

Umfassende Freihandelsabkommen und Grundgesetz

- Verfassungsrechtliche Grundlagen der Zustimmung zu CETA -

Tübingen, den 25. Juni 2017

Zusammenfassung der Ergebnisse des Gutachtens in Thesen

Die verfassungsrechtliche Herausforderung

1. Seit einigen Jahren werden in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen Freihandelsabkommen geschlossen, die auf eine wesentlich tiefere und dichtere Integration der Märkte der vertragsschließenden Staaten abzielen, als es dies bei klassischen Handelsabkommen der Fall war. Diese Freihandelsabkommen zielen nicht nur auf die Beseitigung der außenwirtschaftsrechtlichen Hindernisse für den Austausch von Waren und Dienstleistungen an der Grenze ab. Abkommen dieses Typs wirken tief auf die mitgliedstaatliche Ordnung des Binnenraums („hinter der Grenze“) ein. Sie sehen Vorgaben in den Bereichen Umwelt, Soziales, Arbeit u.ä. vor. Sie enthalten zudem weitgehende Vorgaben institutioneller und prozeduraler Art – etwa darüber, wie Verwaltungsverfahren durchzuführen sind. Regelmäßig sehen sie die Einsetzung von Vertragsgremien vor, die die Befugnis haben, Entscheidungen über die Fortentwicklung des Abkommens zu treffen. Sie begründen damit eine neue Form internationaler öffentlicher Gewalt. CETA ist ein Abkommen dieses neuen Typs.

2. Freihandelsabkommen dieses neuen Typs werfen Probleme auf, die sich wesentlich von den Problemen der klassischen außenhandelspolitischen Liberalisierung unterscheiden. Das grundsätzliche Ziel einer liberalen Außenhandelspolitik ist es, Beschränkungen „an der Grenze“ abzubauen und so Freiheit und Effizienz zu fördern. Demgegenüber kann es nicht ihr Ziel sein, die Vertragspartner zu einem vollständigen oder auch nur weitgehenden Abbau ihrer internen Regulierung zu veranlassen. Die Entscheidung, welches Regulierungsniveau angemessen ist, ist hochgradig politischer Natur. Sie muss grundsätzlich den beteiligten Vertragsparteien überlassen bleiben. Wird sie in die Hände überstaatlicher exekutiver Vertragsgremien gelegt, entstehen Legitimationsprobleme.

Grundlage von und Voraussetzung für demokratische Legitimität: Klarheit der Kompetenzabgrenzung und Verhinderung schleichender Kompetenzverlagerungen

3. Die politischen und legitimationstheoretischen Herausforderungen, die sich mit Freihandelsabkommen neuen Typs verbinden, sind von den EU-Institutionen noch nicht hinreichend erkannt worden. Man verhandelt dieses Abkommen wie klassische Handelsabkommen. Dass es dabei zugleich um die Liberalisierung, Harmonisierung und Reregulierung der internen Verhältnisse in den Mitgliedstaaten geht, spiegelt sich im Verhandlungsprozess nicht hinreichend wieder.

4. Gerade weil sich Freihandelsabkommen neuen Typs nicht nur auf die Beseitigung der Hindernisse „an der Grenze“ richten, sondern auch tief in die internen Verhältnisse der Vertragsstaaten eingreifen, bedarf es einer sorgfältigen Klärung, ob neben der Europäischen Union (EU) auch die Mitgliedstaaten an dem Abkommen zu beteiligen sind. Würde die EU alleine ein Abkommen schließen, das Bestimmungen enthält, die jenseits ihrer Zuständigkeiten liegen, handelte es sich um einen „ultra-vires“-Akt. Die Kompetenzüberschreitung könnte vom Bundesverfassungsgericht festgestellt werden.

5. Aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts ergibt sich die Pflicht, schon bei Vertragsschluss zu klären, welche der Bestandteile des Abkommens in den Kompetenzbereich der EU und welche in den Kompetenzbereich der EU-Mitgliedstaaten fallen. Diesem verfassungsrechtlichen Gebot kommt die politische Praxis bislang nicht nach. Selbst wenn man sich – wie im Fall von CETA – politisch darauf verständigt, das Abkommen als gemischtes Abkommen von EU *und* EU-Mitgliedstaaten zu behandeln, bleibt häufig offen, welche Bestandteile von wem politisch zu verantworten sind. Der deutsche Zustimmungsgesetzgeber billigt das Abkommen, ohne dass ihm klar vor Augen steht, wofür er politische Verantwortung übernimmt. Die Anforderungen an die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung (Art. 38 GG, Art. 20 Abs. 2 GG iVm. Art. 79 Abs. 3 GG) werden dadurch verletzt.

