

Rechtliche Probleme der aktuellen Kommissi- onsplanung zu Abschluss und vorläufiger An- wendung des CETA

I. Widersprüchliche Signale der EU Kommission

Die Europäische Kommission hat Anfang Juli 2016 ihre Vorschläge für den Beschluss des Ministerrats der EU gemäß Art. 218 Abs. 5 AEUV zur Unterzeichnung (Dok KOM (2016) 444 final), zum Abschluss (Dok KOM (2016) 443 final) und zur vorläufigen Anwendung des CETA (Dok KOM (2016) 470 final) vorgelegt. Der Vorschlag für einen Beschluss zur Unterzeichnung und zur vorläufigen Anwendung erfolgte erstmals getrennt. Diese Sondersituation erklärt sich aus dem Inhalt der Vorschläge. Während der Vorschlag für einen Beschluss zur Unterzeichnung des CETA von einem Abschluss des CETA als ein gemischtes Abkommen ausgeht (und so auch der Beschluss zum Abschluss), also unter Einbezug aller Mitgliedstaaten als Vertragspartei, sieht der Vorschlag für die vorläufige Anwendung des CETA - obschon es auch dort als Abkommen der EU und ihrer Mitgliedstaaten bezeichnet wird - seine vollständige vorläufige Anwendung vor; letzteres impliziert die umfassende alleinige Zuständigkeit der EU. Die Vorschläge gehen somit von einer unterschiedlichen Beurteilung des Umfangs der Zuständigkeit der EU aus; sie widersprechen sich insoweit.

Denn eine Unterzeichnung als gemischtes Abkommen hat nur zu erfolgen, wenn CETA über die ausschließlichen EU-Kompetenzen hinausgeht und auch die der Mitgliedstaaten berührt. In diesem Falle kann eine vorläufige Anwendung dann aber auch nur teilweise, nämlich nur insoweit erfolgen, als die Abkommensinhalte von der ausschließlichen EU-Kompetenz abgedeckt sind. Die übrigen Inhalte würden keine vorläufige Anwendung finden. Die

Kommission müsste dann konsequenterweise dem Rat nur eine begrenzte und keine vollständige vorläufige Anwendung des CETA vorschlagen. Da die vorläufige Anwendung eines Abkommens der EU gemäß Art. 218 Abs. 5 AEUV nur vom Ministerrat beschlossen wird, kann dies unstreitig nur insoweit erfolgen, als die Bestimmungen des CETA von ausschließlichen EU-Kompetenzen abgedeckt sind. Das CETA Abkommen sieht die Möglichkeit einer nur begrenzten vorläufigen Anwendung vor, s. Art. 30.7.3, insbesondere lit. (b) und (d) CETA.

Dieser Unterschied zwischen den Beschlussvorschlägen der Kommission wird auf den ersten Blick dadurch erklärbar, dass die Kommission die vorgeschlagene Unterzeichnung als gemischtes Abkommen als rein politisches Zugeständnis ansieht und sie an ihrer Rechtsauffassung, CETA sei vollständig von der EU-Zuständigkeit erfasst, festhält. Die Kommission verweist in der Begründung ihrer Vorschläge (dort S. 5 bzw. S. 4) gleichlautend darauf, dass „viele Mitgliedstaaten ... eine andere Auffassung zum Ausdruck gebracht [haben]. Angesichts dessen und um die Unterzeichnung des Abkommens nicht zu verzögern, hat die Kommission beschlossen, die Unterzeichnung des Abkommens als gemischtes Abkommen vorzuschlagen. Der Standpunkt der Kommission [den sie in ihrem Gutachtenantrag zu dem Freihandelsabkommen mit Singapur (Rs. A-2/15) formuliert hat] bleibt davon jedoch unberührt.“¹

Tatsächlich ist die Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten für den Abschluss solch umfangreicher Freihandelsabkommen sehr umstritten.

Unbeschadet dieser hier nicht aufzugreifenden, bereits vielfach erörterten Streitfrage sind die EU-Organe unionsrechtlich jedoch an einem solchen inkonsistenten Vorgehen gehindert (dazu II.). Diese Inkonsistenz, die – vorausgesetzt sie wäre rechtens – zu einer hybriden Natur des CETA Abkommens führt, begegnet durchgreifenden verfassungsrechtlichen Einwänden auch im Hinblick auf die Relevanz der nationalen Ratifikationen von CETA für seine dauerhafte Anwendung (dazu III.). Die hybride Natur macht im Ergebnis die nationalen Ratifikationen zum sinnentleerten Geschehen, was nicht dem Gebot der Achtung der grundlegenden parlamentarischen Funktionen der Mitgliedstaaten entspricht (Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV).

II. Rechtliche Problematik der Aufteilung in zwei inkonsistente Ratsbeschlüsse

1. Kompetenzproblematik gemischter Abkommen bei ausschließlicher EU-Zuständigkeit

¹ Vgl. auch die Presseerklärung hierzu, IP 16-2371.

