäischen Union über die Unterzeichnung von CETA.

bb. Erforderliche Mehrheit für den Beschluss im Rat der Europäischen Union über den Abschluss von CETA.

cc. Erforderliche Mehrheit für den Beschluss im Rat der Europäischen Union über die vorläufige Anwendung von CETA.“

Für die Beantwortung dieser Gutachtenfragen besteht angesichts der rechtlichen Unsicherheiten in den staatlichen und unionalen Institutionen aller Anlass. Tatsächlich wird die Frage, welche Mehrheiten im Rat der Europäischen Union erreicht werden müssen, damit die Beschlüsse zu CETA wirksam gefasst werden können, unterschiedlich beantwortet. So wird auf der offiziellen Internetpräsentation des Rates angegeben, dass gemischte Abkommen nur durch einen einstimmigen Ratsbeschluss abgeschlossen werden können.¹ Bezogen auf CETA erklärte die deutsche Bundesregierung mehrfach, dass die Beschlüsse des Rats über die Unterzeichnung und die vorläufige Anwendung nur einstimmig gefasst werden können². Eine gutachterliche Ausarbeitung des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages gelangt zu dem Ergebnis, dass CETA im Rat nur einstimmig

¹<http://www.consilium.europa.eu/de/council-eu/international-agreements/>

²Antwort von Staatssekretär Machnig (BMWI) auf die kleine Anfrage von MdB Ernst (DIE LINKE), <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/092/1809295.pdf>, S. 3; Antwort von Staatssekretärin Zypries auf die kleine Anfrage von MdB Dröge (GRÜNE), <http://bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/Parlamentarische-Anfragen/9-181-182,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

beschlossen werden könne³. Ein interner, später verfasster Vermerk der selben Abteilung nimmt demgegenüber an, dass die Beschlüsse des Rates mit qualifizierter Mehrheit zu treffen seien⁴. In Österreich hat eine Ausarbeitung des Rechts-, Legislativ- und Wissenschaftlichen Dienstes des Nationalrates die Frage, ob Einstimmigkeit im Rat erforderlich sein wird, offen gelassen, weil die Frage der Mehrheitserfordernisse vom Rat selbst zu treffen sei⁵. Das Völkerrechtsbüro des österreichischen Bundesministeriums für Europa, Integration und Äußeres kommt in einem Gutachten indes zu der Schlussfolgerung, CETA könne im Rat mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden⁶. Im wissenschaftlichen Schrifttum gelangt die ausführliche Publikation von Schiffbauer⁷, auf die im Rahmen dieses Gutachtens vielfach zurückgegriffen wird, zu dem Ergebnis, dass CETA nur durch einstimmige Ratsbeschlüsse in Gang gesetzt werden könne.

B. Gutachten

I. Vorbemerkungen

1. CETA als gemischtes Abkommen

Die Kommission der Europäischen Union hat in den drei Beschlussvorlagen vom 05. 07. 2016 CETA als gemischtes Abkommen qualifiziert⁸. Zugleich hat sie aber in diesen Beschlussvorlagen erklärt, dass sie nach wie vor an ihrer Rechtsauffassung festhalte, wonach CETA in die ausschließliche Zuständigkeit der Union falle, und dass für den Fall, dass der Europäische Gerichtshof in seinem für 2017 erwarteten Gutachten das ähnlich gestaltete Singapur-Freihandelsabkommen als EU-only-Abkommen einordne, „die nötigen Schlüsse gezogen werden“ müssen. 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

³„Fragen zur Ratifikation und zur vorläufigen Anwendung des Comprehensive Economic and Trade Agreements (CETA)“, Ausarbeitung des PE6: Fachbereich Europa des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages vom 22. 02. 2016, Az. PE 6 - 3000 - 19/16.

⁴„Europarechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Unterzeichnung, der vorläufigen Anwendung und dem Abschluss des Comprehensive Economic and Trade Agreements (CETA)“, Vermerk des Leiters des PE6: Fachbereich Europa, vom 01. 09. 2016.

⁵Wissenschaftlicher Dienst des österreichischen Nationalrates, „Zusammenfassende Darstellung der Ergebnisse der rechtlichen Prüfung betreffend das Freihandelsabkommen mit Kanada: Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)“ vom 19. 05. 2016, S. 21 f.