6. Die EU verfügt heute (unter anderem) außenhandelsrechtliche Kompetenzen im Bereich des Waren- und Dienstleistungsverkehrs und hinsichtlich der Direktinvestitionen. Offenkundig kann sich so gut wie jede Regelung eines EU-Mitgliedstaats *irgendwie* auf den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr auswirken. Umweltrecht, Sozialrecht, Arbeitsrecht, Steuerrecht, Bildungsrecht, Berufszulassungsrecht, Recht der Kultur etc.: Jedenfalls mittelbare Rückwirkungen auf den Marktzugang und die Rechtsstellung von Waren, Dienstleistungen und Investitionen sind immer gegeben. Die Gefahr besteht, dass die außenhandelsrechtlichen Kompetenzen der EU als Hebel verwandt werden, vermittels dessen die internen Verhältnisse in den EU-Mitgliedstaaten umfassend reguliert und harmonisiert werden.

7. Der EuGH spricht zwar davon, dass die außenhandelsrechtlichen Kompetenzen der EU nur eingesetzt werden dürfen, um mitgliedstaatliche Regelungen zu liberalisieren oder zu harmonisieren, die einen *spezifischen Bezug* zum grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr haben. In seinem Gutachten 2/15 vom 16. Mai 2017 (Freihandelsabkommen EU-Singapur) wird dieses Kriterium aber so weit ausgedehnt, dass der EuGH zum Ergebnis kommt, dass sich die ausschließliche Kompetenz der EU auch auf Regelungen über den sozialen Schutz der Arbeitnehmer und über den Umweltschutz erstreckt. Auch die Zuständigkeit zur Regelung der Anerkennung beruflicher Qualifikationen soll eine ausschließliche Kompetenz der EU sein. Die EU-Mitgliedstaaten verlieren danach erhebliche Teile ihrer Befugnis zur völkerrechtlichen Gestaltung sozial-, umwelt- und wirtschaftsrechtlicher Fragen.

8. In dem Gutachten 2/15 finden sich weitere Versuche des EuGH, die außenhandelsrechtlichen Befugnisse der EU hinsichtlich der Verhältnisse „hinter der Grenze“ auszuweiten. Der EuGH spricht sogar davon, dass die EU Regelungen von „äußerst begrenzter Tragweite“ auch dann treffen könne, wenn sie dafür keine Befugnis habe. In diesen Bereichen bestehen gewichtige Anhaltspunkte für die Vermutung, dass der EuGH eine Kompetenzerweiterung *ultra vires* betreibt, der sich das Bundesverfassungsgericht entgegen stellen muss.

9. Die zu beobachtende schleichende Kompetenzerweiterung („competence creep“) ist demokratisch nicht hinnehmbar. Gestaltungsentscheidungen, die auf der Grundlage der EU-Außenkompetenzen in einem internationalen Verhandlungsraum getroffen werden, sind parlamentarisch-demokratischer Steuerung und Kontrolle in deutlich geringerem Umfang zugänglich, als dies im Fall autonomer interner Gestaltung der Fall ist. Die

Gubernativlastigkeit, die den Entscheidungsprozess der EU schon allgemein kennzeichnet, wird noch verstärkt. Die Möglichkeiten der Mitsprache mitgliedstaatlicher Parlamente erweisen sich als prekär. Das Bundesverfassungsgericht ist aufgerufen, dem Prozess der schleichenden Kompetenzverlagerung Grenzen zu ziehen und so den Raum demokratisch-parlamentarischer Gestaltung in der Bundesrepublik Deutschland zu schützen.

Die Schaffung eines gemischten umfassenden Freihandelsabkommen: Bundesgesetz nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG mit Zustimmung des Bundesrates

10. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat das Grundgesetz im Jahr 1992 um eine Bestimmung ergänzt, auf die sich die deutsche Mitgliedschaft in der EU stützt (Art. 23 GG). Diese Bestimmung enthält inhaltliche Leitlinien (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG) und ein besonderes Ratifikationsverfahren für Vertragsänderungen (Art. 23 Abs. 1 S. 2 -3 GG). Die Bestimmung sichert den Verfassungsorganen Bundestag und Bundesrat zudem besondere Mitspracherechte im Prozess der Integration zu (Art. 23 Abs. 1a-7 GG). Art. 23 GG überlagert und verdrängt die allgemeine Regelung über den Abschluss völkerrechtlicher Verträge (Art. 59 Abs. 2 GG).