Dass die EU ein Abkommen als ein gemischtes Abkommen schließt, hat neben kompetenziellen Gründen häufig auch politische Ursachen.² Insbesondere wird auf diese Weise die Unterstützung aus den Mitgliedstaaten sichergestellt. Ob vor diesem Hintergrund die Wahl eines gemischten Abkommens überhaupt Probleme rechtlicher Zulässigkeit aufwirft, ist nicht für alle denkbaren Konstellationen, die Anlass für die Wahl eines gemischten Abkommens geben können, geklärt. Eindeutig entsteht jedoch eine rechtliche Problematik, wenn ein vollständig von der ausschließlichen Zuständigkeit der EU erfasstes Abkommen als ein gemischtes Abkommen abgeschlossen werden soll. Dann ist der Einbezug der Mitgliedstaaten geeignet, die EU an der effektiven Wahrnehmung ihrer Kompetenz zu hindern. Hier wird die Kompetenzfrage zentral, auch wenn die Kommission die politische Bedeutung des Einbezugs der Mitgliedstaaten als Vertragsparteien von CETA betont.

Ob das CETA als ein EU-Only oder als ein gemischtes Abkommen abzuschließen ist, bestimmt sich nicht nach der Einschätzung von Rat oder Kommission, sondern ist – trotz ihrer Schwierigkeiten – eine objektive Rechtsfrage der Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten. Für die Wahl der richtigen Rechtsgrundlage von EU-Rechtsakten betont der EuGH stets, dass sie „auf objektiven und gerichtlich nachprüfbaren Umständen beruhen“ muss.³ Die Wahrung des Rechts der EU ist dem EuGH anvertraut (Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV). Damit entscheidet für die Union verbindlich der EuGH, wie die Zuständigkeiten der EU auszulegen sind; er legt fest, ob aus EU-Sicht CETA vollumfänglich von der ausschließlichen EU-Zuständigkeit abgedeckt ist.⁴

Die Reichweite der EU-Zuständigkeiten für CETA ist dabei einheitlich zu bestimmen sowohl für die Unterzeichnung des CETA als auch für seine vorläufige Anwendung. Es kann hier zu keiner Divergenz kommen. Wenn das Abkommen als gemischtes unterzeichnet und abgeschlossen werden muss, dann gilt diese Abkommensnatur auch für die Beurteilung der Reichweite der vorläufigen Anwendung des CETA. Es kann dann nicht kraft EU-Entscheidung vollumfänglich vorläufig angewendet werden. Die Kompetenzfrage ändert sich nicht je nach Verfahrensstand. Auch gibt der allein innerunional angelegte politische Grund für Unterzeichnung und Abschluss von CETA als gemischtes Abkommen keine rechtliche Grundlage für eine Differenzierung.

Wäre die EU vollständig alleine zuständig, würde sich grundsätzlich ein Abschluss als gemischtes Abkommen verbieten. Darin läge eine Be-

² Piet Eeckhout, EU External Relations Law, 2. Aufl 2011, 220 ff.

³ EuGH, Rs. C-137/12, ECLI:EU:C:2013:675, Rn. 52 - Europäisches Übereinkommen über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten.

⁴ Diese Frage kann etwa durch ein Gutachtenantrag einer nationalen Regierung dem EuGH vorgelegt werden. Die Kommission hat dies bezüglich des Freihandelsabkommens mit Singapur selbst getan.

einträchtigung der effektiven Wirkung von alleinigen EU-Zuständigkeiten und eine Rückgabe von EU-Zuständigkeiten. Die EU kann über ihre Kompetenzen nicht ohne weiteres verfügen. Zuständigkeiten sind grundsätzlich nicht disponibel; das folgt aus der Eigenart von Tätigkeitszuweisungen an einen Hoheitsträger. Der Rat kann nicht zugunsten der Mitgliedstaaten ganz oder zum Teil auf die EU-Zuständigkeiten verzichten. Vielmehr ist er gehalten, das Unionsinteresse an einer effektiven Vertretung der EU auf internationaler Ebene durchzusetzen und auf volle Ausübung der EU-Zuständigkeiten zu dringen. „Der Rat darf nicht zulassen, dass die Zuständigkeiten der [Union], wie sie im [AEUV] ausgestaltet sind, verfälscht werden“. Ist eine Zuständigkeit ausschließlich der EU übertragen, können die Mitgliedstaaten nicht tätig werden, außer zur Umsetzung des EU-Rechts, oder nach einer Ermächtigung durch die EU gemäß Art. 2 Abs. 1 AEUV. Vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon wurde geltend gemacht, die EU könne sich ohne weiteres der Unterstützung der Mitgliedstaaten bedienen und daher auch dort rechtlich bedenkenlos gemischte Abkommen abschließen, wo sie dessen nicht bedürfte, weil sie allein handeln könnte.⁵ Diese Auffassung wird mit dem durch den Vertrag von Lissabon eingeführten Art 2 Abs. 1 AEUV, in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung des EuGH, dahingehend konkretisiert, dass eine explizite Ermächtigung an die Mitgliedstaaten nötig ist⁶, die aber ausweislich des Wortlauts von Art 2 Abs. 1 AEUV keinen inhaltlichen Schranken unterliegt.⁷ Ohne eine solche Ermächtigung ist bei einem Abkommen, das insgesamt unter die alleinige EU-Zuständigkeit fällt, unionsrechtlich ein Abschluss als gemischtes Abkommen nicht zulässig.⁸ Die vor allem völkerrechtlich bedingten Sondersituationen, die gleichwohl die Wahl eines gemischten Abkommens auch unionsrechtlich legitimieren können, sind hier nicht einschlägig.⁹

⁵ So Martin Nettesheim, Kompetenzen, in Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl 2009, S. 389 (434).