⁶Völkerrechtsbüro des österreichischen BMEIA, „Freihandelsabkommen EU-Kanada (CETA); Gutachten zu unionsrechtlichen Grundlagen für Unterzeichnung und Abschluss, zur Kompetenzabgrenzung EU- MS und zur vorläufigen Anwendung“, vom 12. 05. 2016, GZ. BMEIA-EU.8.19.14/0010-1.4/2016, S. 3.

⁷*Schiffbauer*, Mehrheitserfordernisse für Abstimmungen im Rat über TTIP, CETA & Co, EuZW 2016, 252.

⁸Kommissionsvorschläge COM(2016) 444 final, COM(2016) 443 final und COM(2016) 470 final.

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.“

Dies bedeutet nichts anderes, als dass die Kommission sich in einem Zustand rechtlicher Unsicherheit vorbehält, den Ratifikationsprozess, der derzeit auf die Mitwirkung aller EU-Mitgliedstaaten angelegt ist, dahingehend abzuändern, dass die alleinige Entscheidung des Rates ausreicht. Auf die denkbaren Szenarien dieser Verfahrensänderung wird unten sub B. III. eingegangen, zunächst aber werden die aktuellen Kommissionsvorschläge zugrunde gelegt und auf dieser Grundlage ausgearbeitet, welche Mehrheitserfordernisse im Rat bestehen.

2. Rechtliche Mehrheitserfordernisse und politische Opportunitätserwägungen

Bei der Beantwortung der Frage, welche Mehrheitserfordernisse im Rat der Europäischen Union für die Beschlüsse über CETA gelten, dürfen rechtliche Regeln und politische Opportunitätserwägungen nicht miteinander vermengt werden. Die Auffassung, gemischte Abkommen bedürften „in jedem Fall“ eines einstimmigen Beschlusses im Rat, weil es wenig Sinn mache, einen oder mehrere Mitgliedstaaten im Rat zu überstimmen, wenn nachfolgend eine Ratifikationserklärung auch dieser überstimmten Staaten benötigt werde, mag von politischem Realitätssinn zeugen, aber sie entbehrt jeder rechtlichen Grundlage im Unionsrecht. Zu einer realistischen Einschätzung der politischen Abläufe müsste dabei übrigens auch gehören, dass ein Mitgliedstaat im Rat zwar gegen ein gemischtes Abkommen votieren mag, später aber, beispielsweise nach einem Wechsel der politischen Mehrheiten, doch eine positive Ratifikationserklärung abgeben kann. Doch auf diese *politischen* Einschätzungen kommt es, wie gesagt, gar nicht an. Entscheidend ist allein, welche *rechtlichen* Mehrheitserfordernisse im Rat bestehen. Diese Anforderungen können sich nur aus dem geltenden Unionsrecht ergeben.

II. Prämisse: CETA als gemischtes Abkommen

Im folgenden wird vorausgesetzt, dass CETA als ein gemischtes Abkommen abgeschlossen werden soll. Dies entspricht den aktuellen Vorschlägen der Kommission vom 05. 07. 2016

1. Mehrheitserfordernisse im Rat bei der Unterzeichnung von CETA

Der Rat beschließt grundsätzlich in allen Angelegenheiten mit qualifizierter Mehrheit, Art. 16 Abs. 3 EUV. Bezogen auf völkerrechtliche Verträge mit Drittstaaten wiederholt Art. 218 Abs. 8 Uabs. 1 AEUV diese Regel: „Der Rat beschließt während des gesamten Verfahrens mit qualifizierter Mehrheit.“ Dies bezieht sich auf die drei Verfahrensschritte der Unterzeichnung, des Abschlusses und der vorläufigen Anwendung. Allerdings sind sowohl in Art. 219 Abs. 8 UAbs. 2, als auch in Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 und Uabs. 3 AEUV einstimmige Beschlussfassungen für bestimmte Vertragskonstellationen vorgesehen.

a) Auswirkungen eines Teilbereichs mit Einstimmigkeitserfordernis

Wenn ein Vertrag mehrere Teilbereiche regelt, wie dies auch für CETA zutrifft, ist festzustellen, welche Abstimmungsmehrheit erforderlich ist, wenn nur ein Teilbereich des Vertrages einen der soeben genannten Bereiche betrifft⁹. 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.