11. Bislang ist vom Bundesverfassungsgericht nicht geklärt worden, auf welcher verfassungsrechtlichen Grundlage der deutsche Zustimmungsgesetzgeber einem gemischten Freihandelsabkommen neuen Typs zuzustimmen hat. Häufig wird vorgeschlagen, den Teil eines gemischten Abkommens, der in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fällt, im Verfahren nach Art. 59 Abs. 2 GG zu ratifizieren. Dem ist entgegenzuhalten: Gemischte Abkommen bewirken jedenfalls dann, wenn sie nicht ausweisen, für welche Teile die EU und für welche Teile die EU-Mitgliedstaaten zuständig sind (Fehlen einer „Trennungsklausel“), eine Kompetenzausweitung der EU. Der EuGH beansprucht, auch jene Teile interpretieren zu können, die in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallen. Eine derartige Kompetenzausweitung ist verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn sie der deutsche Gesetzgeber nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG mit Zustimmung des Bundesrates legitimiert. Das CETA-Vertragsgesetz bedarf daher der Zustimmung des Bundesrates.

12. Verfassungsrechtlich ungeklärt ist zudem, ob es nicht in Fällen, in denen die EU die ihr übertragenen Hoheitsrechte in einem Freihandelsabkommen auf internationale Vertragsgremien weiterüberträgt, einer erneuten Legitimation durch den deutschen Gesetzgeber bedarf. Das EU-Vertragsrecht ermächtigt die EU, Kompetenzen auf internationale Vertragsgremien zu übertragen (Art. 218 Abs. 7 AEUV). Wie weit diese Befugnis zur Übertragung unionsrechtlich geht, ist ungeklärt. Verfassungsrechtlich müssen der EU bei dem Versuch, die ihr nach Art. 23 Abs. 1 GG eingeräumten Befugnisse in den internationalen Raum hinein auf demokratisch kaum kontrollierte Vertragsgremien weiter zu übertragen, Grenzen gezogen. Wesentliche Befugnisse darf die EU nur auf der Grundlage einer erneuten Zustimmungsentscheidung des deutschen Gesetzgebers nach Art. 23 Abs. 1 GG in den internationalen Raum hinein übertragen. Den CETA-Vertragsgremien werden derartige wesentliche Entscheidungsbefugnisse überantwortet, etwa mit Blick auf die Befugnis, die Anhänge von CETA zu ändern oder den Übergang zu einer öffentlich-rechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit zu beschließen. Das Vertragsgesetz zu CETA muss daher auch insofern, als es um die Absicherung der Übertragung von EU-

Kompetenzen auf internationale Vertragsgremien geht, nach Art. 23 Abs. 1 GG erlassen werden.

13. Wollen die EU und die EU-Mitgliedstaaten in einem gemischten Abkommen internationale Vertragsgremien einsetzen, denen wesentliche Entscheidungsbefugnisse übertragen werden, muss jedenfalls dann, wenn das Abkommen keine Trennungsklausel enthält, auch die Übertragung der in den staatlichen Zuständigkeitsbereich fallenden Kompetenzen unter Art. 23 Abs. 1 GG behandelt werden. Ein Auseinanderreißen des einheitlichen Zustimmungsaktes in einen Teil, der unter Art. 23 Abs. 1 GG behandelt wird (vorstehend These 12), und einen Teil, der unter Art. 59 Abs. 2 GG behandelt wird, ist verfassungsrechtlich untunlich.

14. Freihandelsabkommen neuen Typs bedürfen einer Zustimmung des Gesetzgebers im übrigen auch dann, wenn man nicht der Auffassung ist, dass sie unter Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG zu behandeln sind. Selbst wenn man davon ausginge, dass Abkommen wie CETA unter Art. 59 Abs. 2 GG zu behandeln wären, soweit deutsche Kompetenzen berührt werden, bedürfte es eines Zustimmungsgesetzes – das ist unstrittig. Im Fall von CETA dürfte dieses Zustimmungsgesetz im übrigen nur mit Zustimmung des Bundesrates erlassen werden. CETA begründet weitreichende Vorgaben für die Verwaltungszuständigkeit der Länder, von denen nicht abgewichen werden darf. Damit kommt das Zustimmungserfordernis nach Art. 84 Abs. 1 S. 6 GG zum Tragen. CETA begründet zudem ein Haftungsregime, das dem Bund und den Ländern eine Haftungsverantwortlichkeit für rechtswidriges hoheitliches Handeln (im Umgang mit Portfolio-Investitionen kanadischer Investitionen) zuweist. Damit kommt das Zustimmungserfordernis des Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 iVm. Art. 74 Abs. 2 GG zum Tragen. Würde der Bundesgesetzgeber nur ein Einspruchsgesetz erlassen, hätte dies die Nichtigkeit der Zustimmung zur Folge.