⁶ Bereits vor Lissabon hat der EuGH für ein nationales Tätigwerden im Bereich ausschließlicher EU-Zuständigkeiten eine Ermächtigung gefordert, EuGH, Rs. C-41/76, Slg. 1976, 1921, Rn. 31/37 – Donckerwolke; näher dazu Christoph Schaefer, EuR 2008, 721 (723 ff). Demgemäß sieht GA Kokott, SchIA in Rs C-13/07, Rn. 60, Fn. 30 in Art 2 Abs. 1 AEUV eine Verankerung dieser Rechtsprechung.

⁷ In der Literatur werden Einschränkungen einer Ermächtigung in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht gefordert; insbesondere wird eine konkrete Spezifizierung der Ermächtigung und damit eine Angabe ihrer Reichweite verlangt. Dazu nur Walter Obwexer, in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl 2015 Art. 2 AEUV, Rn. 19 mwN.

⁸ GA Kokott, SchIA in Rs C-13/07, Rn. 53, 60; Piet Eeckhout, EU External Relations Law, 2. Aufl 2011, 214; Christoph Herrmann, in Streinz/Ohler/Herrmann, Der Vertrag von Lissabon, 3. Aufl. 2010, 151; Wolfgang Weiß, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, 57. EL 2015, Art. 207, Rn. 91. Unklar Rudolf Mögele, in Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 40-42.

⁹ Ein Sonderfall liegt vor, wenn die EU sich, obschon im Innenverhältnis zuständig, nicht an einem Vertragswerk oder einer Internationalen Organisation beteiligen darf, weil ihrem Beitritt völkerrechtliche Hürden entgegenstehen, etwa eine Regel, wonach nur Staaten beitreten können. Dann handeln die MS für sie, vgl. Stefan Kadelbach in von Arnould (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht Bd 10, 2013, § 4, Rn. 60. Beispiel für eine dadurch be-

2. Keine Ermächtigung der Mitgliedstaaten durch Ratsbeschluss

Eine Ermächtigung ist eine rechtsförmliche (in der Form eines Sekundärrechtsakts erfolgende) Überlassung der Zuständigkeit durch die EU an die Mitgliedstaaten. Die Mitgliedstaaten erhalten dann wieder die Zuständigkeit für eine Regelung in diesem Bereich, und gestalten dies nach eigenem Interesse: Die Ermächtigung ist keine Übergabe nur der Zuständigkeitswahrnehmung an die Mitgliedstaaten für und im Interesse der EU. Die Ermächtigung befugt die Mitgliedstaaten vielmehr, dazu eigenbestimmt zu handeln. Das wird deutlich etwa anhand der Ermächtigung zu nationalen Investitionsschutzabkommen aufgrund von Art. 7 ff VO 1219/2012 (sog. BIT-ÜbergangsVO). Diese VO erlaubt auch die Ermächtigung zu bereits abgeschlossenen Abkommen. Die Mitgliedstaaten hatten noch nach Übertragung der Zuständigkeit für den Investitionsschutz (durch den Vertrag von Lissabon zum 1.12.2009) auf die EU bis zum 9.1.2013 Investitionsschutzabkommen abgeschlossen. Art. 12 Abs. 3 VO 1219/2012 erteilt der Kommission insoweit die Befugnis, unionsrechtlich über deren Aufrechterhaltung zu entscheiden („Ermächtigung zur Aufrechterhaltung“).¹⁰ Darin ist eine Ermächtigung an die Mitgliedstaaten zum Abschluss dieser Abkommen zu sehen. Maßstab für die Erteilung der Ermächtigung ist die inhaltliche Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht und ihre Ausrichtung an den Zielen und Grundsätzen der EU (Art. 9 VO 1219/2012).

Die Mitgliedstaaten sind somit bei einer Ermächtigung nicht gebunden, nur für und im Interesse der EU tätig zu werden. Die Ermächtigung erlaubt vielmehr ein Handeln im Eigeninteresse. Das schließt aber ein Vorgehen der Mitgliedstaaten im Sinne der Ermöglichung einer gemeinsam abgestimmten Politik nicht aus. Erlaubt die Ermächtigung den Mitgliedstaaten somit, trotz einer alleinigen EU-Zuständigkeit bilaterale Abkommen abzuschließen, so kann die EU aufgrund von Art. 2 Abs. 1 AEUV erst recht die Mitgliedstaaten beim Abschluss eines EU-Only Abkommen einbeziehen und es als gemischtes abschließen.

Jedoch würde der Rat, wenn er die Unterzeichnung und den Abschluss von CETA so beschließen würde, wie es die Kommission in ihren ein-

gründete sekundärrechtliche Ermächtigung der Mitgliedstaaten zum Vertragsschluss ist Art. 1 Beschluss 2010/321/EU das Rates zur Ermächtigung der Mitgliedstaaten, das Übereinkommen über die Arbeit im Fischeisektor der ILO aus dem Jahr 2007 (Übereinkommen Nr. 188) im Interesse der EU zu ratifizieren, ABl.EU 2010 L 145/12. Ein weiterer nicht einschlägiger Sonderfall ist die Notwendigkeit der Mitwirkung der Mitgliedstaaten für die Umsetzung von Abkommensmechanismen, wie etwa hinsichtlich der Finanzierung; dazu EuGH, Gutachten 1//78, Slg. 1979, 2871, Rn. 60 – Naturkautschukübereinkommen; Kirsten Schmalenbach, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl 2016, Art. 216 AEUV, Rn. 5.