Das EU-Primärrecht enthält dazu keine ausdrückliche Regelung. Allerdings spricht der Wortlaut sowohl von Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 AEUV („wenn das betroffene Abkommen Bestimmungen enthält“) als auch von Art. 218 Abs. 8 Uabs. 2 AEUV („wenn die Übereinkunft *einen* 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 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. Dieser würde systemwidrig umgangen, wenn sich Abstimmungen über einzelne Vertragsteile aufteilen ließen. Damit ist davon auszugehen, dass bereits ein einziger Einstimmigkeit erfordernder Vertragsteil von CETA dazu führt, dass der Ratsbeschluss über den gesamten Vertrag einstimmig ausfallen muss.

⁹S. dazu auch *Cottier/Trinberg*, in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 207 AEUV, Rn. 126.

b) Einstimmigkeit wegen Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 AEUV und den CETA-Regeln über ausländische Direktinvestitionen

Bei CETA handelt es sich um ein Abkommen über den Dienstleistungsverkehr, über Handelsaspekte des geistigen Eigentums und über ausländische Direktinvestitionen. 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, „wenn das betreffende Abkommen Bestimmungen enthält, bei denen für die Annahme interner Vorschriften Einstimmigkeit erforderlich ist.“ 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. Jedenfalls zum Dienstleistungsverkehr¹⁰ und über Handelsaspekte des geistigen Eigentums¹¹ ist im Primärrecht ein für die vorliegende Fragestellung einschlägiges Einstimmigkeitserfordernis nicht ersichtlich.

Etwas Anderes gilt jedoch für den Bereich der ausländischen Direktinvestitionen¹². Dass CETA auch ausländische Direktinvestitionen zum Gegenstand hat, steht außer Frage¹³. Insbesondere in CETA werden u.a. der Investitionsschutz (Art. 8.12 CETA) und eine Investitionsschiedsgerichtsbarkeit (Art. 8.18 ff. CETA) geregelt, was nur im Zusammenhang mit Direktinvestitionen zu verstehen ist.

Parallel zu den CETA-Regelungen über ausländische Direktinvestitionen existieren im EU-Primärrecht aber Rechtsetzungsbefugnisse, die ihrerseits Einstimmigkeit erfordern. Es handelt sich um folgende Regelungsbereiche.

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

¹⁰Hier 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.

¹¹Hier gilt gem. Art. 118 AEUV ein Einstimmigkeitserfordernis lediglich für Verordnungen über die Sprachenregelungen, was hier nicht relevant ist.

¹²Zum 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.

¹³Siehe die breite Definition der „Investition“ in Art. 8.1 CETA. Vgl. im übrigen die Verwendung dieses Terminus in den Verhandlungsmandaten zu CETA (EU-Dokument 9036/09, seit 15. 12. 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).

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“¹⁴. Es ist also zu untersuchen, ob dies im Zusammenhang mit CETA zumindest potentiell in Betracht kommt.

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 unwirksam¹⁵. Dies folgt unionsrechtlich aus einer Analogie zu Art. 351 Abs. 1 AEUV¹⁶ und völkerrechtlich schlicht aus dem Grundsatz *pacta sunt servanda*, 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 Vertrages¹⁷. Konkretisiert wird diese Pflicht in der Verordnung 1219/2012 zur Einführung einer Übergangsregelung für bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern¹⁸, die zugleich bestehende bilaterale Verträge nach Notifizierung der Kommission durch den Mitgliedstaat vorübergehend – nämlich bis zum Inkrafttreten eines EU-Investitionsschutzabkommens mit dem betreffenden Staat – anerkennt¹⁹.

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 (hier: CETA) 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 eintritt. 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.

¹⁴Dazu näher insgesamt *Wojcik*, in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 64 AEUV, Rn. 15 ff.

¹⁵*Weiß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 207 AEUV, Rn. 48.

¹⁶*Herrmann*, EuZW 2010, S. 211; *Terhechte*, EuR 2010, S. 522 f.

¹⁷*Herrmann*, EuZW 2010, S. 211; *Terhechte*, EuR 2010, S. 523 f.

¹⁸ABl. 2012 L 351, 40.

¹⁹*Engel*, SchiedsVZ 2015, S. 222 f.; *Weiß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 207 AEUV, Rn. 50.