Die Notwendigkeit hinreichender demokratischer Rückbindung der Entscheidungstätigkeit internationaler Vertragsgremien

15. Zu den verfassungsrechtlich wichtigsten Herausforderungen gehört, wie sich die Entscheidungstätigkeit internationaler Vertragsgremien demokratisch rückbinden und legitimieren lässt. Die Verhandlungspartner von CETA haben sich mit dieser Frage offensichtlich nicht auseinander gesetzt. In CETA werden Vertragsgremien mit nicht unerheblicher Entscheidungsgewalt eingesetzt – auch wenn sich diese Entscheidungsgewalt nicht auf die Setzung unmittelbar wirksamen Rechts erstreckt. Die Verhandlungsführer der EU haben nicht sichergestellt, dass in den Vertragsgremien Vertreter der Mitgliedstaaten auftreten, wenn es um Angelegenheiten geht, die in die mitgliedstaatliche Kompetenz fallen. Sie haben die Frage, ob es für die Wirksamkeit eines bestimmten Beschlusses einer mitgliedstaatlichen Zustimmung bedarf, oberflächlich und unklar geregelt. CETA wird vom Glauben an die technokratische Rationalität von Entscheidungen getragen, die in kleinen Gremien von handelspolitischen „Experten“ verhandelt werden. CETA fällt damit hinter die Legitimationserfordernisse, die für die demokratisch-parlamentarische Legitimation überstaatlicher Entscheidungstätigkeit gelten, deutlich zurück.

Erfordernis der Mitwirkung deutscher Vertreter in CETA-Vertragsgremien

16. Aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts erweisen sich die Regelungen, die CETA für die Entscheidungstätigkeit der Vertragsgremien trifft, als defizitär. Eine hinreichende demokratische Absicherung der Entscheidungstätigkeit dieser Gremien ist nur dann gewährleistet, wenn in Fällen, in denen CETA-Vertragsgremien Entscheidungen im Zuständigkeitsbereich der EU-Mitgliedstaaten treffen, mitgliedstaatliche Vertreter mitwirken. Das ist bislang nicht sichergestellt.

17. Die Entscheidungstätigkeit der Vertragsgremien von CETA leidet daher potentiell unter fehlender demokratisch-personaler Legitimation (Art. 20 Abs. 2 iVm. Art. 79 Abs. 3 GG). Ein CETA-Begleitgesetz muss sicherstellen, dass die CETA-Vertragsgremien in Fällen, in denen es um Zuständigkeiten der EU-Mitgliedstaaten geht, nur unter Mitwirkung eines vetoberechtigten deutschen Repräsentanten entscheiden.

Erfordernis einer CETA-Begleitgesetzgebung zur Steuerung und Kontrolle der Entscheidungstätigkeit

18. Das Bundesverfassungsgericht geht schon seit längerem davon aus, dass die deutschen Verfassungsorgane dazu verpflichtet sind, die Tätigkeit überstaatlicher Hoheitsträger, die sich auf die internen Verhältnisse in Deutschland unmittelbar und greifbar auswirken, politisch zu begleiten („Integrationsverantwortung“). Der deutsche Gesetzgeber hat bei Vertragsschluss sicherzustellen, dass ein rechtlicher Rahmen geschaffen wird, der diese Mitwirkung sicherstellt. Man spricht von „Begleitgesetzgebung“. Diese Begleitgesetzgebung existiert etwa mit Blick auf die Europäische Union („Integrationsverantwortungsgesetz“), die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) und den Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM).

19. Bislang hat das Bundesverfassungsgericht noch keine Entscheidung zu der Frage getroffen, ob die deutschen Verfassungsorgane eine entsprechende „Vertragsverantwortung“ auch gegenüber der Entscheidungstätigkeit von Vertragsgremien eines Freihandelsabkommens trifft. Einen stichhaltigen Grund, diese Frage zu verneinen, gibt es nicht. Bundesregierung und Bundestag sind in Wahrnehmung ihrer *Vertragsverantwortung* verpflichtet, die Ausübung der Entscheidungsbefugnisse, die internationalen Vertragsgremien eingeräumt wurden, aktiv zu kontrollieren. Jedenfalls wesentliche Entscheidungen dürfen danach nur ergehen, wenn sie die Zustimmung des Deutschen Bundestages erfahren haben. An die Seite des Zustimmungsgesetzes zu CETA muss daher ein Begleitgesetz treten, das regelt, in welchen Fällen die deutschen Repräsentanten im CETA-Vertragsgremium einer Entscheidung nur dann zustimmen dürfen, wenn sie durch das Plenum bzw. den zuständigen Ausschuss des Deutschen Bundestages ermächtigt worden sind.

20. Zur wirksamen völkerrechtlichen Absicherung der Vorgaben der Begleitgesetzgebung muss die Bundesrepublik Deutschland einen völkerrechtlich wirksamen Vorbehalt (Art. 19 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge) anbringen, in dem sie erklärt, dass Entscheidungen der CETA-Vertragsgremien für die Bundesrepublik

Deutschland nur Wirksamkeit beanspruchen, wenn den – im einzelnen darzulegenden – Anforderungen der Begleitgesetzgebung entsprochen ist.