¹⁰ Dazu, dass diese als Ermächtigung nach Art. 2 Abs. 1 AEUV anzusehen ist, vgl. Erwägungsgrund 1 der VO 1219/2012; Keller/Schmitt, in Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Loseblatt, 120 BIT-ÜbergangsVO, Art. 12, Rn. 4

gangs zitierten Dokumenten vorgeschlagen hat, darin gerade keine Ermächtigung an die Mitgliedstaaten erteilen. Denn die Vorschläge für die Beschlüsse enthalten keinerlei explizite oder implizite Ermächtigung an die Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 2 Abs. 1 AEUV. Auch die Begründung des Vorschlags erwähnt keine Ermächtigung. Die Kommission verdeutlicht vielmehr, dass die Unterzeichnung und damit der künftige Abschluss als gemischtes Abkommen nur aus Gründen politischer Rücksichtnahme erfolgen. Eine Ermächtigung liegt nicht vor.

Auch wäre der Rat alleine für eine Ermächtigung nicht zuständig. Die bereits erwähnte VO 1219/2012 ist ein Gesetzgebungsakt des EU-Gesetzgebers gemäß Art 207 Abs. 2 AEUV. Die Ermächtigung erfolgte damals auf der Grundlage eines vom Europäischen Parlament (EP) mitverantworteten Rechtsakts. Ein solcher ist für eine Rückübertragung von Teilen der ausschließlichen Zuständigkeiten nötig, da der Rat nicht alleine über die Zuständigkeit für den Abschluss von Abkommen verfügen kann, der auch der Zuständigkeit des EP unterliegt; Freihandelsabkommen nach Art. 207 bedürfen seiner Zustimmung gemäß Art. 206 Abs. 6 AEUV. Der Beschluss im Rat zur Unterzeichnung ergeht ohne Zustimmung des EP (Art. 218 Abs. 5 AEUV; das EP wird nur informiert gemäß Art. 218 Abs. 10 AEUV¹¹). Daher kann der Rat darin auch keine Ermächtigung nach Art. 2 Abs. 1 AEUV aussprechen.

3. Keine unterschiedliche Betrachtung von Unterzeichnung und vorläufiger Anwendung

Selbst wenn man dies anders sähe, und in dem Unterzeichnungsbeschluss des Rates eine Ermächtigung an die Mitgliedstaaten erkennen wollte, würde diese Rückermächtigung wohl auch für die vorläufige Anwendung gelten und könnte ebenso wenig ein Auseinanderfallen der Zuständigkeitszuschreibung zwischen den Ratsbeschlüssen begründen. Allerdings wurde früher postuliert, dass die freiwillige Einbeziehung der Mitgliedstaaten in den Abkommensabschluss durch Eingehung eines gemischten Abkommens im Innenverhältnis zwischen EU und Mitgliedstaaten die Zuständigkeiten der EU nicht verändere.¹² Eine solche Sichtweise erscheint nicht mit der in Art. 2 Abs. 1 AEUV vorgesehenen Rückübertragung von Entscheidungsbefugnissen vereinbar. Art. 2 Abs. 1 AEUV spricht von einer Ermächtigung an die Mitgliedstaaten im Rahmen der Regelungen zur vertikalen Kompetenzverteilung bei einer ausschließlichen EU-Zuständigkeit. Aus diesem Kontext ergibt sich, dass eine Ermächtigung Zuständigkeitsrelevanz hat, und dass im Bereich ausschließlicher Zuständigkeiten eine Rückermächtigung gerade nicht zur Konversion in eine geteilte Zuständigkeitsart führen kann. Eine in der Ermächtigung liegende Übertragung an die Mitglied-

¹¹ Kirsten Schmalenbach, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl 2016, Art. 218, Rn. 14.

¹² So Martin Nettesheim, Kompetenzen, in Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl 2009, S. 389 (434).

staaten kann von der EU zurückgenommen werden, wirkt aber bis zu dieser Rücknahme dahingehend, dass die EU selbst insoweit ihre Zuständigkeiten übergeben hat und nicht handeln darf, außer die Ermächtigung regelte anderes. Demgemäß sieht etwa die Art. 3 und 12 Abs. 6 VO 1219/2012 vor, dass mit Inkrafttreten von EU Investitionsschutzabkommen die mitgliedstaatlichen, die aufgrund der Ermächtigung geschlossen oder beibehalten werden dürfen, außer Kraft treten. Die Ermächtigung ist insoweit begrenzt; es gibt kein Nebeneinander von ermächtigten nationalen Regeln und alleinigen EU-Regeln.¹³