Aus CETA lässt sich keine ausdrückliche Pflicht der Mitgliedstaaten herauslesen, auf bestehende bilaterale Abkommen über ausländische Direktinvestitionen entsprechend einzuwirken. Allerdings enthält CETA – wie für Investitionsverträge typisch – eine Meistbegünstigungsklausel, Art. 8.10 CETA. Die Reichweite derartiger Meistbegünstigungsklauseln ist – gerade in Ansehung zahlreicher konkurrierender bilateraler Investitionsverträge, die sämtlich unterschiedliche Schutzstandards aufweisen können – umstritten. 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 andernfalls die Meistbegünstigungsklausel aus CETA keine effektive Wirkung erzielen würde und inpraktikabel wäre. Eine solche Anpassung kann in Einzelfällen in den bilateralen Beziehungen auch einen Rückschritt für die Kapitalverkehrsfreiheit zur Folge haben. Da zumindest eine solche Möglichkeit nicht auszuschließen ist, erfordert die Ratsabstimmung über die Unterzeichnung von CETA gem. Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 i.V.m. Art. 64 Abs. 3 AEUV ein einstimmiges Ergebnis.

bb) Unionsbürgerdiskriminierung

Ein zweiter Anknüpfungspunkt könnte die bevorstehende Unionsbürgerdiskriminierung sein. Art. 18 AEUV verbietet im Anwendungsbereich des EU-Primärrechts jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Unionsbürger (Art. 20 AEUV) sind im Rahmen des Unionsrechts gleich zu behandeln²⁰. Auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten schlägt dies nicht durch, soweit eigene Staatsangehörige schlechter behandelt werden als andere Unionsbürger; dies wird auch als „Inländerdiskriminierung“ bezeichnet²¹. 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 8 des CETA führt Privilegien für Investoren ein. Als Investoren gelten nach der Definition in Art. 8.1 CETA 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. Folglich steht die durch Art. 8.18 ff. CETA 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

²⁰Dazu 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.

²¹*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.

Anspruch nehmen möchten, Art. 8.21 Abs. 1 lit. f CETA. Damit ist dieselbe Investition im Unionsgebiet für Unionsbürger nur durch Rechtsschutz vor den staatlichen Gerichten gesichert, während für Kanadier zusätzlich und nach ihrer Wahl eine Investitionsschiedsgerichtsbarkeit offensteht. Auf diese Weise werden, jedenfalls was den Rechtsweg aus Investitionen betrifft, kanadische Staatsangehörige gegenüber Unionsbürgern privilegiert²². Dies wird hier als Unionsbürgerdiskriminierung bezeichnet.

Fraglich ist, ob eine Unionsbürgerdiskriminierung zulässig ist 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 sein²³. 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 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 Systematik 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 reichen die Ermächtigungen der Einstimmigkeit erfordernenden Befugnisnormen weiter, indem vor allem materiellrechtliche 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.

²²Im Ergebnis ähnlich, jedoch ohne weitere Schlussfolgerung auch *Engel*, SchiedsVZ 2015, S. 225.

²³*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.

c) **Zwischenergebnis**

Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 AEUV bewirkt für sich genommen noch kein Einstimmigkeitserfordernis eines Beschlusses über den Abschluss von CETA. Allerdings treten die Aspekte aus Art. 64 Abs. 3 AEUV i.V.m. mit der Meistbegünstigungsklausel in CETA sowie die durch CETA hervorgerufene Unionsbürgerdiskriminierung hinzu. Auf diese beiden im unionalen Primärrecht geregelten Fragen kann der Rat nur im Wege einstimmig gefasster Beschlüsse einwirken, was auch auf den Unterzeichnungs-Beschluss zu CETA durchgreift. Dieser Beschluss kann vom Rat nur einstimmig getroffen werden.

2. **Mehrheitserfordernisse im Rat beim Abschluss von CETA**

Das soeben gefundene Ergebnis ist auf den Beschluss über den Abschluss von CETA uneingeschränkt übertragbar. Die Systematik von Art. 218 Abs. 8 Uabs. 1 und Uabs. 2 AEUV ist so zu verstehen, dass die selben Mehrheitserfordernisse für jeden einzelnen Verfahrensschritt gelten. Wenn also für die Unterzeichnung ein einstimmiger Ratsbeschluss erforderlich ist, dann gilt dies genau so für den Abschluss von CETA.