Schließlich könnte man noch einwenden, es ließe sich zwischen Unterzeichnung und Abschluss einerseits und vorläufiger Anwendung andererseits differenzieren. Eine Ermächtigung aber nur auf eine Verfahrensmitwirkung ohne inhaltliche Kompetenzübertragung zu reduzieren, ist mit dem Charakter einer Zuständigkeitsübertragung im Vertikalverhältnis nicht vereinbar. Kompetenzen weisen sachliche Entscheidungszuständigkeiten zu. Sie können nicht auf eine bloße Verfahrensmitwirkung reduziert werden, zumal wenn diese bei völkerrechtlichen Abkommen für die Außenwirkung erheblich ist. Damit kann auch nicht vorgetragen werden, in dem Vorgehen der EU läge gar keine Ermächtigung im Sinne von Art 2 Abs. 1 AEUV an die Mitgliedstaaten, weil die Einbeziehung (nur) bei Unterzeichnung und Abschluss nicht als eine solche Ermächtigung anzusehen wäre, sondern nur als politisches Ereignis. Dagegen spricht eindeutig die völkerrechtliche Lage. Durch Unterzeichnung und Abschluss des Abkommens auch durch die Mitgliedstaaten unterliegen diese auch unmittelbaren völkerrechtlichen Pflichten und Bindungen, vor Inkrafttreten etwa im Hinblick auf das Frustrationsverbot. Dass die Mitgliedstaaten solche eingehen können, ist ihnen unional nur erlaubt, sofern sie hierzu noch zuständig sind. Die Mitunterzeichnung löst daher unionsrechtliche Folgen aus, die die Kompetenzfrage stellt. Man kann daher nicht argumentieren, die Mitwirkung der Mitgliedstaaten bei Unterzeichnung und Abschluss könnte unionsrechtlich außerhalb der vertikalen Kompetenzordnung zwischen EU und Mitgliedstaaten behandelt werden. Da die Unterzeichnung für den Dritten Relevanz hat, ließe sich dann auch nicht erklären, warum aus einer vollständigen vorläufigen Anwendung des Abkommens nur die EU in Anspruch genommen werden könnte und die Mitgliedstaaten überhaupt nicht betroffen wären. Daher kann zumindest bei völkerrechtlichen Abkommen zuständigkeitsrechtlich nicht zwischen der bloß formalen Unterzeichnung und Abschluss einerseits, und der inhaltlichen Anwendung differenziert werden.

¹³ Auch die Ermächtigungen aus der Zeit vor Lissabon sehen kein Nebeneinander von ermächtigten nationalen Regeln und allein unionaler Regelsetzung vor. Vgl. Marise Cremona, EU External Relations: Unity and Conferral of Powers, in Loic Azoulay (Hg.), *The Question of Competence in the EU*, 2014, 65 (74-76).

Ist die EU für den Abschluss von CETA entgegen obiger Annahme nicht allein zuständig (und dafür gibt es sehr gute Gründe), kann zwar der Rat allein über die Unterzeichnung entscheiden, aber nur für die EU. Die Beteiligung der Mitgliedstaaten am Abschluss des Abkommens ist dann konstitutiv. Konsequenterweise kann in diesem Fall die EU keine vollumfängliche vorläufige Anwendung beschließen. Sie würde ihre Zuständigkeiten überschreiten.

4. Ergebnis

Damit erweist sich die divergierende Zuständigkeitsannahme zwischen dem Vorschlag zur Unterzeichnung und dem zur vorläufigen Anwendung als unzulässig. Entweder das CETA Abkommen ist ein EU Only Abkommen, dann ist die Unterzeichnung als gemischtes Abkommen wegen fehlender Ermächtigung der Mitgliedstaaten unzulässig. Oder das CETA ist ein gemischtes Abkommen, dann ist die umfassende vorläufige Anwendung unzulässig. Im einen wie im anderen Fall ist zumindest einer der von der Kommission vorgeschlagenen Beschlüsse rechtswidrig.

Die Notwendigkeit einer einheitlichen kompetenziellen Betrachtung erklärt auch, warum das EU-Recht davon ausgeht, dass der Beschluss über die Unterzeichnung zugleich eine Aussage über die vorläufige Anwendung trifft. Art. 218 Abs. 5 AEUV sieht vor, dass beides in ein- und demselben Beschluss erfolgt (wobei es keine Pflicht zur vorläufigen Anwendung gibt; nur wenn sie erfolgen soll, ist das bereits mit der Unterzeichnung festzulegen). Hier hat die Kommission erstmalig zwei getrennte und in sich widersprüchliche Beschlüsse vorgeschlagen.

III. Schicksal der vorläufigen Anwendung bei Scheitern einer nationalen Ratifikation

1. Die grundsätzliche Ausgangslage bei (echten) gemischten Abkommen

Bei vorläufiger Anwendung des EU-Only Teils eines gemischten Abkommens stellt sich generell die Frage, welche Auswirkung die verweigerte Zustimmung eines nationalen Parlaments zu dem gemischten Abkommen auf die vorläufige Anwendung hat.

An sich kann das Schicksal der vorläufigen Anwendung und das der nationalen Ratifizierung getrennt werden. Denn die vorläufige Anwendung erfolgt im Umfang der EU-Only Zuständigkeit; allein die EU entscheidet darüber. Die nationalen Ratifikationen sind nicht für die vorläufige Anwendung des EU-Teils, sondern für das Inkrafttreten des gesamten Abkommens erforderlich, und das formal betrachtet auch nur für die Teile, die nationale Zuständigkeiten

berühren.¹⁴ In der Konsequenz wäre die nationale Ratifizierung ohne Relevanz für die vorläufige Anwendung; Probleme im Ratifikationsprozess in den Mitgliedstaaten, wie sie sich bezüglich CETA in Holland und Belgien bereits abzeichnen¹⁵, könnten die Anwendung und das Inkrafttreten des EU-Teils nicht behindern. Allerdings haben die Parteien das Abkommen als gemischtes ausgehandelt und wollen sein umfassendes und nicht nur teilweises Inkrafttreten. Wie der Begriff vorläufige Anwendung zum Ausdruck bringt, kann und soll diese das endgültige Inkrafttreten nicht ersetzen. Das Inkrafttreten setzt die Ratifizierung durch alle Parteien, bei einem gemischtem Abkommen daher durch jeden EU-Mitgliedstaat voraus.¹⁶ Ein endgültiges Scheitern des Ratifikationsprozesses muss daher Auswirkungen auf die vorläufige Anwendung auch nur des EU-Teils haben, und zwar dahingehend, dass damit das gesamte Abkommen, da es als gemischtes abgeschlossen werden sollte, nicht in Kraft treten und die vorläufige Anwendung beendet werden muss (dazu sogleich mehr).

Entscheidend ist damit zunächst, was als endgültiges Scheitern des Ratifikationsprozesses anzusehen ist.

Die verweigerte Zustimmung eines nationalen Parlaments kann dazu führen, dass bei diesem Mitgliedstaat die Ratifikation endgültig unterbleibt, so dass sich die Schicksalsfrage für das gesamte Abkommen stellen mag; zwingend ist dies indes nicht. Abhängig vom nationalen Verfassungsrecht könnte es einer Regierung möglich sein, sich ohne weiteres oder nach gewissen Kautelen über die fehlende parlamentarische Zustimmung hinwegzusetzen und auch völkerrechtlich wirksam das gemischte Abkommen zu ratifizieren. Dies ist uneingeschränkt dort möglich, wo negative Referenden oder Parlamentsvoten für die die Ratifikation verantwortenden Instanzen (idR die Regierung) nicht bindend sind. Das ist derzeit bei dem Assoziationsabkommen mit der Ukraine zu beobachten, das in einem – allerdings nicht bindenden – Referendum von der Mehrheit der holländischen Wähler abgelehnt wurde, der das Parlament indes

¹⁴ Dass sich aus der völkerrechtlichen umfassenden Verantwortung der Mitgliedstaaten für das Abkommen eine auch unionsrechtlich zu beachtende Rechtfertigung für die verfassungsrechtlich notwendige Zustimmung der nationalen Parlamente zu dem gesamten Abkommen ergibt, und die rein formale Betrachtung daher ohnehin zu kurz greift (vgl. näher *Wolfgang Weiß*, DöV 2016, Heft 16, unter I.1.), sei hier um der Vereinfachung der Argumentation willen außen vor gelassen.

¹⁵ Das wallonische Parlament hat am 27.4.2016 der wallonischen Regierung aufgegeben, der belgischen Regierung kein Mandat für den Abschluss von CETA zu gewähren. Das holländische Parlament hat am 28.4.2016 eine vorläufige Anwendung von CETA wegen der unklaren Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und ihren Mitgliedstaaten abgelehnt und die Regierung aufgefordert, vor der Zustimmung zu einer vorläufigen Anwendung das Parlament zu hören. Dazu <https://www.euractiv.com/section/trade-society/news/ceta-runs-into-trouble-with-dutch-walloon-parliaments/> (letzter Zugriff 29.7.2016).

¹⁶ Zu sehr begrenzten Ausnahmefällen, in denen dies anders ist, kraft expliziter völkerrechtlicher Regelung, vgl. Stefan Kadelbach in von Arnould, Enzyklopädie Europarecht, Band 10, § 4, Rn. 65.

nicht folgen will. Selbst wenn Ablehnungen bindend wären, wäre immer noch denkbar, dass auf Betreiben der jeweiligen Regierung die Vertragsparteien der verweigeren Zustimmung dadurch Rechnung tragen, dass sie in Nachverhandlungen den Bedenken des nationalen Parlaments oder der Wählermehrheit nachkommen und durch Protokollerklärungen gewisse Änderungen für diesen Mitgliedstaat erreichen. Dies könnte bei weniger weitreichenden Kritikpunkten auch einseitig durch Vorbehalte bei der Ratifikation erreicht werden, die die für diese Partei verbindliche Auslegung oder Anwendung bedenklicher Normen näher festlegen; solche Vorbehalte müssten gemäß Art. 20 der Wiener Vertragsrechtskonvention regelmäßig von den anderen Parteien gebilligt werden. Gestaltungsmöglichkeiten gibt es insoweit viele, so dass die verweigeren nationale parlamentarische Zustimmung nicht schon automatisch das Ende des gesamten Ratifikationsprozesses und damit das Scheitern des gemischten Abkommens bedeutet.

Erweisen sich solche Wege, die in der Ablehnung des Abkommens zum Ausdruck kommenden Bedenken des Parlaments aufzufangen, nicht als möglich, etwa weil das Parlament eine grundsätzliche Ablehnung des Abkommens formuliert, die auch nicht durch begrenzte Nachverhandlungen abgewendet werden kann, muss das Abkommen in der beabsichtigten Art als gescheitert angesehen werden. Eine letzte Rettungsmöglichkeit bliebe selbst dann aber noch, das gemischte Abkommen auf die zustimmenden Mitgliedstaaten zu beschränken (dass nicht alle EU Staaten bei gemischten Abkommen mitwirken, ist durchaus möglich) und insoweit mit der anderen Vertragspartei in Nachverhandlungen einzutreten.