3. **Mehrheitserfordernisse im Rat bei der vorläufigen Anwendung von CETA**

a) **Einheitliche Abstimmungsmodalitäten in allen Verfahrensschritten**

Das soeben ermittelte Einstimmigkeitserfordernis für den Ratsbeschluss über den Vertragsabschluss zu CETA muss notwendigerweise automatisch auch für einen möglichen vorangehenden Beschluss über die vorläufige Anwendung gelten.

Die unionsrechtliche Möglichkeit, dass 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 Vertragsschluss ein einstimmiger Beschluss erforderlich ist, so strahlt dies auch auf das wörtlich genannte „gesamte Verfahren“ ab²⁴. Daher sind nach dem Wortlaut sowie der systematischen Stellung von Art. 218 Abs. 8 AEUV als allgemeingültige Norm für das Vertragsschlussverfahren sämtliche

²⁴So 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.

Entscheidungsschritte im Rat mit der Abstimmungsmehrheit zu treffen, die auch für den Vertragsschluss selbst gilt – im Fall von CETA also einstimmig.

Dies gilt für den Fall, dass CETA entsprechend dem aktuellen Kommissionsvorschlag mit seinem vollständigen Inhalt vorläufig angewandt werden soll. Es gilt aber auch dann, wenn - was derzeit noch nicht abzusehen ist - diejenigen Teile von CETA von der vorläufigen Anwendung ausgeklammert werden sollen, die bei der Unterzeichnung und dem Abschluss das Einstimmigkeitserfordernis auslösen. Art. 218 Abs. 1 Uabs. 1 und Uabs. 2 AEUV gestatten insoweit keine Differenzierung. Die Abstimmungsmodalitäten beziehen sich auf das „gesamte Verfahren“, ohne dass hier eine Differenzierung nach verschiedenen Verfahrensstufen zulässig wäre. Anders gewendet: Wenn für die Unterzeichnung und den Abschluss Einstimmigkeit nötig ist, dann gilt dies auch für die vorläufige Anwendung.

b) Einstimmigkeit beim Abweichen von einem Vorschlag der Kommission

Unabhängig von der beschriebenen Abstimmungsregel kann der Rat nur einstimmig von einem Vorschlag der Kommission abweichen, Art. 293 Abs. 1 AEUV. Dieses Einstimmigkeitserfordernis wird dann entstehen, wenn der Rat nur Teile von CETA vorläufig anwenden will, während der (noch) aktuelle Kommissionsvorschlag auf eine vollständige vorläufige Anwendung von CETA abzielt.

III. Prämisse: CETA als ausschließliches EU-Abkommen

Während die Kommission und die Mitgliedstaaten derzeit davon ausgehen, dass CETA als gemischtes Abkommen abgeschlossen wird, könnte sich nach dem Abschluss des Gutachtenverfahrens vor dem EuGH zum EU-Singapur-Abkommen (EUSFTA)²⁵ eine andere rechtliche Beurteilung ergeben. Es könnte sein, dass CETA unter dem Eindruck des EuGH-Gutachtens als ausschließliches EU-Abkommen einzustufen ist. Für diese Konstellation stellt sich die Frage, ob und wie seitens der Kommission und des Rates zu reagieren ist.

1. Veränderte Vertragsstruktur

Sollte CETA ein EU-only-Abkommen sein, bedeutet dies, dass nur die Union Vertragspartei wird. Die Mitgliedstaaten besitzen dann im Innenverhältnis der Union nicht mehr die Zuständigkeit, eigene völkervertragliche Bindungen in CETA einzugehen. Sie würden, wenn sie gleichwohl Ratifikationserklärungen abgäben, ohne Zuständigkeit, also *ultra vires* handeln. Für möglicherweise bereits abgegebene Ratifikationserklärungen einzelner Mitgliedstaaten würde dies bedeuten, dass diese Erklärungen ohne weiteres und *per se* unwirksam wären.

²⁵EuGH 2/15 - EUSFTA

2. Notwendige Anpassungen des Vertragstextes

Ein „geräuschloses“ Umschwenken vom begonnenen Ratifikationsprozess des CETA als eines gemischten Abkommens zu einem Ratifikationsprozess, den nur die EU zu verantworten hat, kann es nicht geben. Der Ratifikationsprozess müsste abgebrochen werden, indem die Europäische Union gegenüber Kanada erklärt, dass CETA nicht wie vorgesehen ratifiziert werden kann. Zugleich müsste die Union darauf hinwirken, dass der Vertrag nachverhandelt wird. Denn der Vertragstext müsste geändert werden.