Erst ein endgültiges Scheitern der Ratifikation in einem Mitgliedstaat und auch aller weiteren Versuche, das gemischte Abkommen dann auf die willigen Mitgliedstaaten zu begrenzen, löst eine Pflicht für die EU aus, die vorläufige Anwendung des gemischten Abkommens zu beenden. Unionsrechtlich ist diese Pflicht in dem Grundsatz loyaler Zusammenarbeit (Art. 4 III EUV) zu verorten, die sich hier aktiviert, weil das Ziel des gemeinsamen Zusammenwirkens, den Abschluss eines gemeinsamen gemischten Abkommens zu bewirken, wegen des endgültigen Wegfalls nationaler Zuständigkeitsbeiträge nicht mehr erreicht werden kann. Der Respekt vor der nationalen Zuständigkeit gebietet es den EU Organen, den Mitgliedstaaten das Ziehen der aus der nationalen Ablehnung sich ergebenden Konsequenz einer Beendigung des Abkommens zu ermöglichen. Der EuGH betont die Verpflichtung von EU und Mitgliedstaaten zu enger Zusammenarbeit bei gemischten Abkommen bei den Verhandlungen

gen und beim Vertragsschluss.¹⁷ Gemischte Abkommen sind – auch wenn der EuGH auf die Unterscheidung der Verfahrensschritte besteht¹⁸ – ein Gesamtgeschehen von EU und Mitgliedstaaten.¹⁹

Die EU Abkommen enthalten eine Klausel, die jeder Vertragspartei ohne weiteres die Beendigung der vorläufigen Anwendung durch schriftliche Mitteilung an die andere Partei erlaubt (so in Art. 30.7.3 (c) CETA). Da die EU sich insoweit im Rahmen ihrer alleinigen Kompetenz bewegt, entscheidet nur die EU über die Beendigung der vorläufigen Anwendung, so wie es auch nur ihre Zuständigkeit ist, über deren Beginn zu bestimmen. Bloße Schwierigkeiten mit der Ratifikation in einem oder mehreren Mitgliedstaaten, selbst deren endgültiges Scheitern nimmt der vorläufigen Anwendung des EU-Only Teils nicht die Grundlage, da das Abkommen insoweit auf der ausschließlichen EU-Zuständigkeit fußt. Die Abkommensteile, die nationale Zuständigkeiten betreffen, und für die die nationale Ratifikation relevant ist, sind ohnehin nicht vorläufig angewendet worden, so dass selbst jahrelange Verzögerungen des Ratifikationsprozesses für die vorläufige Anwendung des EU-Only-Teils unerheblich sind. Das legitimiert die auf die EU-Teile begrenzte jahrelange Anwendung eines gemischten Abkommens auch bei sich hinziehenden nationalen Ratifikationsprozessen, solange damit nicht die Zustimmungsrechte des Europäischen Parlaments unterlaufen werden. Dem Recht des EP, den Freihandelsabkommen der EU zuzustimmen, wird in der Praxis dadurch Rechnung getragen, dass die vorläufige Anwendung erst erfolgt, wenn das EP dem Abkommen zugestimmt hat.

2. Komplikationen aufgrund des hybriden Charakters von CETA, und eine Lösungsmöglichkeit

Die soeben entfalteteten Grundlagen werden wesentlich verkompliziert für das CETA, wenn es – wie von der Kommission beabsichtigt – zwar als gemischtes Abkommen unterzeichnet und abgeschlossen werden soll, seine vorläufige Anwendung aber umfassend erfolgt. Dies soll hier näher analysiert werden, unbeschadet der oben II. formulierten grundsätzlichen Einwände gegen die Rechtmäßigkeit des Vorgehens der Kommission.

¹⁷ EuGH, Gutachten v. 19.3.1993, 2/91, ECLI:EU:C:1993:106, Rn. 36 - ILO Übereinkommen. Zur Einordnung dieser Aussage unter das Loyalitätsgebot vgl. *Christiaan Timmermanns*, The Court of Justice and Mixed Agreements, in: Allan Rosas/Egils Levits/Yves Bot (Hrsg.), The Court of Justice and the construction of Europe, 2013, S. 670.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 28.4.2015, Rs. C-28/12, Kommission / Rat, ECLI:EU:C:2015:282, Rn. 46 ff.

¹⁹ Dazu bereits *Wolfgang Weiß*, Kompetenzverteilung bei gemischten Abkommen am Beispiel des TTIP, DöV 2016, 537 (537 f).

Durch diese spezifische, noch nie dagewesene Gestaltung als einerseits gemischtes, andererseits alleiniges EU Abkommen wird der oben 1. formulierte Zusammenhang zwischen dem endgültigen Scheitern der nationalen Ratifikation (auch das CETA setzt für sein vollständiges Inkrafttreten als gemischtes Abkommen die Ratifikation durch jede Partei, also jeden Mitgliedstaat voraus, Art. 30.7.2 CETA) und der Pflicht der EU zur Beendigung der vorläufigen Anwendung des Abkommens durchbrochen. Eigene rechtliche Probleme stellen sich hier, weil die hybride Natur des CETA die neuartige, völlig ungeklärte Problematik aufwirft, was passiert, wenn das CETA infolge einer - allerdings, wie erwähnt, überaus zweifelhaften, aber hier *arguendo* unterstellten - umfangreichen alleinigen EU Zuständigkeit umfassend vorläufig angewendet werden dürfte, aber seine Ratifikation in einem oder mehreren Mitgliedstaaten wie auch alle Versuche, es auf einige willige MS zu begrenzen, im oben 1. beschriebenen Sinne endgültig gescheitert wäre. Bei einer einheitlichen kompetenziellen Beurteilung erscheint - wie unter 1. erläutert - eindeutig, dass dies zum Scheitern des Abkommens und damit auch zur Beendigung einer vorläufigen Anwendung führen muss.

Diese zwingende Konsequenz bei einem (echten) gemischtem Abkommen würde durch die Unterscheidung zwischen Abschluss des CETA als gemischtem Abkommen und seiner vollständigen vorläufigen Anwendung unterlaufen. Denn die für die vorläufige Anwendung notwendige umfassende EU Kompetenz läge vor und würde eine nicht nur teilweise Anwendung des CETA kompetenziell absichern. Die Verpflichtung zur Beendigung der vorläufigen Anwendung, die aus der Unmöglichkeit eines umfassenden Inkrafttretens des gemischten Abkommens und den daraus sich ergebenden Konsequenzen aus dem Loyalitätsgebot folgt, würde sich hier nicht einstellen, weil das Abkommen auch allein von der EU ratifiziert werden könnte; allein die EU-Zuständigkeiten genügten auch für eine dauerhafte vollumfängliche Anwendung. Die EU, allen voran die Kommission, könnte dem Drängen der Mitgliedstaaten auf Beendigung der vorläufigen Anwendung hier entgegensetzen, dass die EU-Zuständigkeiten alleine genügten und die Mitgliedstaaten ihre Bemühungen zum erfolgreichen Abschluss der Ratifikation zu kommen, fortsetzen müssten. Die EU könnte darauf verweisen, dass die Mitgliedstaaten ihrerseits aufgrund des Loyalitätsgebots nicht der EU die Ausübung ihrer umfassenden Kompetenzen unmöglich machen dürften. Ein Druck des anderen Vertragsteils (Kanadas) wäre nicht zu erwarten, da für ihn das Abkommen vollumfänglich funktioniert, anders als im Normalfall eines gemischten Abkommens, bei dem bestimmte Teile nicht vorläufig angewendet werden und sich insofern auch eine Unzufriedenheit des anderen Teils einstellt.

In dieser Situation streitet somit Art. 4 Abs. 3 EUV für die EU. Die Mitgliedstaaten könnten nicht auf Beendigung der vorläufigen Anwendung bestehen. Allenfalls ließe sich der Verweis von KOM und oder Rat auf das Loyalitätsgebot als treuwidrig einordnen lassen, weil sie durch ihre Gestaltung des Abschlussverfahrens erst diese Situation selbst herbeigeführt haben und sich politisch auf die Notwendigkeit der nationalen Ratifikationen eingelassen haben. Das erscheint aber nur als schwache rechtliche Position der Mitgliedstaaten.

Stärker zugunsten einer Pflicht der EU zur Beendigung der vorläufigen Anwendung spricht der Respekt vor den nationalen Parlamenten und ihren Funktionen und damit einer grundlegenden Funktion der Staaten und ihren grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen nach Art. 4 Abs. 2 EUV. Sich einerseits der Mitwirkung der Mitgliedstaaten versichern zu wollen, dann aber das endgültige Scheitern des nationalen Ratifikationsprozesses als unbeachtlich anzusehen, entwertet die nationalen Ratifikationen. Es wäre dann nicht allein treuwidrig, sondern eine Missachtung nationaler Parlamente, wollte die EU deren endgültige Ablehnung nicht umsetzen. Die nationalen Ratifikationsprozesse wären letztlich unerheblich, völlig irrelevant und entwertet. Das entspricht nicht einer gebotenen und die EU verpflichtenden Achtung grundlegender nationaler Verfassungsstrukturen.

Das Vorgehen der Kommission, die vollumfängliche vorläufige Anwendung vorzuschlagen, läuft somit Gefahr, die nationalen Ratifikationsprozesse völlig zu entwerten. Diese Gefahr kann etwa dadurch abgewendet werden, dass die EU sich zugleich dazu verpflichtet, bei Scheitern des Ratifikationsprozesses in einem Mitgliedstaat die vorläufige Anwendung gemäß Art. 30.7.3 (c) CETA zu beenden.

Fazit

Die Absicht der Kommission, das CETA umfassend vorläufig anzuwenden, gleichwohl aber seine Unterzeichnung als gemischtes Abkommen vorzuschlagen, überschreitet nicht nur die EU-Zuständigkeiten, sondern erweist sich in ihrer Widersprüchlichkeit als rechtlich unzulässig. Ein solcher hybrider Charakter des CETA könnte auch die nationalen Ratifikationen entwerten und die gebotene Achtung vor den grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen der Mitgliedstaaten unterlaufen. Um dem vorzubeugen, sollte sich die EU im Interesse der Rechtsklarheit verpflichten, bei Scheitern des Ratifikationsprozesses in einem Mitgliedstaat die vorläufige Anwendung zu beenden.

Speyer, den 11.8.2016