Der Text ist derzeit als gemischtes Abkommen aufgesetzt. Er müsste auf die neue Vertragsstruktur als schlichtes bilaterales Abkommen zwischen Kanada und der EU abgeändert werden.

3. Unionsinterne Zuständigkeiten und Mehrheitserfordernisse im Rat

Im Organisationsgefüge der Union sind für diese Schritte die Kommission, der Rat und das Parlament nach Maßgabe des Art. 218 AEUV zuständig. Dies bedeutet insbesondere, dass die Kommission Vorschläge an den Rat richtet, die bislang gefassten Ratsbeschlüsse über die Unterzeichnung, den Abschluss und die vorläufige Anwendung aufzuheben und zugleich der Kommission ein Mandat für Nachverhandlungen zu erteilen.

Die Mehrheitserfordernisse für die Beschlussfassung im Rat ergeben sich auch hier aus Art. 218 Abs. 8 AEUV. Bezüglich der aufzuhebenden schon gefassten Ratsbeschlüsse gilt nach dem Grundsatz der *actus contrarius*-Theorie, dass auch diese Aufhebungsbeschlüsse nur einstimmig gefasst werden können, weil die aufzuhebenden Beschlüsse einstimmig gefasst wurden. Für das Mandat zu Nachverhandlungen und alle nachfolgenden Verfahrensschritte (Unterzeichnung, vorläufige Anwendung und Abschluss) ergibt sich keine Änderung gegenüber der beschriebenen Rechtslage. Diese Beschlüsse können bei gleichbleibendem Vertragsinhalt wegen der eingreifenden Ausnahmeregeln des Art. 207 Abs. 4 Uabs. 2 AEUV nur einstimmig gefasst werden.

C. Ergebnisse

I. Den aktuellen Vorschlag der Kommission, CETA als ein gemischtes Abkommen zu unterzeichnen, kann der Rat nur einstimmig annehmen.

II. Den aktuellen Vorschlag der Kommission, CETA als ein gemischtes Abkommen abzuschließen, kann der Rat nur einstimmig annehmen.

III. Den aktuellen Vorschlag der Kommission, CETA als ein gemischtes Abkommen vollständig vorläufig anzuwenden, kann der Rat nur einstimmig annehmen.

IV. Sollte die Kommission ihren Vorschlag zur vorläufigen Anwendung dahingehend abändern, dass bestimmte Teile von CETA nicht vorläufig angewendet werden sollen, ändert dies an dem Einstimmigkeitserfordernis nichts. Auch einen solchen veränderten Kommissionsvorschlag kann der Rat nur einstimmig annehmen.

V. Sollte sich nach dem Beginn des Ratifikationsprozesses unter dem Eindruck des EuGH-Gutachtens zum EU-Singapur Abkommen herausstellen, dass CETA als ein ausschließliches EU-Abkommen zu sehen ist, kann der Ratifikationsprozess nicht unverändert fortgesetzt werden.

VI. Schon durchgeführte Ratifikationsverfahren in den Mitgliedstaaten wären dann per se unwirksam, weil den Mitgliedstaaten insoweit die Zuständigkeit fehlte. Weitere Ratifikationsverfahren dürften in den Mitgliedstaaten nicht durchgeführt werden.

VII. Die Europäische Union müsste Kanada erklären, dass die Ratifikation von CETA in der ursprünglichen Form nicht möglich ist und Nachverhandlungen anstreben, um den Vertragstext von einem gemischten Abkommen auf ein EU-only-Abkommen umzustellen.

VIII. Auf Vorschlag der Kommission müsste der Rat die bereits gefassten Ratsbeschlüsse zu CETA aufheben und der Kommission ein Mandat zu Nachverhandlungen erteilen. Der Aufhebungsbeschluss kann vom Rat nur einstimmig gefasst werden. Die Neumandatierung der Kommission zu Nachverhandlungen und alle Beschlüsse in den weiteren Verfahrensschritten (Unterzeichnung, vorläufige Anwendung und Abschluss) kann der Rat - bei im übrigen gleichbleibenden Vertragsinhalt - nur einstimmig fassen.